BRUNO BATISTA DA COSTA DE OLIVEIRA

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO LEGISLATIVO

O EXERCÍCIO DA CIDADANIA ATIVA E O DISCURSO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL.

Dissertação entregue ao Departamento de Direito do Estado para obtenção do título de Mestre, sob orientação da Professora Doutora Eunice Aparecida de Jesus Prudente.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – 2010

"O poder e a lei não são sinônimos. Na verdade, são opostos e irreconciliáveis."

Cícero

"A lei, na moderna situação criada pela crescente intervenção da autoridade política na vida social, perdeu o seu primitivo caráter de raridade e estabilidade e, convertida em forma comum de ação política, se transformou em algo necessariamente particular e mutável.

Em contraste com a antiga distinção, pode-se afirmar que hoje se governa legislando."

Maurizio Cotta

À memória do saudoso e querido Avô Oliveira; as lágrimas que derramamos nunca serão suficientes para a falta que você nos faz.

AGRADECIMENTOS

Obrigado Fabiana simplesmente por ser quem você é, *Augusta* até no nome, e por tudo que cabe – e que não cabe – na palavra *Amor*.

Agradeço à minha mãe pela curiosidade científica que me eleva às nuvens, ao meu pai pelos pés que me mantêm no chão, à Beatriz e ao Pedro por me estimularem a ser sempre melhor e aos meus avós, por todo afeto e carinho em mim despejados sem qualquer limite ou interrupção.

Sou igualmente grato à Professora Eunice, pelas sempre sábias orientações, críticas e apontamentos que foram e serão de grande utilidade ao longo de minha vida acadêmica.

Não poderia deixar de fazer uma especial menção ao Professor Marco Antonio Barbosa e à sua querida família, não apenas pelas frutíferas contribuições para o trabalho, mas sobretudo pela sincera amizade.

Finalmente, meu sincero obrigado às atentas revisões e pertinentes *pitacos* do meu avô Fernando Morais Batista da Costa e dos colegas, Patrícia Pessoa Valente e Uirá Perruci Toledo Machado.

A Participação Popular no Processo Legislativo

O exercício da cidadania ativa e o discurso do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Resumo.....6

Introdução.....8

Capítulo I – A lei positiva e a legitimação da autoridade do Estado Brasileiro.....15

1. Construindo a ideologia do Estado de Direito.....16
2. O charco e as estrelas.....34
3. Da instrumentalidade do ordenamento jurídico: o princípio da legalidade no Estado Brasileiro.....48

Capítulo II – O Processo Legislativo.....61

1. Origens do processo legislativo brasileiro.....62
2. Conceito de processo legislativo.....71
3. O procedimento legislativo na ordem constitucional brasileira.....77
4. Funções do processo legislativo.....96

Capítulo III – A Participação popular no Estado brasileiro.....107

1. A participação popular no Estado: conceitos preliminares.....108
2. Algumas implicações práticas do sistema democrático de governo.....117
3. A busca da aristocracia republicana.....130
4. Estado e povo brasileiros: uma relação de hierarquia paternalista.....139

Capítulo IV – A participação popular direta na elaboração das leis.....154

1. Iniciativa popular de leis.....155
2. Referendos.....164
3. Do direito de petição.....173
4. A participação em audiências públicas.....178

Conclusão: o discurso e as práticas do Estado Democrático de Direito brasileiro.....184

Bibliografia.....199

RESUMO

O presente estudo foi realizado nos limites da *teoria geral do estado*, disciplina que se volta ao exame das diferentes manifestações jus-políticas concernentes ao Estado, sob a ótica não apenas do direito, mas também com o auxílio de outras ciências humanas, como a sociologia, a história, a economia, a antropologia, a psicologia e filosofia.

Nestes termos, nos propomos estudar o fundamento de legitimação da relação de poder havida entre Estado e cidadão, no âmbito de uma forma institucional particular, qual seja, o *Estado Democrático de Direito*, especialmente o brasileiro.

Dentro desse específico escopo, examinamos os dois principais elementos que compõem essa fórmula: o *princípio da legalidade*, segundo o qual ninguém pode fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, e o *princípio da soberania popular*, que anuncia que os atos do Estado corresponderiam à vontade coletiva, seja quando ela for representada, ou quando se manifeste de forma direta.

Nosso objetivo foi proceder à *genealogia* da retórica do *Estado Democrático de Direito*, em cotejo com as formas disponíveis de *participação popular direta* do cidadão no processo legislativo brasileiro. Por essa via, tentamos elucidar como os *discursos da legalidade e da soberania popular* se relacionam com essas ferramentas, que em tese são os melhores modos de formar a lei (Estado de Direito), de acordo com a vontade da comunidade (Estado Democrático).

Dessa forma, no primeiro capítulo percorremos como se deu a construção da ideologia do Estado de Direito, assim como a sua implementação no Brasil. A seguir, descrevemos o processo legislativo: suas origens, suas funções, os seus ritos na ordem constitucional brasileira. Posteriormente, nos dedicamos ao exame da participação popular nos Estados democráticos contemporâneos e, à exemplo do que fizemos com o *discurso da legalidade*, delineamos como se deu a sua aplicação no Estado brasileiro. Por fim, estudamos as formas positivadas de participação direta da população no procedimento de feitura de leis, ou seja, *a iniciativa popular de leis, os referendos, as audiências públicas e o direito de petição.*

As conclusões a que chegamos são fruto da integração da retórica do *Estado Democrático de Direito brasileiro* com a implementação prática desses mecanismos.

RÉSUMÉ

Cet étude est présenté dans les limites de la *théorie générale de l'état*, une matière qui examine les différentes manifestations juris-politiques qui concernent l'État, sous l'optique non seulement du droit, mais aussi avec l'aide d'autres sciences humaines, comme la sociologie, l'histoire, l'économie, l'anthropologie, la psychologie et la philosophie.

Ainsi, nous proposons étudier le fondement de légitimation de la relation de pouvoir entre l'État et le citoyen, sous une forme institutionnelle particulière, c'est à dire *l'État Démocratique de Droit*, spécialement le brésilien.

Dans ce thème spécifique, nous avons examiné les deux principaux éléments qui composent cette formule: le *principe de la légalité*, d'après qui personne ne peut faire ou laisser faire quelque chose en vertu d'une loi, et le *principe de la souveraineté populaire*, qui annonce que les actes de l'État correspondent à la volonté collective, soit quand elle est représentée, ou bien quand elle se manifeste directement.

Nôtre objectif a été de procéder à la *généalogie* de la rhétorique de *l'État Démocratique de Droit*, en comparaison avec les formes disponibles de *participation populaire directe* du citoyen dans la procédure législative brésilienne. Par cette voie, on a essayé d'élucider comment les *discours de la légalité e de la souveraineté populaire* se sont rélationnées avec ces engins, qui sont par hypothèse les meilleurs moyens de former une loi (État de Droit) en accord avec la communauté (État Démocratique).

Ainsi, dans le premier chapitre nous avons parcouru comment s'est faite la construction de l'idéologie de l'État de Droit, et son installation au Brésil. Après, nous avons décrit le procès législatif: ses origines, ses fonctions, ses rites dans l'ordre constitutionnel brésilien. Puis nous nous sommes dédiés à l'examen de la participation populaire dans les États démocratiques contemporains et, ainsi comme nous avons fait avec le *discours de la légalité*, nous avons ébauché comment s'est faite son application dans l'État brésilien. Enfin, nous avons étudié les formes légales de participation directe de la population dans la procédure de fabrication des lois, c'est à dire, *l'initiative populaire des lois, les référendums, les audiences publiques et le doit de pétitionner*.

Nos conclusions sont le résultat de l'intégration de la rhétorique *l'État Démocratique de Droit* avec l'application pratique de ces mécanismes.

INTRODUÇÃO.

Na conhecida tragédia que leva o seu nome, escrita por Sófocles aproximadamente no ano 441 a.c., Antígona trava a seguinte discussão com sua irmã Ismênia:

Antígona: - *Você quer retirar o cadáver comigo?*

Ismênia: - *Pensas em enterrá-lo, ainda que seja proibido aos cidadãos?*

Antígona: - *Certamente, enterrarei o meu irmão que é o teu, ainda que você não o queira. Nunca me acusarão de traição.*

Ismênia: - *Ó Infeliz! Mas não foi Creonte quem o proibiu?*

Antígona: - *Ele não tem o direito de me empurrar para longe dos meus.*

Ambas compartilham dos sentimentos de pesar e luto pela perda de dois irmãos que se confrontaram no campo de batalha. Diferem, no entanto, quanto ao desejo de respeitar a lei baixada por Creonte, que proibiu o enterro de um dos combatentes: Ismênia, ao contrário de Antígona, submete-se à norma, ainda que ela signifique condenar a alma de seu irmão Polinício à danação eterna, segundo as suas crenças religiosas.

Com base na alegoria acima indagamos: qual a razão para tal submissão? Por que obedecemos à autoridade estatal? Por que acatamos ordens muitas vezes contrárias aos nossos princípios, nossa consciência, ou simplesmente nossas vontades momentâneas? Quem nunca se sentiu Antígona, ainda que em situações menos trágicas do que aquela anunciada na peça de Sófocles, vendo-se coagido a sucumbir aos desígnios dos Creontes?

Consciência coletiva? Medo de sanção? Não temos a resposta e, em realidade, nem sequer a buscamos neste trabalho.

Ocorre que a autoridade que nos governa oferece uma solução a essas indagações: diz a nossa Constituição Federal que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente" (art. 1º, § único), bem como que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, inc. II) – dessas duas preposições emerge a síntese da retórica da legitimação política do Estado brasileiro. De fato, tratando-se de um governo *democrático*, o titular da soberania é em tese o povo, que a exerce diretamente ou por meio de representantes por ele escolhidos. De outra sorte, a qualidade de *Estado de Direito* lhe confere a característica de que todos os atos da sociedade são regulamentados e limitados por leis, encabeçadas pela Constituição Federal, inclusive (talvez sobretudo) os atos do próprio Estado – assim é que a norma jurídica não se limita a dizer o que se pode ou não fazer, mas também vem legitimar os atos e o próprio ente estatal.

Escorada em estudos, teoremas, proposições filosóficas e, sobretudo, discursos políticos pensados, proferidos e repetidos ao longo dos anos, que procuraram justificar a relação de poder entre *Estado* e *indivíduo* por meio de um conceito artificialmente construído: o *Estado Democrático de Direito*. Acontece que essa justificativa, calcada nos *princípios da soberania popular e da legalidade*, se inscreve dentro de um determinado e delimitado contexto que pretendemos dissecar, na busca de uma melhor compreensão mais clara de parte das fenomenologias do poder estatal.

Assim, nosso ponto central será: a autoridade (poder) do *Estado Democrático de Direito* se diz legítima porque, segundo seu *discurso* (e é ele que nos interessa mais), ele governa por meio de leis (*discurso da legalidade*), feitas, em tese, pelos próprios cidadãos (*discurso da soberania popular*). Vamos analisar essas "verdades" à luz de uma peça dessa engrenagem ideológica, que é o processo de elaboração da lei, em cotejo com sua relação com os instrumentos de *participação direta* do cidadão no fabrico das normas.

Mais precisamente, nos dedicaremos a examinar a *participação da população no processo de elaboração das normas jurídicas*, é dizer, quais as formas facultadas pelo ordenamento estatal ao cidadão para que ele efetivamente atue no procedimento legislativo. Ao fazermos essa análise, averiguaremos como são tratados por este *Estado Democrático de Direito* os mecanismos de participação direta que, a rigor, poderiam ser consideradas ferramentas mais apropriadas para colher a vontade do cidadão (uma vez que

sem interveniência de quaisquer intermediários) na feitura da regra jurídica, sustentáculo maior do *princípio da legalidade*.

Cumpre, no entanto, fazermos uma breve explanação quanto ao método de estudo e exposição a serem adotados no trabalho.

O conhecimento que buscamos construir a respeito desse tema não deve ser uma mera descrição desses instrumentos de interação, nem muito menos a formulação de sugestões ou propostas ideologicamente motivadas para que se aumente ou restrinja o uso dos mecanismos de participação. Julgamos que a seguir esses moldes, transformaríamos este trabalho em enfadonha repetição de conceitos, ou em peça político-panfletária.

Nossos estudos serão focados no *discurso* que se construiu na esfera político-institucional tanto no que respeita ao procedimento de formação de leis, quanto ao meio de interação do indivíduo nesses processos. Sem dúvida, abordaremos as normas legais e os tratados de direito específicos sobre os temas, tomando-os não como *argumentos de autoridade*, mas, ao reverso, como *elementos de formação de um conhecimento, de uma verdade social cognoscível.* Valemo-nos, nesse sentido, do pensamento de Michel FOUCAULT, que dizia que "cada sociedade tem seu regime de verdade, sua 'política geral' de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros, os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro."[1]Assim, o enfoque será dado aos *mecanismos* e *enunciados* institucional e doutrinariamente formulados que incidem no momento de formação da lei estatal, bem como quando descrevem e disciplinam as possibilidades de intervenção do indivíduo nessas relações jurídicas.

Em suma, procuraremos formar, dentro do escopo deste trabalho, a *genealogia*[2] *de uma parte específica da retórica da justificação* da relação de poder nos Estados Democráticos de Direito, qual seja, o *discurso* que sustenta que as normas jurídicas positivas que nos governam são *legítimas* por *representarem a vontade da própria coletividade*, em cotejo com as ferramentas institucionais que permitiriam a oitiva direta dessa vontade geral no momento de elaboração dessas normas.

---

[1] Cfr. FOUCAULT. M. *Microfísica do Poder*. 25ª edição. Rio de Janeiro: Graal. 1979. página 12.

[2] Esta *genealogia* é aquela descrita por FOUCAULT como sendo "uma forma de história que dê conta da constituição dos saberes, dos discursos, dos domínios de objeto, etc., sem ter que se referir a um sujeito, seja ele transcendente com relação ao campo de acontecimentos, seja perseguindo sua identidade vazia ao longo da história." Cfr. FOUCAULT. M. *Microfísica do Poder*. ob. cit. página 7.

Frise-se, ainda, que o presente trabalho é apresentado como contribuição para a disciplina denominada *teoria geral do estado*, matéria sem dúvida instigante, mas que, em nossa opinião e com o devido respeito a quem pensa diferente, necessita de urgente re-formulação.

Com efeito, o que seria *teorizar o Estado*? É possível oferecer uma teoria *geral*, que não seja *generalizante*, dos Estados? É *cientificamente válida* a proposta de utilizar-se dos conhecimentos gerados pela cátedra para "buscar o aperfeiçoamento do Estado," como querem alguns?[3] Especificamente quanto ao nosso objeto de estudo: o que exatamente agregaria à disciplina vertente o estudo dos mecanismos de participação popular no processo legislativo?

Mesmo sem responder satisfatoriamente às indagações acima, vamos nos ater em estabelecer que temos na *teoria do estado* uma disciplina cujo interesse se direcionaria ao estudo de um específico e regionalizado (histórica e geograficamente) fenômeno sociocultural, qual seja, o *Estado ocidental moderno*, bem como as relações políticas que dele derivam. São falaciosas, segundo nossas convicções, as proposições que vêem nessa instituição algo absoluto, ou ainda as tentativas de compará-las ou mesmo aplicá-la em construções políticas diversas, como as *Pólis* gregas, o Império Romano, os feudos medievais, ou até mesmo comunidades autóctones. Da mesma forma, questões enunciadas por Thomas FLEINER-GERSTER em sua obra *Teoria Geral do Estado*, na tentativa de justificar o interesse da disciplina – tais como "em que medida o Estado é, verdadeiramente, origem da ordem jurídica?" ou ainda "quais são as características, como se organiza, quais tarefas deve cumprir" o que ele mesmo chama de *Estado Ideal*[4] – nos parecem mal formuladas, se não totalmente descabidas.

É na sua qualidade de construção ideológica que o Estado e as suas estruturas legisladoras serão observados, e tentaremos nos afastar o quanto pudermos da visão auto-referente e etnocentrista que em nada contribui para nosso objeto de estudo. Ou seja, o Estado não é "origem da ordem jurídica", ele se *auto-intitula* como tal; o Estado não é *uma organização social que detém o monopólio do uso da força política*, ele *arroga para si* essa prerrogativa; as regras jurídicas não são *legítimas* porque é o próprio povo quem as cria, mas porque assim *se declarou*, dentro de uma nomenclatura que se *convencionou*

[3] Cfr. DALLARI. D.A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª edição. São Paulo: Saraiva. 1998. página 2.
[4] Cfr. FLEINER-GERSTER, T. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes. 2006. página 13.

denominar *soberania popular*. Importa-nos, portanto, analisarmos os *discursos* e métodos utilizados para sustentar essas *verdades estatuídas*.

Outrossim, se estudamos a instituição estatal numa faculdade de direito é porque a construção de sua retórica não se fez sem uma significativa contribuição do ordenamento jurídico: compreender a formação das *verdades do Estado* no bojo do discurso jurídico afigura-nos como uma boa linha de conduta a ser seguida no estudo que pretende se inscrever nos limites da *teoria do estado*. O direito, em suas diversas manifestações, será, aqui também, tomado como *objeto de estudo*, *fato social*, ao invés de *ciência autônoma*.

Deveras, ainda que o procedimento legislativo seja um tema da seara do direito constitucional, cremos que existem elementos a serem desvendados e conhecimentos a serem desenvolvidos a partir de sua sistemática que interessam – e muito – à *teoria do estado.* Não objetivamos, pois, um estudo técnico sobre os ritos processuais do processo de criação da lei, ainda que venhamos a tangenciar esse assunto. Buscaremos as razões históricas, sociais e políticas que deram lugar às atuais formas de participação popular admitidas pelo Estado na sistemática de formação de suas normas, notadamente atentando para a retórica utilizada para descrever, permitir, restringir, em síntese, *disciplinar* esses mecanismos. Nesta senda, concordamos integralmente com o Professor Dalmo de Abreu DALLARI quando nos lembra que a *teoria geral do estado* é uma "disciplina de síntese, que sistematiza conhecimentos jurídicos, filosóficos, sociológicos, políticos, históricos, antropológicos, econômicos, psicológicos (...)."[5] Seguindo suas orientações, nossa pesquisa não se focará apenas em instituições e fundamentos constitucionais, muito embora a matéria do processo legislativo esteja tecnicamente adstrita a essa disciplina. Procuraremos agregar conhecimentos do campo da história, da sociologia, da ciência política, da antropologia e até mesmo da psicologia, para tentarmos chegar a conclusões tão completas quanto possível.

Quanto ao escopo propriamente dito do estudo, o título do trabalho – *A Participação Popular no Processo Legislativo: o exercício da cidadania ativa e o discurso do Estado Democrático de Direito no Brasil* – nos parece auto-explicativo, mas há alguns elementos que merecem realce, para não comprometer a correta compreensão de nossos objetivos.

O primeiro ponto a esclarecer é que o tema que nos prende a atenção é a formação da lei, mas não a lei na sua faceta de regra social de conduta: falamos da norma

[5] DALLARI. D.A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. ob. cit. página 2.

positiva como instituição política, uma atriz no cenário das relações de poder entre Estado e cidadão. Iniciaremos o estudo com uma breve análise do *discurso da legalidade*, como ele se formou e suas funções no espectro político ocidental, dando especial ênfase à integração dessa retórica no Brasil, a partir da independência, marco da formação de nosso próprio arcabouço estatal. Vale dizer: como uma ideologia nascida no seio de comunidades jurídicas socialmente distintas da nossa foi incorporada, e de que forma a lei – em seu papel político – foi utilizada no Brasil.

Prosseguindo, procuraremos compreender os fenômenos incidentes na fase de *elaboração* dessa norma jurídica, de modo que sua aplicação pelo Estado-executor ou a sua interpretação pelo Estado-juiz não farão parte de nosso estudo. O foco será dado apenas na formação do ato normativo e nas suas funções dentro do contexto de *construção de uma verdade política*, excluindo-se, portanto, os acontecimentos que precedem a fase de positivação da regra jurídica, bem como aqueles que ocorrem após a sua promulgação. O Capítulo II será integralmente dedicado a essa análise, ocasião na qual veremos as origens, o conceito e as funções do processo legislativo brasileiro, quando serão apresentadas ainda, de maneira sintética, as diversas fases do *iter* procedimental, que subdividimos em *ordinário* e *extraordinário*. Ademais, consignamos que nos deteremos no exame dos procedimentos legislativos em nível constitucional ou federal, uma vez que nosso escopo está concentrado nas relações sócio-jurídicas decorrentes do processo de elaboração de leis. Logo, a omissão quanto à elaboração de leis no âmbito municipal e estadual terá sido voluntária, e não fruto de descaso.

Em continuação, a participação popular será definida e estudada na sua feição institucionalizada, ou seja, na versão que lhe foi dada pelo Estado brasileiro. Veremos como é vista a participação popular (representativa ou não) pelas instituições estatais, como ela se desenvolveu, bem como quais são as atuais formas de atuação do cidadão, especialmente no processo legislativo. Desprezaremos, assim, a busca de fórmulas filosóficas encontradas desde a mais remota antiguidade que tratem da *democracia*, a menos que elas tenham efetivamente contribuído para a formação das ferramentas político-constitucionais brasileiras. Isso porque estudar *governos democráticos ideais*, ou a *democracia em tese*, é sem dúvida interessante e pode gerar ricas contribuições aos debates acadêmicos, mas julgamos impertinente nos entregarmos a tais expedientes, vez que estaríamos formando um *novo discurso*, e não procedendo ao estudo genealógico daquele já existente na seara institucional.

Finalmente, encerraremos o trabalho com a *genealogia* dos instrumentos institucionais de participação popular direta no processo legislativo brasileiro hodierno. Quais são eles, quais as suas origens, qual a sua abrangência e efetividade são as indagações que tentaremos responder. Restringiremos a análise à verificação dos meios atualmente disponíveis de participação popular no processo legislativo e das razões e formas de seu uso. Ou seja, se essa interação do cidadão é *desejável* ou a eventual busca de meios de incrementá-la são temas que passarão ao largo do estudo: como já dissemos, não objetivamos um panfleto ideológico, mas a análise de uma realidade jus-política tomada sob o prisma do discurso oficial.

CAPÍTULO I – A LEI POSITIVA E A LEGITIMAÇÃO DA AUTORIDADE DO ESTADO BRASILEIRO.

1. Construindo a ideologia do Estado de Direito. 2. O charco e as estrelas. 3. Da* instrumentalidade *do ordenamento jurídico: o* princípio da legalidade *no Estado Brasileiro.

Propomos estudar as formas de participação da população no processo de elaboração de leis no Estado brasileiro. Porém, para fazermos essa análise e com a finalidade de obtermos uma compreensão mais completa do tema escolhido, julgamos imprescindível esclarecer preliminarmente a função exercida por essa norma jurídica na sociedade. Com efeito, são vários os temas ligados à lei positiva e à sua formação que poderiam ser por nós abordados, mas o que nos interessará serão os aspectos políticos nela envoltos: focaremos, em especial e por ser esse um trabalho desenvolvido sob a égide da *teoria geral do estado*, as questões atinentes ao seu papel no que respeita à legitimação dos atos políticos estatais.

Desta feita, temos que o conjunto de normas constantes de um Estado corresponde ao que a *antropologia jurídica* denomina *cultura jurídica* de uma sociedade, caracterizando-se como uma "estrutura e hierarquia de normas e valores que permitem a uma pessoa sobreviver em seu ambiente, em sua sociedade,"[6] nos dizeres de Robert SHIRLEY. Contudo, a partir do Século XVIII, em concomitância com o surgimento do

[6] Cfr. SHIRLEY. R. W. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva. 1987. página 12.

modelo de Estado considerado *moderno*, especialmente em países europeus, as normas emanadas dessa autoridade estatal assumiram destacado papel no cenário político.

Com efeito, muito além da regulamentação dos comportamentos da comunidade, tem-se dito e repetido – mormente no discurso liberal-racional que se consolida após as Revoluções Burguesas ocorridas no final do Século XVIII – que a norma jurídica detém *status* de *legitimadora do poder estatal*. Ao menos na seara do *discurso* do que viriam a se chamar os *Estados de Direito*, a lei é quem autorizaria e legitimaria a dominação que as instituições estatais exercem sobre os cidadãos, certificando perante a coletividade que determinado ato do Estado é válido.

Como adepto confesso dessa doutrina,[7] o Estado Brasileiro viu e vê na lei um importante agente de controle social, mas igualmente de legitimação de seus atos. Mais do que isso, apropriando-se do esquema legalizador-normativista colhido dos teoremas positivistas, forjou-se no Brasil uma particular estrutura jurídico-política, que cuidaremos de analisar mais à frente.

Contudo, antes de examinarmos como se dá a relação entre lei e Estado no Brasil, faremos uma breve digressão a respeito de como a doutrina dos *Estados de Direito*, lançando mão do discurso fundador do *princípio da legalidade*, evoluiu e se firmou como pilar dos Estados ocidentais modernos.[8]

1. Construindo a ideologia do Estado de Direito.

O *Estado de Direito* não é um modelo absoluto de relação política; tampouco resulta de uma síntese ou "evolução" que partiu de primitivas organizações para desembocar no que hoje vivenciamos; quanto menos pode ser considerada a "única" ou a "melhor" forma dos indivíduos se relacionarem em sociedade. Ao contrário do que se costuma ler e ouvir de abalizados pensadores, é uma fórmula *inventada* na Europa e há de

[7] A Constituição de 1988 afirma em seu primeiro artigo que o Brasil "constitui-se em Estado Democrático de Direito."

[8] Não pretendemos aqui fazer uma descrição de evolução do pensamento europeu, pois ela certamente estaria fadada ao fracasso, dado que a própria premissa teórica careceria de cientificidade. Narrar e qualificar sistemas jurídicos tão diversos quanto numerosos, além de materialmente impossível, não teria pertinência para nossas finalidades. Os fatos e temas que analisaremos evidentemente não se deram de forma linear, nem muito menos contínua. Mas o fato é que eles são apresentados dessa forma na retórica tradicional da doutrina do estado, e isso igualmente nos interessa. Em outros termos, como essa leitura *evolucionista* e *euro-centrista*, assumida inclusive por nosso Estado, refletiu-se na formação de nossas instituições políticas, inclusive a lei, bem como a maneira como ela é usada para justificar as relações de poder; é dizer: como o *princípio da legalidade* foi forjado e sedimentado em nossa *cultura jurídica*, formando aquilo que conhecemos como *Estado de Direito*, com as conseqüências na relação da sociedade com o ente estatal.

ser vista, como bem salientou Bartolomé CLAVERO, como "uma construção cultural, não um produto natural."[9] Mais do que isso e ainda segundo o pensador retro-citado, "esse conceito foi criado por uma parte da humanidade caracterizada pela convicção de representar integralmente a humanidade e pela conseqüente intenção de se impor sobre ela valendo-se, juntamente com outros mecanismos, da instituição política do Estado."[10] Feitos esses esclarecimentos preliminares, conceituar o *Estado de Direito* como uma *tese*, um *discurso*, e não um *fato* ou uma *realidade absoluta* torna nossa tarefa não menos árdua, mas certamente nos livrará de algumas armadilhas e permitirá uma análise mais aprofundada dos assuntos a que nos propomos.

Não há consenso na doutrina quanto à definição do que seriam os *Estados de Direito*,[11] mas é inequívoco que essas formas de organização política têm origem no espectro político europeu, sobretudo a partir do Século XVIII. Como nos ensinam os estudiosos do assunto, esse sistema de governo apresentou-se quase que simultaneamente e sob várias facetas em diferentes regiões: damos como exemplos o *Rechtstaat* germânico,[12] o *Ètât de Droit* francês, o *Rule of Law* inglês,[13] dentre outros. Todas essas versões com diferentes matizes e suas peculiaridades, mas trazendo consigo uma idéia unívoca: *caberia ao Estado, e somente ao Estado estabelecer as regras jurídicas de convivência entre os cidadãos.*[14]

---

9 Cfr. CLAVERO. B. *Estado de Direito, direitos coletivos e presença indígena na América.* in. COSTA. P. e ZOLO.D. orgs. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica.* São Paulo: Martins Fontes. 2006. página 641.

10 Cfr. CLAVERO. B. *Estado de Direito, direitos coletivos e presença indígena na América.* ob. cit. página 641..

11 José Afonso da SILVA, citando Carl SCHMITT observa que "a expressão 'Estado de Direito' pode ter tantos significados distintos como a própria palavra 'Direito' e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra 'Estado.' (...) Disso deriva a ambigüidade da expressão *Estado de Direito*, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material." Cfr. SILVA. J.A. *Custo de Direito Constitucional Positivo*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002, página 113.

12 "Mas o *Rechtstaat* se afirma, na realidade, na Alemanha, no decorrer da restauração sucessiva às revoltas de 1848. (...) Inspirando-se no pensamento de Kant e de Humboldt, essa doutrina contrapõe o Estado de Direito ao Estado absolutista e ao Estado de polícia, reelaborando em termos jurídicos positivos – segundo o 'método jurídico' – elementos centrais do pensamento liberal clássico, em particular o princípio da tutela pública dos direitos fundamentais e o da assim chamada 'separação de poderes.'" Cfr. ZOLO. D. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. in. COSTA. P. e ZOLO.D. orgs. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica.* São Paulo: Martins Fontes. 2006. página 12.

13 O *rule of law* em sua clássica acepção apresenta-se como a "teoria dos 'direitos públicos subjetivos'" segundo a qual "é a autoridade soberana do Estado – uma autoridade em equilíbrio entre o princípio monárquico e a função representativa do Parlamento – que institui os direitos subjetivos 'autolimitando-se.'" Como ensina Danilo ZOLO, "não é a soberania popular, como tinham, ao contrário, teorizado os revolucionários franceses, a fonte dos direitos individuais: a única fonte originária e positiva do direito é o poder legislador do Estado, no qual se expressa a própria identidade espiritual do povo." Cfr. ZOLO. D. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. ob.cit. página 12.

14 "Nesse sentido," explica Danilo ZOLO, "o Estado de Direito é uma versão do Estado moderno europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosóficos políticos, atribui-se ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos subjetivos, contrastando a tendência do poder político de dilatar-se, de operar de modo arbitrário e de prevaricar. Em termos mais analíticos, pode-se afirmar que o Estado de Direito é uma figura

Costuma-se atribuir a gênese do *Estado de Direito* aos ideais difundidos nas notórias Revoluções Burguesas que sacudiram e praticamente varreram do mapa as monarquias absolutas européias, inaugurando o que muitos estudiosos denominam a *Era Moderna*. Afirma-se que a partir de então, no campo político, a relação entre indivíduo e sociedade teria sofrido uma significativa mutação, especialmente no que tange à forma com que o poder estatal era imposto. A norma jurídica, nesse contexto, mostrou-se um aparato útil e maleável na legitimação das relações de poder.

Para tanto, a doutrina do direito insiste em criar uma dicotomia, uma nítida separação da relação do indivíduo com a autoridade política entre *antes* e *depois* desses movimentos revolucionários; vale dizer, entre um relacionamento político supostamente baseado na fé e superstição medievais (monarquia teocrática), que teria sido suplantada por um consenso, um *contrato social* baseado na razão e acima de tudo na vontade de todos (*Estado de Direito*). É comum, com efeito, encontrarmos estudiosos que afirmam que até o advento dos ditos *Estados de Direito*, a justificação teórica para o poder que o Estado exercia sobre os seus súditos, personificado na figura do Monarca, era *teocrática*: o Rei seria um representante de Deus na Terra, e seus desígnios deveriam ser obedecidos e tidos como acertados, pois tal era a *Vontade Divina*.[15]

O que se nota quanto ao período histórico em referência é uma acirrada disputa que se estabelecia pelo *monopólio do poder*, inclusive no campo do direito. O esforço de juristas como Jean BODIN[16] em unificar a autoridade em um só ente – o soberano – dão provas disso. Essa dogmática jurídica surgiu como uma reação doutrinária, devido ao fato de os ordenamentos jurídicos na Europa medieval serem compostos por uma multiplicidade de normas, regras e estatutos, oriundos dos mais diversos matizes. Havia toda uma série de leis baseadas nos costumes que tinham grande influência no

---

jurídico-institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior das estruturas do Estado moderno europeu, de dois princípios fundamentais: o da 'difusão do poder' e o da 'diferenciação do poder.'" Cfr. ZOLO. D. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. ob. cit. página 31.

[15] É o que nos ensina, por exemplo, o francês Georges BURDEAU, "por muito tempo, os governados viram, no homem investido dos atributos do Poder, o chefe, ou seja, quem comanda porque ninguém ousa contestar a oportunidade de suas ordens ou porque sua força é uma justificação suficiente da obediência. Não se procura aprofundar seu título para o exercício do Poder." BURDEAU, G. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes. 2005. página 21. De fato, de acordo com os dados fornecidos pela historiografia, a autoridade política seria lastreada na doutrina religiosa, sendo certo que "os monarcas hereditários pela graça de Deus comandavam hierarquias de nobres proprietários, apoiados pela organização tradicional e a ortodoxia das igrejas e envolvidos por uma crescente desordem das instituições que nada tinham a recomendá-las exceto um longo passado." HOBSBAWN, E.J. *A Era das Revoluções – Europa 1789 – 1848*. 20ª edição. São Paulo: Paz e Terra. 2006. página 43.

[16] Cfr. BODIN, J. *Les Six Livres de la Republique.* Paris: Librairie Générale de France. 1993.

comportamento daquelas sociedades.[17] Leis consuetudinárias, feudais, corporativas, eclesiásticas: quantas não eram as normas, e quantos não eram os ordenamentos a concorrerem com a regra oriunda do soberano e exercerem poder de coação sobre o indivíduo naquelas sociedades medievais?[18]

A tarefa de centralizar o poder na figura do monarca não se deu em vão, e as estruturas jurídicas deram significativas contribuições nesse sentido. Inclusive, é nos estertores do absolutismo europeu que se promove a reunião de normas em compilações, com vistas a tornar clara a regra a ser seguida, como que procurando reforçar a supremacia do Rei também no campo jurídico.[19] Exemplo disso foram as *Ordenações Manuelinas*, *Afonsinas* e *Filipinas* em Portugal, as *Siete Partidas* no Reino de Castela, ou ainda a *Ordonnance de Louis XIV*, ou simplesmente *Code Louis* na França. Como fruto dessa mesma tendência, o ensino de um direito tido por *nacional* foi implementado em diversos cursos e Universidades européias.[20]

O que nos chama a atenção nesses movimentos é que a lei figura como parte de uma *fenomenologia do concreto*; aparece como aspecto *tangível*, uma manifestação terrena e palpável da vontade do monarca. Com efeito, admitindo-se que a força da lei fosse a força do Príncipe, toda e qualquer violação à regra estatal era, antes de mais nada, desafio à

---

[17] Inclusive o *desuso* era razão para uma norma ser considerada extinta, como nos conta José Reinaldo de Lima LOPES – Cfr. LOPES, J.R.L. *O Direito na história*. 3ª edição. São Paulo: Atlas. 2008, página 75.

[18] Dalmo de Abreu DALLARI salienta a complexidade daquele sistema jurídico que contava com "um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios." Cfr. DALLARI. D.A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. ob. cit. página 70. Da mesma maneira, consta que "o poder político da Idade Média é estruturalmente fragmentário e incompleto. Não há um príncipe que se interesse por tudo e que veja que tudo dependa dele (Grossi, 1995a). (...) No que diz respeito ao 'direito privado,' há uma relativa indiferença, diz ele, pois é o mundo do hábito, da tradição, do costume (Grossi, 1995a: 87 ss)." Cfr. LOPES. J.R.L. *As palavras e a lei*: *ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34. 2004. página 95

[19] José Reinaldo de Lima LOPES afirma, quanto ao tema, que "dar regras gerais (ou seja, legislar) e dar regras particulares (julgar) são apenas duas formas de se fazer justiça. As regras gerais e aplicáveis nos casos futuros são decididas em conselhos e cortes, por um processo de barganha, oitiva de vários pontos de vista e, finalmente, arbitradas pelo senhor ou príncipe com o consentimento do seu conselho, sua corte, sua cúria. Nestes termos, a atividade legislativa é uma forma de justiça." Cfr. LOPES. J.R.L. *O Direito na História*. ob. cit., página 60.

[20] É o que nos relata José Reinaldo de Lima LOPES: "A tendência de tornar obrigatório o ensino do direito nacional (*ius patrium*) era evidente em toda parte: na Inglaterra, o direito inglês, que sempre fora ensinado de forma profissionalizante, ingressou finalmente na universidade com a criação, em 1753, de uma cátedra, da qual se encarregara William Blackstone; na França, em 1679, sob a ordem de Colbert, o direito nacional passou a ser ensinado nas universidades; na Espanha, a obrigatoriedade do direito nacional veio em 1741, com Carlos III; e em Portugal, a Lei da Boa Razão, de 1769, e a reforma dos estudos de Coimbra, em 1772, confirmaram a mesma linha de pensamento. O século XVIII foi, portanto, o tempo em que apareceram as novas exposições do direito, em que se traduziu e publicou extensamente a obra de Jean Domat e, enfim, se aceitou a nova versão voluntarista do direito, apresentada na obra de Grócio, Hobbes e Pufendorf." Cfr. LOPES. J.R.L. *As palavras e a lei*... ob cit. páginas 124/125.

própria ordem jurídica e à sua *auctoritas*.[21] A norma jurídica era, então, apenas e tão somente mais um dos elementos concretos que tentava realçar, de forma material, o poder do monarca.[22] A soberania, afiançada pelos diversos elementos simbólicos, exibia um *folclore do poder*, que procurava exercer sobre os súditos uma verdadeira coerção moral e por vezes permitia que até mesmo princípes notoriamente frágeis e inseguros exercessem desmedido poder, com bases exclusivamente nesses ícones de autoridade transcendental.[23] A doutrina jurídica de então não escapa desse teorema, de modo que os juristas daquele tempo proclamam que "o direito é um complexo de leis, ordens ou comandos imperativos procedentes da vontade soberana (se o soberano é democrático ou não é outra questão), cuja finalidade é garantir a coexistência dos interesses individuais conflitantes."[24]

Como parte dessa ação de unificar o poder do Estado na figura de um único soberano, a *norma jurídica* ganha novos contornos, uma nova função. No campo doutrinário, por exemplo, nota-se que a justificativa teocrática do poder vai perdendo força para uma visão cada vez mais *racionalizante* das instituições políticas; seguindo essa linha de pensamento, a *vontade divina* pouco a pouco começa a ser afastada das decisões estatais, dando lugar a justificativas eivadas de raciocínios e digressões pretensamente objetivas, contaminando os diplomas legais com esse novo modo de discursar.[25]

---

[21] Nesse sentido, citamos Michel FOUCAULT¸ que nos apontou que as penalidades impostas aos criminosos na Europa Medieval eram em sua maioria espetaculares e chocantes, causando impacto – inclusive visual – a toda uma sociedade que assistia aos castigos em praça pública, admirada e ao mesmo tempo assustada com as conseqüências da desobediência à Lei, ou ao Soberano. Por suas palavras, "o crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ele o ataca pessoalmente já que a força da lei, é a força do príncipe. A intervenção do soberano não é uma arbitragem entre dois adversários; é até mesmo muito mais do que uma ação para fazer respeitar os direitos de cada um: é uma réplica direta àquele que o ofendeu. (...) O suplício tem portanto uma função jurídico-política. Trata-se de um cerimonial para reconstituir a soberania ferida por um instante." FOUCAULT, M. *Survéiller et punir – Naissance de la prison*. Paris: Gallimard. 1975. páginas 58 e 59, traduzimos.

[22] "A autoridade repousa nas relações entre o superior e o inferior" ensina BURDEAU, "o indivíduo serve ao Senhor, não poderia servir a uma idéia; é menos o súdito das leis do que o fiel do rei." Cfr. BURDEAU. G. *O Estado.* ob. cit. página 10.

[23] Como nos lembra Georges BURDEAU, "a individualização da relação política no mundo feudal explica-se pelo fato de os espíritos conceberem dificilmente as abstrações e se apegarem apenas ao concreto. Para crer, precisam de um deus esculpido na pedra das catedrais; para obedecer, necessitam ver a silhueta da torre de menagem perfilar-se no horizonte." BURDEAU, G. *O Estado.* ob. cit. páginas 9 e 10.

[24] Cfr. LOPES. J.R.L. *As palavras e a lei*. ob. cit., página 125.

[25] Georges BURDEAU leciona que "a concepção tipicamente medieval de um Poder cuja ação prefigura e prepara o advento do reino de Deus, essa concepção se apaga diante de uma interpretação muito mais laica das tarefas políticas. Ficou então mais sensível a desproporção entre as possibilidades pessoais do chefe e as exigências da idéia de direito enriquecida dessa contribuição nova. Com isso a necessidade da institucionalização do Poder encontrava-se aumentada." BURDEAU, G. *O Estado*. ob. cit. página 25. José Reinaldo de Lima LOPES chega à conclusões parecidas, embora partindo de outro foco de estudo, qual seja, as teorias dos juristas racionalistas como Christian Wolff (1679/1754), para quem "a submissão à autoridade não poderia se dar apenas por conveniência, utilidade ou temor, mas como condição pensável da vida comum. (...) Mesmo assim, a possibilidade de que o jusnaturalismo de Grócio, Hobbes e Pufendorf nascesse uma teoria do direito de padrão meramente 'sensorialista' começava a provocar reações na forma do

Essa mudança constatada no modo como os juristas interpretavam a lei e o direito não pode ser dissociada da centralização cada vez mais acentuada dos focos de poder. É dizer, quanto mais o Soberano (até então o Rei) conseguia arrogar a si o cerne das decisões políticas, eliminando ou diminuindo a importância de agentes concorrentes como a Igreja ou os Senhores Feudais, mais necessárias se tornariam as justificativas racionais de seu poder. As bases teóricas dessas mutações podem ser encontradas nos filósofos políticos que souberam perceber essas modificações nos paradigmas políticos. A concepção de lei que esses pensadores apresentaram ao mundo ocidental dá bem a idéia do papel que as futuras classes políticas européias afiançariam à norma jurídica.

Quando Thomas HOBBES (1588-1679) diz que "onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há justiça"[26] bem como que "ninguém pode fazer Leis a não ser o Estado, pois estamos Sujeitos unicamente ao Estado,"[27] está, em realidade, dando os supedâneos teóricos do *princípio da legalidade* e do *positivismo jurídico* – ou seja, fora do *Estado*, não há Lei, e nem, portanto, *Justiça*. Cabe ao ente estatal, que na época era incorporado na figura do Rei, o poder de dar o direito e, em ato contínuo, a Justiça. A realização concreta desse conceito, aplicado naquelas sociedades, era que a figura estatal adquire, graças a essa linha de pensamento, o *monopólio da autoridade*. De acordo ainda com essa ideologia, cabe ao soberano, e a mais ninguém, avaliar o conteúdo dessa norma, fixar os seus limites, atribuir-lhes o conteúdo ético-moral que bem entender.[28]

Outros pensadores, mais preocupados com os arbítrios e abusos cometidos por alguns Soberanos, cuidaram de delimitar o conteúdo dessa norma jurídica, mas não sem concordar com a centralização desse poder numa só autoridade. O conterrâneo de HOBBES, John LOCKE (1632-1704), por exemplo, entabulou limites ao poder de legislar, com vistas a garantir os direitos assim ditos *naturais* dos súditos.[29] Ato contínuo,

---

jusnaturalismo racionalista-idealista. Os raciocínios, porém, como suspeitara Hobbes, não seriam suficientes." Cfr. LOPES. J.R.L. *As Palavras e a Lei.* ob. cit. página 123.

[26] Cfr. HOBBES. T. *Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.* São Paulo: Ícone. 2000, página 111.

[27] Cfr. HOBBES. T., ob. cit. página 194 – maiúsculas no original.

[28] "Somente o Estado prescreve e ordena a observância das regras a que chamamos Leis, portanto o Estado é o único Legislador," escreveu HOBBES – Cfr. ob. cit. página 194 – maiúsculas no original.

[29] Escreveu o pensador em cotejo: "Eis os limites que impõe ao poder legislativo de toda sociedade civil, sob todas as formas de governo, a missão de confiança da qual ele foi encarregado pela sociedade e pela lei de Deus e da natureza. Primeiro: Ele deve governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas, e se abster de modificá-las em casos particulares, a fim de que haja uma única regra para ricos e pobres, para o favorito da corte e o camponês que conduz o arado. Segundo, Estas leis só devem ter uma finalidade: o bem do povo. Terceiro: O poder legislativo não deve impor impostos sobre a propriedade do povo sem que este expresse seu consentimento, individualmente ou através de seus representantes. E isso diz respeito, estritamente falando, só àqueles governos em que o legislativo é permanente, ou pelo menos em que o povo não tenha reservado uma parte do legislativo a representantes que eles mesmos elegem periodicamente. Quarto: O

incorporou elemento relevante na ordem política estatal de então: a necessidade do cidadão escolher quem vai elaborar as leis estatais, "pois sem isso," obtemperou John LOCKE, "faltaria a esta lei aquilo que é absolutamente indispensável para que ela seja uma lei, ou seja, o consentimento da sociedade, acima do qual ninguém tem o poder de fazer leis."[30] Jean Jacques ROUSSEAU (1712-1778) foi mais longe nesse mister, chegando ao ponto de afirmar que "O Povo submetido às leis deve ser o seu autor; compete apenas àqueles que se associam regular as condições da sociedade."[31] Sob a égide da *volonté générale*, deveriam as normas estatais serem formadas e obedecidas, pois essa era a garantia de liberdade e igualdade na sociedade, de acordo com o filósofo genebrino.[32] Por fim, impossível não mencionarmos a colaboração de MONTESQUIEU (1689-1755) para aquela que seria a teoria dominante dos modernos Estados; com efeito, o Barão francês formulou um estudo *sociológico* da lei, argumentando que a norma jurídica deveria refletir os anseios e realidades de cada comunidade, mas acima de tudo, emanar da *razão humana*.[33]

E é sobre esse *ordenamento jurídico*, até então um pressuposto apenas *moral ou fenomenológico* das decisões estatais, que passou a se assentar a *legitimidade* dos atos cometidos pelo Estado. De mera *forma de manifestação* do poder, ganhava a lei *conteúdo* de poder, *essência* de poder.[34] Os entes estatais inspirados nessa visão declaravam que a ação do soberano – qualquer que fosse ela – somente seria legítima e, portanto, capaz de ser imposta aos cidadãos, desde que assentada numa norma oriunda do Estado.[35] Em outras

---

legislativo não deve nem pode transferir para outros o poder de legislar, e nem também depositá-lo em outras mãos que não aquelas a que o povo o confiou." Cfr. LOCKE. J. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes. 1999, página 169.

[30] Cfr. ob. cit., página 162.

[31] Cfr. *Du Contrat Social*, livre II, Paris: Nathan, 1991, página 51, traduzimos – maiúsculas no original.

[32] Nas palavras de ROUSSEAU: "Sobre essa idéia vemos no mesmo instante que não se pode mais perguntar a quem cabe fazer as leis, já que elas são atos da vontade geral; (...) nem se a lei pode ser injusta, pois ninguém pode ser injusto contra si próprio; nem como somos livres e submetidos às leis, já que elas não passam de registros de nossas vontades." Cfr. *Du Contrat Social.* ob. cit., Livro II, página 51, traduzimos.

[33] Por seus próprios termos: "A lei em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana." Cfr. MONTESQUIEU. C.S.B. *O Espírito das Leis*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 2005. página 16.

[34] Citamos, a título ilustrativo dessa tese doutrinária, a lição de Hermann HELLER, segundo o qual "no Estado moderno, o Direito representa normalmente a forma necessária de manifestação, tanto do ponto de vista técnico como ético espiritual, de todo o poder político que se queria garantir. É a forma tecnicamente – embora nem sempre politicamente – mais perfeita de dominação política, porque torna possível, geralmente e a pouco e pouco, a orientação e ordenação mais precisas e praticáveis do atuar político, isto é, a previsão e a imputação mais certas da conduta que constitui e ativa o poder do Estado." Cfr. HELLER. H. *Teoria do Estado.* São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, página 288.

[35] O Poder ao deixar de ser justificado por Deus, passaria a sê-lo pelo ordenamento, pela estrutura racional e juridicamente construída do Estado. A questão agora diz respeito à *legitimidade* do Governante, que guarda total consonância com a estrutura jurídica estatal, conferida sobretudo pela Lei. Para Georges BURDEAU, "Metamorfose moderna da sacralização do Poder, a legitimidade laiciza seu fundamento sem lhe enfraquecer a solidez, já que ela substitui a investidura divina pela consagração jurídica."BURDEAU, G. *O Estado*. ob. cit. página 28.

palavras, as regras jurídicas fortificavam-se e, mais do que isso, ganhavam forma e um papel de protagonistas na ordem estatal; o conhecido *princípio da legalidade* – segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei e adotado até hoje em praticamente todas as Cartas Constitucionais do mundo ocidental – é consolidado, alçando por esta via a lei a um *status* político inédito.[36] De fato, a lei positiva torna-se um elemento fundamental (literalmente fundador) do Estado e de sua relação política com a sociedade: o soberano somente poderia exercer o seu comando por meio das normas jurídicas.[37]

Como marco dessa mutação, a relação política anunciada pelos *Estados de Direito*, fulcrada no *império da lei*, foi adotada pelas notórias Revoluções Burguesas, tidas como responsáveis pelo início da assim chamada *era moderna* no mundo ocidental. Ironicamente, é nelas que percebemos o êxito do esforço entabulado pelos monarcas europeus, no sentido de promover a centralização da soberania, bem como na tarefa de associar tal soberania com a prerrogativa de legislar. Era HOBBES, a quem ROUSSEAU denominava *campeão do absolutismo*, quem dizia que "o Legislador, em todos os Estados, é unicamente o Soberano, seja ele um Homem, como em uma Monarquia, uma Assembléia de homens, em uma Democracia ou em uma Aristocracia."[38] Observava ainda o autor inglês supra mencionado que "o Estado não é uma Pessoa, tendo, então, capacidade para fazer seja o que for, somente através do Representante (isto é, o Soberano); portanto o único Legislador passa a ser o Soberano."[39] Atentos a essa doutrina que pregava a unificação da prerrogativa de legislar ao Estado, os revolucionários franceses fizeram constar no artigo 1 do Título III da Constituição de 1791 que a Soberania "pertence à Nação;" que "nenhuma secção do povo, nem nenhum indivíduo, pode se lhe atribuir o exercício."

Ainda seguindo esse discurso do *Estado de Direito*, as Revoluções do final do Século XVIII teriam consagrado definitivamente o *princípio da legalidade* como alicerce maior dos Estados que pretendiam formar, trazendo à baila a idéia de legitimação do

36 Assim, a Constituição Francesa de 1793 dizia em seu artigo 4º que "a Lei é a expressão livre e formal da vontade geral; ela é a mesma para todos, seja no caso em que ela proteja ou que ela puna; ela só pode ordenar o que é justo e útil à sociedade; ela só pode proibir o que lhe é prejudicial."

37 O germe das constituições que foi plantado com a Magna Carta de 1215 transmuta-se em instituto indispensável para a própria realização e reconhecimento da existência de um Estado, no caso, o *Estado de Direito*.

38 Cfr. HOBBES, *O Leviatã*. ob. cit. página 194, maiúsculas no original.

39 Cfr. HOBBES, *O Leviatã*. ob. cit. página 194, maiúsculas no original.

exercício do poder pela lei (em suposta oposição à teocracia, ou outras formas autoritárias de governo).[40]

Essas características são conseqüência da forma de relação de poder que se dizia instaurar com aquela nova ordem social: o Estado não deveria ser um chefe, dominador, arbitrário; o *Estado de Direito* deveria ser uma entidade voltada a assegurar, garantir direitos e liberdades dos indivíduos que participavam daquela comunidade, exatamente nos moldes *contratualistas*.[41] Uma entidade digna de respeito e obediência, com certeza, mas uma subserviência lastreada em hipotético consentimento, na visão, certamente ilusória, de que aquelas regras que ela impunha – as leis – eram fruto de sua própria vontade de cidadão. O que antes era resultado da vontade exclusiva do Rei, que no máximo consultava os Parlamentos, a partir de então era a vontade do povo soberano, que poderia, inclusive, contrariar a vontade do governante.[42] A Norma Jurídica, formada com fulcro na *vontade geral*, seria a manifestação perfeita e acabada da realização da soberania popular.[43] Não por outro motivo, foi ela elevada a um *status* de autoridade máxima, superior até mesmo ao governante que estivesse eventualmente no exercício do poder.[44]

---

[40] Esse pensamento é facilmente encontrado, por exemplo, nas manifestações públicas dos primeiros revolucionários franceses – ROBESPIERRE, em discurso proferido na *Assemblée Génerale* e datado de 10 de maio de 1793, quando se discutia a adoção de um texto constitucional, proclamava: "Até aqui, a arte de governar não foi mais que a arte de despojar e escravizar a maioria em benefício da minoria; e a legislação, o meio de reduzir esses atentados a um sistema. Os reis e os aristocratas exerceram muito bem seu ofício; cabe a vós agora exercer o vosso, isto é, tornar os homens felizes e livres através das leis." Cfr. ROBESPIERRE, M. de. *Discursos e relatórios da convenção*. Rio de Janeiro: EDUERJ/Contraponto. 1999, página 95. A mesma temática é encontrada na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), onde se lê que os limites à liberdade "apenas podem ser determinados pela lei" (art. 4º), bem como que "a lei é a expressão da vontade geral" (art. 6º).

[41] Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, ao descrever o pensamento revolucionário, escreveu que "a lei só poderia ser a expressão de um direito pré-existente que se descobria. O poder do legislador se destinava, pois, a 'proclamar uma regra anterior e superior a ele.' Uma regra cuja força repousava no *consensus populi*, estando os representantes em relação à lei que declaravam na mesma posição ocupada outrora pelos barões e homens bons presentes aos Estados Gerais." Cfr. FERREIRA FILHO. M.G. *Do Processo Legislativo*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 1995, página 53.

[42] A Constituição Francesa de 1791, por exemplo, impunha ao Rei Luis XVI (ainda vivo e ocupante do cargo de chefe do Poder Executivo), a forma de governo a ser adotada no Estado que nascia. Acaso vetasse alguma lei, e ela voltasse à *Assemblée Nationale* e fosse novamente aprovada, deveria ele aceitar tal imposição. Era o que dizia o artigo 2º da Secção III da Carta Constitucional, intitulado "Da Sanção Real": "No caso do rei recusar em dar o seu consentimento, essa recusa será apenas suspensiva. Quando as duas legislaturas seguintes àquela que lhe apresentou o decreto tiverem sucessivamente apresentado o mesmo decreto nos mesmos termos, conserar-se-á que o rei concedeu a sanção." (traduzimos).

[43] "Em qualquer caso" anota Gianfranco POGGI, "dentro do sistema de governo, o direito é o modo clássico de expressão do Estado, a sua própria linguagem, o veículo essencial de sua atividade. Pode-se visualizar o Estado, em seu todo, como um conjunto *legalmente* constituído de órgãos para a criação, aplicação e cumprimento de *leis*." Cfr. POGGI. G. *Evolução do Estado Moderno – uma introdução sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1981. página 111.

[44] José Afonso da SILVA, a esse respeito, escreveu que "a lei aparece nesse contexto como a expressão deificada e acabada do *legalismo* do Estado liberal que brota da Revolução Francesa. A lei, expressão da vontade geral, é concebida como perfeita, intocável e irrepreensível, que não pode ser abolida senão por outra lei." SILVA. J.A. *Processo Constitucional...* ob. cit., página 29.

A lei, no seu papel de proposição normativa do que pode e não se pode fazer, seria a expressão racional da vontade estatal, colocada de forma abstrata, afastando-se os juízos casuísticos a respeito de algum fato que merecesse julgamento.[45] Os doutrinadores do direito constitucional, por sua vez, justificam a relação de poder gerada no *império da lei* nesse esquema.[46] Em outros termos, o poder, a força coercitiva do ente estatal e, acima de tudo, a *legitimidade* do seu direito de comandar os cidadãos que dele participem é justificado no discurso da autoridade por meio da existência desse *princípio da legalidade*.[47]

O *Estado de Direito* apresenta-se assim como organização política que promete ser a libertadora dos cidadãos, até então mantidos nos grilhões.[48] A nós, contudo, parece que esse *discurso da legalidade* é justamente um elemento de controle e dominação social (seja qual for a vertente político-ideológica em uso), pois concentra num só ente – o Estado – a prerrogativa de dizer o que é o Direito. A rigor, conforme argumentou Michel FOUCAULT, de certa forma, as Revoluções Burguesas (essencialmente a Francesa, à qual ele faz expressa referência), foram em realidade a *consagração do absolutismo*.[49] De fato, a organização política que surgiu da Revolução de 1789 teve a pretensão de ter dado um fim, de uma vez por todas, aos conflitos de lei havidos entre monarca, senhores feudais e igreja: a fonte da lei e, conseqüentemente, o poder, teria ficado totalmente centralizado na

---

[45] Para José Afonso da SILVA, a lei "segundo essa concepção, constitui o princípio basilar do Estado de Direito, que é criação do liberalismo. Por isso, na doutrina clássica, o Estado de Direito repousa na concepção do direito *natural, imutável* e *universal*, de onde decorre que a *lei*, que realiza o princípio da legalidade, que dá a essência do seu conceito, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. A *generalidade da lei* constituía o fulcro desse Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão. Dela, e só dela, defluiria a igualdade." Cfr. SILVA. J.A. *Processo Constitucional*...ob. cit., página 29.

[46] À guisa de exemplo, Andyara Klopstock SPROESSER, obtempera que "a partir de 1789, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, passou-se a ver na lei editada pelo parlamento, onde o povo estivesse representado, o único instrumento legítimo para conduzir a sociedade." Cfr. SPROESSER.A. K. *Direito Parlamentar – Processo Legislativo.* 2ª edição. São Paulo: ALESP/SGP. 2004. página 11.

[47] Para Hermann HELLER: "O poder do Estado é tanto mais firme quanto maior for o voluntário reconhecimento que se empresta por quem o sustenta, aos seus princípios éticos jurídicos e aos preceitos jurídicos positivos legitimados por aqueles. Só goza de autoridade aquele poder do Estado ao qual se reconhece que o seu poder está autorizado. A sua autoridade baseia-se unicamente na sua legalidade enquanto esta se fundamenta na legitimidade." Cfr. *Teoria do Estado*. ob. cit., páginas 288 e 289.

[48] O tema da *liberdade* ou *libertação* dos cidadãos é constantemente citado na Constituição Francesa de 1791 que dizia abolir "irrevogavelmente as instituições que feriam a liberdade e a igualdade dos direitos" e na Norte-Americana, de 1787, que coloca como objetivo o "desenvolvimento do bem-estar geral e assegurar os benefícios da liberdade à nós mesmos e para a posteridade."

[49] Citando Montlosier, FOUCAULT afirma que "a Revolução Francesa aparece (...) como o último episódio desse processo de transferência que constituiu o absolutismo real. A conclusão dessa constituição do poder monárquico, é a Revolução. (...) A Revolução deve ser lida como a conclusão da monarquia: conclusão trágica, pode ser, mas conclusão política verdadeira. (...) A Convention, é a verdade da monarquia desnuda, e a soberania, arrancada à força da nobreza pelo Rei, é agora, de uma maneira absolutamente necessária, nas mãos do povo que é, afirma Montlosier, o herdeiro legítimo dos reis." Cfr. FOUCAULT. M. *Il faut defender la société*. Paris: Seuil/Gallimard. 1997. páginas 207 e 208, traduzimos.

figura do Estado.[50] Não mais um Estado monarquista, é certo, mas um Estado com todos os abusos, arbitrariedades, e violências que essa estrutura política lhe permitiu praticar.

De fato se, como destacamos, a lei de fato refletia a vontade do soberano, e era por meio dela que ele agia, não haveria como extirpar dela o seu caráter político, ao contrário do que propagava o pensamento liberal-revolucionário. Em outros termos, se é ato de vontade, e de vontade *estatal*, então não se lhe poderia retirar a natureza de comando, de exercício de poder. Por mais que se defendesse o contrário, rapidamente notou-se que, na qualidade de ato estatal, qualquer comando da lei, por mais geral, abstrato, racional e isento que fosse, representaria uma escolha, uma deliberação daquela comunidade, nesse ou naquele sentido.[51]

Não por outra razão, debutou em todo o mundo ocidental uma notável onda de *codificação* ou *positivação* das normas legais, que passaram a ser editadas pelos Estados soberanos.[52] Isso se percebe especialmente no âmbito dos direitos civis, onde o Código Napoleônico (1804) é um dos primeiros e mais clássicos exemplos, tido como principal item influenciador dessa tendência na Europa. Antes e depois dele vieram os Códigos Civis da Prússia (1794), Austríaco (1812), Português (1859), Argentino (1875), Suíço (1883), Espanhol (1889) e Alemão (1900), dentre outros.[53] O *positivismo jurídico*, corrente de

[50] Segundo Gianfranco POGGI, "de acordo com algumas construções do Século XIX (e começos do Século XX), existe uma relação de quase identidade entre o Estado e o seu direito. Áreas independentes do direito são permitidas em certas (poucas) atividades do Estado, particularmente com referência a interesses estritamente políticos (segurança externa, manutenção da ordem pública) ou a considerações estritamente práticas e não normativas de necessidade ou conveniência administrativa; mas até mesmo essas áreas devem ser enumeradas e circunscritas em lei." Cfr. *Evolução do Estado Moderno*. ob. cit. página 111.

[51] Quando veda, ou autoriza algo, essa atitude, por si só, já é *política* e atinge em cheio a esfera de direitos dos indivíduos. Aliás, deve-se dizer que até mesmo a essência filosófica das Revoluções Burguesas, calcadas que eram no liberalismo econômico, continham uma clara opção política: a *grosso modo*, não envolver o Estado nas questões mercantis, deixar os indivíduos livres para estabelecerem as relações comerciais que bem entendessem, com as condições e termos que lhes aprouvesse. Isso é, em si, uma *decisão política* do Poder estatal.

[52] O já mencionado Gianfranco POGGI aduz: "O direito já não é concebido como uma coletânea de normas jurídicas consuetudinárias, desenvolvidas desde tempos imemoriais, ou de prerrogativas e imunidades tradicionais e corporativamente sustentadas; tampouco é concebido como a expressão de princípios de justiça assentes na vontade de Deus ou nos ditames da 'Natureza,' aos quais se espera que o Estado simplesmente empreste a sanção de seus poderes para fazê-los respeitar. O direito moderno é, outrossim, um corpo de leis promulgadas; é direito *positivo*, deliberado, feito e validado pelo próprio Estado no exercício de sua soberania, sobretudo através de decisões públicas, documentadas e geralmente recentes." Cfr. POGGI.G. *Evolução do Estado Moderno*. ob. cit. página 111.

[53] Segundo José Reinaldo de Lima LOPES, "o positivismo também impôs uma ruptura com o senso comum: o senso comum, como se sabe, tende a ser conservador e fixista. O Estado liberal precisava ser criado e substituir o Antigo Regime. A legislação deste Estado veio para pôr fim a todo o direito anterior e seu instrumento privilegiado foi o Código: uma lei que dispunha sistemática e completamente sobre um assunto determinado. O código pretendia ter um caráter axiomático. Opunha-se à falta de sistema das ordenações anteriores. Quem abre as *Ordenações Filipinas*, que também vigoraram no Brasil desde 1603, nota que elas são casuísticas. (...) Já em 1796, houvera um projeto de Código Criminal em Portugal que rompia com a 'desordem' das *Ordenações*." Cfr. *O Direito na História.* ob. cit. página 204.

pensamento cuja manifestação de influência mais evidente é a proliferação das Constituições e Códigos, não é resultado somente da vontade de romper com a legislação mais antiga, vista como herança de um tempo onde o misticismo e a religião comandavam o direito: ele remete a eventos sócio-políticos mais complexos, que analisaremos abaixo.

O *positivismo jurídico* é também a decorrência de uma vertente ideológica, uma metodologia ou forma de pensar o conhecimento que contaminou praticamente todos os meios científicos europeus, influenciando por via de conseqüência os campos do conhecimento teórico. As demais ciências – humanas ou não – começam a ver os fenômenos estudados como objetos cuja cognição passa pela sua própria apreensão, pela capacidade de reduzir a sua exegese a cálculos ou fórmulas. Vale dizer, *conhecer* algo cientificamente não é só *compreender*; é *compreender, saber fazer, reproduzir*. A ciência é conquistada por esse *empirismo* que não se limita a observar, mas observar, teorizar, refazer, dominar por completo o objeto de conhecimento, possibilitando a sua reprodução. A ciência ganha ares de processo, com ritos a serem seguidos com a finalidade de realizar essa *apreensão absoluta* do objeto estudado, bem como repeti-lo, quantas vezes for necessário para se confirmar o seu acerto.

Tais são, de forma grosseira, as bases do positivismo, como filosofia, sendo certo que esse conceito *caiu como luva* na atividade de *exegética jurídica*. Os Juristas que até então eram vistos como mera peça da engrenagem burocrática estatal, viram no positivismo a possibilidade de serem alçados ao nível de cientistas, capazes de desenvolver conhecimento científico e, sobretudo, empírico.[54]

Especificamente no campo jurídico, se buscou elevar o *direito legislado* ao patamar de disciplina teórica, dotada de métodos, práticas, procedimentos e, sobretudo, *discursos* próprios; por meio desse artifício, e em conluio com o *evolucionismo* que se propaga na filosofia a partir deste período, o modelo de *direito estatal ocidental* ostentou ares de superioridade sobre as demais *culturas jurídicas*, apresentadas como inferiores ou atrasadas, reflexo do *eurocentrismo colonizador*, que até hoje é facilmente encontrado nos manuais de *filosofia do direito*.[55] Curioso anotar também que, dentro dessa retórica, o

[54] Nesta senda, Niklas LUHMANN obtempera que "o pensamento moderno especificou o conceito de verdade no contexto do desenvolvimento das ciências e, vinculado a fortes pressupostos metodológicos, decompôs, por esse meio, os pensamentos do direito natural, positivando o direito, quer dizer, fundamentando-o em torno dos processos de decisão," entre os quais, nos permitimos incluir, o processo judicial e, principalmente, o processo legislativo. Cfr. LUHMANN. N. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980. página 23.

[55] Miguel REALE ensinava em suas *Lições Preliminares de Direito* que "admitido que as formas mais rudimentares e toscas de vida social já implicam um esboço de ordem jurídica, é necessário desde logo observar que durante milênios o homem viveu ou cumpriu o Direito, sem se propor o problema de seu

elemento a ser estudado não é a *Justiça,* mas a *lei*, que é valorizada na qualidade de objeto de estudo por si própria.[56]

Das diversas escolas do *positivismo jurídico* que emergem a partir do início do Século XIX,[57] destacamos a escola da *Exegese Francesa*, para a qual o direito deveria ser reduzido à lei, limitando-se ao máximo a sua interpretação jurisprudencial. Como já dissemos, o movimento de codificação é sintoma relevante desse momento histórico pelo qual passava o direito estatal:[58] a partir de então, igualmente por conta das lições do *discurso da legalidade*, todo o direito teria de ser legislado.[59] Fora da lei, não haveria direito, segundo os positivistas da doutrina da *exegese*, ou no máximo um conjunto de regras que necessariamente se subordinariam estruturalmente ao direito positivado, servindo-lhe de fonte subsidiária, à exemplo da jurisprudência e do direito comparado.[60].

O ordenamento jurídico, ao menos na visão legalista e positivista adquire assim uma ordem calcada na razão, alicerçada no entendimento de que as normas jurídicas formariam uma amálgama que deveria ser coerente entre si e, acima de tudo, originarem-se de uma mesma e única fonte: o direito estatal. O retro-citado LUHMANN analisa que "a

---

significado lógico ou moral. É somente num estágio bem maduro da civilização que as regras jurídicas adquirem estrutura e valor próprios, independente das normas religiosas ou costumeiras e, por via de conseqüência, é só então que a humanidade passa a considerar o Direito como algo merecedor de estudos autônomos." Cfr. *Lições Preliminares de Direito*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 1976. página 2.

[56] Isso é o que leva José Reinaldo de Lima LOPES a afirmar que "no direito, no entanto, os juristas elegeram um objeto e o privilegiaram: a lei, o ordenamento positivo. Esta eleição foi possível justamente porque o Estado moderno, em processo de transformação para Estado liberal, havia conseguido estabelecer-se com a centralização das suas fontes normativas, com a centralização da jurisdição e com o ideário do constitucionalismo, pelo qual toda normatividade dependia de regras constitucionais." Cfr. LOPES. J.R.L. *O Direito na História.* ob. cit., página 204.

[57] Além da vertente exegética, vale mencionar a escola *Histórica Alemã* e a *Analítica* inglesa como manifestações mais relevantes.

[58] Ao tratar desse momento de positivação do direito, Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR confirma nossas impressões, ao dizer que "os códigos, não obstante, representam um esforço técnico de domínio prático de um material, conforme as exigências da decidibilidade de conflitos em uma sociedade complexa, submetida à celeridade das transformações. Por seu intermédio, o conhecimento jurídico viu aplicadas técnicas de controle sistemático no sentido de se constituírem grandes redes conceituais capazes de funcionar como uma espécie de mapeamento da realidade jurídica. Originários das doutrinas elaboradas no século XVIII e discutidas profusamente no decorrer do século XIX, os códigos que conhecemos hoje são marcados por um espírito de rigidez e conservadorismo que contrasta, mas fornece uma impressão de segurança e certeza, com a mutabilidade multifária da civilização industrial, nos quadros do predomínio do estado-gestor e das exigências da unidade política." Cfr. FERRAZ JR., T.S. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas. 2004, página 238.

[59] Para LUHMANN, "uma vista de olhos imparcial às formas reais de atuação dos modernos sistemas políticos mostra que, pelo menos desde o Século XIX, o estabelecimento do direito se converteu em objeto de trabalho permanente dum empreendimento organizado de decisão e abrangeu todos os campos do direito, incluindo o direito constitucional." Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 119.

[60] Atestando a influência ainda atual dos teoremas positivistas, confira-se os artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" e 126 do Código de Processo Civil: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito."

positivação do direito, isto é, a tese de que todo o direito é posto por decisão, corresponde a estabelecer o conceito de legitimidade sobre o reconhecimento das decisões como obrigatórias."[61] Essas leis eram discutidas, votadas e aprovadas no Parlamento, pelos *representantes do povo*, por meio de um *procedimento legislativo*, cujo formalismo lhes garantiria legitimidade e conseqüentemente submissão social. Além disso, a *forma*, o *iter* processual da norma vinha preencher ao anseio dos juristas, que reclamavam o uso da linguagem científica, tomados que estavam pelo espírito positivo. Anseio, aliás, que impunha uma *ilusão* racional e objetiva, sobre algo totalmente político e, portanto, subjetivo.[62]

Desta feita, as normas devem ter coerência, coesão, sempre capitaneadas pelas regras constantes da Constituição, tida como elemento supremo no ordenamento (a *norma fundamental* de Hans KELSEN). No conceito positivista, a exegese jurídica não considera o conteúdo da norma: antes tem de levar em conta não somente a autoridade que a impõe, mas também se ela é coerente em cotejo com as demais normas do organismo jurídico (inclusive quanto à sua forma de positivação); vale dizer, se ela não foi revogada por outras normas (pelo critério da hierarquia, da antiguidade e da especialidade), se o ente que a promulgou era dotado de competência para tanto e, igualmente, se os ritos pré-estabelecidos de criação foram seguidos. A validade da norma não decorre propriamente de seu conteúdo ético ou moral, sua aceitação (legitimação) se dá pela origem (Estado) e pela forma de promulgação (processo legislativo), encontrando "um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias."[63] Outro efeito dessa visão essencialmente positivista do Direito foi a tendência, verificada principalmente entre os juristas do começo do Século XX, de que sendo legislada, qualquer ação estatal estaria juridicamente validada.

---

[61] Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 32.

[62] Mais uma vez, nos socorremos de José Reinaldo de Lima LOPES, que confirma nossas impressões: "O final do antigo regime em Portugal, marcado pelo tempo do *consulado* de Pombal, é significativo: foi preciso progressivamente eliminar os juízes ordinários (leigos) e substituí-los por juízes letrados. Multiplicaram-se as acusações de ignorância e despreparo dos juízes leigos. Os letrados dominarão o aparelho do Estado. (...) Mas o modelo do jurista erudito e letrado será predominante; o bom juiz deverá, a partir de então, submeter-se à lei, e embora a lei seja sempre considerada expressão da razão natural; será preciso cultivar esta razão natural na escola de direito. O senso comum, abandonado a si mesmo, é suspeito, como dito é fixista e conservador, é presa fácil do tradicionalismo e do poder local, das pressões políticas e do preconceito. Contra este senso comum o melhor remédio é a lei, ato de vontade do soberano, o povo, representado pelas Assembléias legislativas e, como no caso do Brasil imperial, pela Nação, representada pelo monarca." Cfr. LOPES. J.R.L. *O Direito na História.* ob. cit. página 205.

[63] Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 32.

Nesse contexto, em detrimento das lições do veio *histórico* do positivismo do qual SAVIGNY é o maior expoente, a lei não é mais mera formalização dos costumes, assume caráter regulador ostensivo e impositivo, não raro contrariando tradicionais arranjos sociais que abraçam matizes culturais variados. Tal acontece, por exemplo, na França, onde a adoção de um único Código Civil (o de 1804) serviu para unificar a legislação pátria, centralizando assim a legislação civilista. Da mesma maneira, quando analisou a lenta tentativa de inclusão dos povos indígenas nos sistemas constitucionais de certos países da América Latina, Bartolomé CLAVERO esclarece que esta adequação não se daria sem pesado ônus, qual seja, o abandono de seus modelos de organização social, de sua própria *cultura jurídica*.[64] Não que os costumes tenham sido postos totalmente de lado; continuam eles a representarem importante fonte do direito, mas o fato é que eles foram relegados a *coadjuvantes* no cenário do ordenamento jurídico.

Conseqüência importante dessa tendência *positivista* é que o Estado, ao mesmo tempo em que se coloca como representante dos interesses da comunidade (vontade geral, bem comum, etc.), retira da comunidade a prerrogativa de formar o direito: ao institucionalizar o processo de formação da lei, entregando-a aos Parlamentos, afastou-se o germe da norma jurídica dos costumes sedimentados pela sociedade, colocando-o nas casas legislativas. Claro que ainda é dos anseios sociais que surge a demanda por leis, bem como das fórmulas consuetudinárias que advém as direções a serem seguidas pela norma positiva; só que a sua formalização, seu processo de validação, *necessariamente* passa pelo Estado, e por ele deverá ser interpretada e aceita.

Ademais, no Século XIX ocorrem boa parte dos eventos que ditaram as mutações político-social na civilização ocidental no Século XX: a *Revolução Industrial*, o *Imperialismo Colonial*, os *movimentos grevistas*, o surgimento do *nacionalismo*, do *anarquismo*, do *socialismo*.[65] Na mesma medida em que os filósofos iluministas contribuíram para a formação do modelo *liberal* de Estado, o pensamento socialista que

[64] Por suas próprias palavras, "a incorporação deve significar abandono da própria cultura. Sem este requisito, não existe reconhecimento de nenhum direito." Cfr. CLAVERO. B. *Estado de Direito, direitos coletivos e presença indígena na América.* ob. cit. página 661.

[65] Como nos ensina Dalmo de Abreu DALLARI, "ocorrendo a formação de grandes aglomerados urbanos, como decorrência direta da revolução industrial, havia excesso de oferta de mão-de-obra, o que estimulava a manutenção de péssimas condições de trabalho, com ínfima remuneração. Entretanto, a burguesia, que despontara para a vida política como força revolucionária, transformara-se em conservadora e não admitia que o Estado interferisse para alterar a situação estabelecida e corrigir as injustiças sociais. Foi isso que estimulou, já no século XIX, os movimentos socialistas e, nas primeiras décadas do século XX, um surto intervencionista que já não poderia ser contido." Cfr. DALLARI. D.A. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* ob. cit. página 278.

emerge dos conflitos de classes foi a principal matiz doutrinária do Estado tido como *social*.[66]

Ele constituiu uma mutação menos radical do que aquela testemunhada pelos Revolucionários do Século XVIII, porquanto não rompia com a estrutura do Estado de Direito, que havia revertido, de forma total, a relação entre indivíduo e ente estatal que vigorava até então, nos moldes do *Ancien Régime*. O Estado Social, por sua vez, se aproveita da estrutura do Estado de direito, constitucionalista, positivista, utiliza-se de suas bases, de seu ordenamento jurídico para realizar suas acepções.[67] Vários são os exemplos de manifestações desse tipo de Estado, sendo certo que a forma mais evidente de sua existência é a adoção, por parte dos entes estatais, de diversas políticas públicas *ativas*. Vale dizer, muito além de garantir liberdades, que seriam direitos essencialmente *negativos*, calcados na *ausência ou negativa de ação* do Estado, esses direitos sociais como educação, saúde, trabalho e aposentadoria passam a ser responsabilidade do Estado.[68]

Elevados ao *status* de *direitos*, essas atribuições do Estado são por isso positivadas, inclusive constitucionalmente, representando mais um compromisso da Administração Pública. E, por constituírem obrigações do ente estatal, seu descumprimento trás consigo um ônus, que poderia se traduzir em simples desgaste político, chegando aos extremos da perda ou remoção do governante em mora do poder.

Em decorrência do aumento do escopo de intervenção estatal, em linha com o *discurso da legalidade*, os Estados ditos modernos exercem sua força legiferante em todas as áreas do cotidiano de seus cidadãos: praticamente todos os atos da vida – dos mais simples aos mais complexos – não passam sem que haja alguma participação do ente

---

[66] É o que nos explica Paulo BONAVIDES, que diz que "uma constante, a nosso ver, explica o aparecimento do Estado social: a intervenção ideológica do socialismo." Diz mais, notadamente no que tange aos conflitos, inspirados pelos ideais de igualdade do socialismo, tendo sido eles – as constantes disputas e litígios sociais – quem demoveram os detentores do Poder do radical liberalismo, convencidos que estavam que, a permanecer tal estado de coisas, estar-se-ia trilhando o caminho da Revolução, como de fato ocorreu em diversas localidades: "Esse fator de continuidade forma, portanto, no Ocidente, linha permanente de combate, com a qual se defronta, desde a Revolução Francesa até nossos dias, o antigo Estado da burguesia ocidental. Antes e depois de Marx se trava esse renhido prélio doutrinário. E, para sobreviver, o Estado burguês se adapta a certas condições históricas; ora recua, ora transige, ora vacila." Cfr. BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros. 2001, página 183.

[67] Deveras, o já citado Paulo BONAVIDES afirma que "O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia." Cfr. BONAVIDES. P. *Do Estado Liberal*... ob. cit. página 184.

[68] Na lição de Dalmo de Abreu DALLARI, "Desde então, como assinala Harold Laski, o *Estado-polícia* foi substituído pelo *Estado de serviço*, que emprega seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas das conseqüências mais penosas da desigualdade econômica." Cfr. DALLARI. D.A. *Elementos de Teoria*.... ob. cit., página 279.

estatal, seja regularizando, certificando ou até mesmo coagindo as atitudes. Por isso nos parece pertinente a observação de LUHMANN, segundo o qual "até aos tempos modernos, o 'poder absoluto' restringia-se às possibilidades de conquista e coação, de confiscação e recrutamento e era praticamente impotente quando se tratava duma modificação da realidade social de acordo com uma finalidade."[69] Hoje, sabemos, não apenas os Estados são capazes de promover as sobreditas mutações na realidade social, como deles *se esperam* tais ações.

Quanto à estrutura jurídica, pouco difere o Estado liberal do social: ambos crêem na força legitimadora das leis, no formalismo da Constituição e na positivação do direito. Sua distinção reside principalmente na relação dos direitos a serem tutelados, e no comportamento do Estado frente à sociedade e suas relações subjetivas. O *Liberalismo* a defender uma mínima intervenção, apenas para garantir o cumprimento das obrigações contratuais; os defensores do *Estado de Bem-Estar Social* a advogar por uma ampla participação do Estado, servindo como regulador, mediador, e até mesmo fomentador de diversas relações jurídicas. A lei, que até então era a base legitimadora do *Estado de Direito*, passa agora a ser também a fórmula *apaziguante* das reivindicações sociais. Ao invés de lutar com o uso da força, para ver garantidos os direitos sociais, a solução *institucional* dos conflitos passa a ser vista como razoável, e por vezes recomendável. Não será necessário pegar em armas para *arrancar* de seu patrão o direito a férias remuneradas: tornando-se *lei*, esse direito será observado e defendido pelo ordenamento estatal. Na mesma seara, não será preciso implorar por misericórdia na porta das farmácias ou casas de saúde: o Estado proverá os remédios de forma gratuita, pois a tanto se obrigou, inclusive constitucionalmente.

Se, antes do advento do Estado Social, a razão de ser das normas positivas era limitar o poder, agora ela exigem a sua participação, clamam pela intervenção. E esse papel nem sempre é aceito de bom grado, especialmente pelos governantes que vêm, nas limitações orçamentárias, obstáculos para a concretização desses direitos. De fato, de muito pouco valem as boas intenções dos legisladores – sobretudo constitucionais – a preverem e assegurarem uma série de direitos *sociais*, mas que precisam da intervenção efetiva do Estado para se concretizarem. O Poder Legislativo pode, à sua mercê, conceder uma gama de prerrogativas aos cidadãos, mas se não contar com a colaboração do Executivo, essas normas se tornarão *letra morta*, pois perecerão pela sua falta de

[69] Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 120.

efetividade. Essa nova realidade modifica as relações de poder, inclusive entre as diferentes instituições estatais.[70] O novo problema colocado não é o arbítrio do ente estatal, o absolutismo dos monarcas, que urgia serem controlados; o dilema a ser solucionado pelo Estado de *Bem Estar Social* é a falta de empregos, os abusos cometidos contra a classe laboral pelos capitalistas, a necessidade de políticas públicas que promovam a saúde, educação, etc..., temas esses cuja responsabilidade deve ser assumida doravante pelo ente estatal. E isso se reflete diretamente na questão da clássica separação de poderes, um dos elementos basilares do Estado Liberal.[71]

Essas são, nos parece, as principais características do tratamento dado à norma positiva nas sociedades de tradição ocidental, e utilizadas como bases pelo Estado brasileiro. À luz da *Teoria do Estado*, o que tentamos destacar foi como nesses ordenamentos se chegou à elaboração teórica de que a norma jurídica exerce um papel de legitimadora da ordem estatal: é ela quem confere ao Estado, por meio do *discurso da legalidade*, a autoridade e a prerrogativa de exercer o seu poder coercitivo, na medida em que os cidadãos, com fulcro na *impressão* de viverem num ordenamento organizado e racionalizado, submetem-se à lei que eles mesmos teriam promulgado.[72]

Como vimos, no campo do *discurso doutrinário* correntemente propagado, diz-se que a "passagem da esfera da legitimidade para a esfera da legalidade assinalou, dessa forma, uma fase ulterior do Estado moderno, a do Estado de Direito, fundado sobre a liberdade política (não apenas privada) e sobre a igualdade de participação (e não apenas pré-estatal) dos cidadãos (não mais súditos) frente ao poder, mas gerenciado pela burguesia

---

[70] Se no Estado Liberal clássico a maior autoridade é a Classe Legislativa, por deter o monopólio da elaboração das Leis, sendo assim, portanto, o centro de legitimação do Corpo Estatal, o Estado Social impõe a necessidade de conciliar as políticas públicas com as possibilidades práticas do governo.

[71] Deveras, o Poder Executivo, dentro da divisão tripartite, é aquele que mais contato mantém com os problemas, as reivindicações e, mais do que isso, as concretas possibilidades orçamentárias que possibilitariam a implementação das políticas intervencionistas estatais. Não por outra razão, a grande maioria das políticas sociais estatais foram propostas, encaminhadas e entoadas por governantes, contando com a aprovação das casas legislativas: foi o caso do *New Deal* nos anos 30 nos Estados Unidos da América, da criação da legislação trabalhista brasileira, consolidada num Código em 1943, bem como na política de re-construção da Europa no pós-guerra, época de florescimento econômico que ficou conhecida como *Les Trentes Glorieuses.*

[72] Essa presunção é sinteticamente apresentada por Gianfranco POGGI, do seguinte modo: "Na medida em que preenchem as condições estipuladas em termos gerais por tais leis, diz-se que os indivíduos possuem direitos, obrigações e deveres; podem produzir ou devem submeter-se a determinadas modificações em suas relações mútuas. As normas acima indicadas e outras que as complementam expressam todas, obviamente, a autoridade do Estado em face dos seus cidadãos; mas têm por objetivo apoiar e controlar a busca pelo indivíduo de suas próprias vantagens, tornando precisas e previsíveis as suas relações com outros indivíduos e, portanto, fazendo com que seja transparente, calculável e não coerciva a interação dos 'colaboradores antagônicos.'" Cfr. POGGI. G. *Evolução do Estado Moderno*. ob. cit. página 112.

como classes dominantes, com os instrumentos científicos fornecidos pelo direito e pela economia na idade triunfal da Revolução Industrial;"[73] institucionalmente ao menos, é nessa crença no modelo de *Estado de Direito*, que ganhou desmedido valor com os jus-positivistas, que se assenta a justificativa teórica do poder estatal.

A linguagem do *Estado de Direito* foi inteiramente incorporada ao nosso país, e desde os seus primórdios. Porém, uma vez que nossa história destoa da dos Europeus, a mimética aplicação de tal *Estado do Direito* criou situações e condições peculiares quanto aos atributos da lei, que estudaremos a seguir.

2. *O charco e as estrelas.*

> "*No charco onde a noite se espelha, o sapo acredita voar entre as estrelas*." Mia Couto.

A história jurídica brasileira encaixa-se à perfeição na metáfora anunciada pelo autor moçambiquenho: nossos legisladores e juristas, na esperança de que a cópia de modelos importados seria uma solução salutar para criar um ordenamento jurídico, acreditaram e acreditam *voar entre estrelas*. Mas a realidade é bem diferente, e nossas leis bem mais próximas de um *encharcado pântano* do que de uma *constelação de astros.*

Seria inconveniente examinar a norma no seu papel de instituição jus-política no Brasil sem levarmos em conta nossa condição de ex-colônia lusitana. Esse status não há de ser ignorado, pois deixou profundas marcas em nossa sociedade, sendo certo que o ordenamento jurídico estatal não escapou ileso; aliás, não seria exagero afirmar que dos diversos elementos que compõem a sociedade brasileira, é *justamente* o direito positivo quem mais se moldou aos padrões do antigo colonizador. Mais do que isso, não foi apenas o direito de origem portuguesa quem ditou as regras fielmente seguidas por nossos legisladores, doutrinadores e juízes: institutos legais oriundos da França, Estados-Unidos da América, Alemanha, Itália e Inglaterra mostram impressionante presença em nossos diplomas legais e no espírito que guiou o ente estatal, nos vários momentos que levaram à sua elaboração. Nesta toada, o que nos parece mais chocante é a dificuldade dos juristas e legisladores pátrios de se desprenderem de uma visão *eurocentrista* da sociedade, insistindo, apesar das nítidas inadequações daí decorrentes, na *tropicalização* de institutos

[73] Cfr. SCHIERA. P. *Estado Moderno*. in. BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. *Dicionário de Política*, 5ª edição, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000, página 430.

notadamente ocidentais, que vieram formar o conjunto normativo cujas atribuições sócio-políticas nos prestaremos a estudar.

O movimento de independência de 1822, marco da criação do Estado brasileiro, não representou um violento rompimento com a estrutura jus-política anterior. Ao reverso, ainda que a sociedade brasileira fosse fruto da miscigenação de três grandes matizes étnicas – portuguesa, indígena e negra – ao menos do ponto de vista institucional, é notório que o modelo euro-português de administração prevaleceu.[74] Prevaleceu, em primeiro lugar, porque tal tem sido a tendência em todo o mundo: uma *europeização* dos costumes, valores e estruturas sociais, fenômeno constatado e estudado pelas demais ciências sociais, sobretudo a antropologia.[75] No caso dos países colonizados como o Brasil, essa influência evidentemente se acentuou, por conta da instalação das estruturas que impuseram os modos de produção, de exercício e organização de poder e até mesmo a cultura, em detrimento das formas tradicionais pré-existentes ou que vieram a se incorporar, como no caso dos povos violentamente traficados da África.

Anotamos também que a forma *permeável* de colonização entabulada pelo português colaborou nesse sentido: as peculiaridades da dominação lusa criaram um ambiente sócio-político único, especialmente se considerarmos as demais formas de colonização adotadas por outros países do Velho Continente. Darcy RIBEIRO nos lembra que os primeiros contatos do colono luso com os nativos deram-se seguindo o modelo do *cunhadismo*,[76] cuja função "foi fazer surgir a numerosa camada de gente mestiça que

[74] "A sociedade e a cultura brasileiras" – escreveu Darcy RIBEIRO – "são conformadas como variantes da versão lusitana da tradição civilizatória européia ocidental, diferenciada por coloridos herdados dos índios americanos e dos negros africanos. O Brasil emerge, assim, como um removo mutante, remarcado de características próprias, mas atado genesicamente à matriz portuguesa, cujas potencialidades insuspeitadas de ser e de crescer só aqui se realizariam plenamente." Cfr. RIBEIRO. D. *O Povo Brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras. 1995. página 20

[75] "A civilização ocidental tende, seja na totalidade, seja em alguns elementos chave como a industrialização, a se expandir no mundo; e que, na medida em que outras culturas procuram preservar algo de suas heranças tradicionais, essa tentativa reduz-se geralmente às super-estruturas, quer dizer aos aspectos mais frágeis e dos quais podemos supor que serão varridos pelas transformações profundas que se realizam." Cfr. LEVI-STRAUSS, C. *Race et histoire*. Paris: Folio. 1987, páginas 52 e 53, traduzimos. E continua o antropólogo belga: "Começaremos reparando que essa adesão ao modo de vida ocidental, ou ao menos a alguns de seus aspectos, está longe de ser tão espontânea quanto alguns os ocidentais gostariam que fosse. Ela resulta menos de uma decisão livre do que de falta de escolha. A civilização ocidental estabeleceu seus soldados, seus postos, suas plantações e seus missionários em todo o mundo; ela interveio, direta ou indiretamente, na vida das pessoas de cor; ela alterou radicalmente seu modo tradicional de existência, seja impondo o seu, seja instaurando condições que levariam à falência dos quadros existentes sem substituí-los por outros. Os povos subjugados ou desorganizados não tinham escolha senão aceitar as soluções de substituições que lhes eram oferecidas ou, se eles não estivessem dispostos, aproximar-se delas o suficiente para poder combate-las com igualdade de forças." Cfr. *idem, ibidem*, páginas 53 e 54, traduzimos.

[76] Nas palavras do citado antropólogo: "A instituição social que possibilitou a formação do povo brasileiro foi o *cunhadismo*, velho uso indígena de incorporar estranhos à sua comunidade. Consistia em lhes dar uma

efetivamente ocupou o Brasil;"[77] Ao seu turno, Sérgio Buarque de HOLANDA noticia a falta de um "orgulho de raça" dos colonizadores,[78] permitindo uma integração, um intenso intercâmbio social, criando laços e miscigenação que foram muito além da simples dominação econômica da região pela metrópole.[79]

Assim é que, embora contasse com notáveis diferenças geográficas, econômicas e sociais, até o histórico 7 de Setembro, a comunidade brasileira viu-se sujeita à estrutura estatal portuguesa: os indivíduos eram submetidos às normas do direito português, sobretudo às *Ordenações Filipinas*; as decisões dos Tribunais brasileiros eram revistas por Cortes lusitanas;[80] a administração pública era submissa aos desígnios da Coroa portuguesa; os membros da elite letrada eram formados nas faculdades européias, quase sempre em Coimbra.[81] O Brasil, no período em que foi colônia, ao menos jurídica e institucionalmente, em quase nada se distinguia da sua metrópole. Essas são algumas das razões da imposição do modelo luso, quando se pensou e criou o Estado brasileiro; e como não poderia deixar de ser, os vícios e defeitos do seu ordenamento jurídico reproduziam-se por aqui, por vezes até com maior ênfase.

Somos filhos (*paridos* ou *clonados*?) do Estado português e não haveria nem como negá-lo: a *burocracia*, o *formalismo*, o *elitismo* e o *personalismo das relações de poder* foram rédeas que nos guiaram ao longo dos dois últimos séculos, pouco importando qual o tipo ou forma de Estado, a tendência ou vertente política dominante. Nossas instituições assemelham-se, dessa forma, a *membros* amputados do *corpo* da metrópole: mesmo que doravante autônomo, o ente estatal guardou e reproduziu quase todas as

---

moça índia como esposa. Assim que ele a assumisse, estabelecia, automaticamente, mil laços que o aparentavam com todos os membros do grupo." Cfr. ob. cit. página 81.

[77] Cfr. RIBEIRO. D. *idem, ibidem*, página 82.

[78] O historiador mencionado escreveu o seguinte sobre essa peculiaridade do jaez colonizador lusitano: "Essa modalidade de seu caráter, que os aproxima das outras nações de estirpe latina e, mais do que delas, dos muçulmanos da África, explica-se muito pelo fato de serem os portugueses, em parte, e já ao tempo do descobrimento do Brasil, um povo de mestiços." Cfr. HOLANDA. S.B. *Raízes do Brasil.* 26ª edição. São Paulo: Companhia das Letras. 1995. página 53.

[79] A própria administração estatal transferiu-se – ainda que lenta e gradualmente – para o continente americano, trazendo para a colônia as instituições, preceitos e modelos burocráticos luso-europeus. Esse movimento de progressiva e marcante integração teve como ápice a chegada, em 1808, da Família Real Portuguesa e sua Corte, invertendo a ordem administrativa entre metrópole e colônia, feito inédito na história dos modelos coloniais europeus.

[80] "Portanto," escreve José Reinaldo de Lima LOPES, "a despeito das muitas normas, alvarás, regimentos, cartas-régias especialmente feitos para se aplicar ao Brasil, há uma vida jurídica comum." E continua: "São os órgãos de Lisboa, a Casa de Suplicação, a Mesa da Consciência e Ordens ou o Desembargo do Paço que em última instância determinam as questões de justiça também para o Brasil. E, embora o Conselho Ultramarino possa interferir em questões de fazenda e guerra, em matéria de justiça a relação é direta com a justiça comum do reino." Cfr. *O Direito na História*, ob. cit., página 215.

[81] José Murilo de CARVALHO nos fornece dados que confirmam a assertiva – Cfr. CARVALHO. J.M. *A Construção da Ordem: a elite política imperial*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003, página 73.

características do organismo do qual se afastava. É nítido que aqueles que idealizaram nosso país como independente nunca se lançaram em estudos acurados para implementarem um modelo cabível ou inspirado em seus próprios recursos ou realidades sociais. Ao reverso, dominou um conservadorismo radical, fruto do temor de uma anarquia social e do apego da parte européia de nossas raízes, tidas como mais nobres. Nossa independência política sem dúvida se concretizou, na medida em que não mais nos submetemos ao alvedrio da Coroa Lusitana; contudo, é evidente que a soberania e a forma de exercício do poder estatal passaram da mão de um Monarca para outro, em cujas veias, aliás, corria exatamente o mesmo sangue – vale dizer: trocamos um *Regente* por um *Imperador*, ambos encarnados na mesma pessoa.

À exemplo de uma muda podada, os frutos do nosso ordenamento brotaram como réplicas do português: copiamos suas instituições, seus valores e seu modelo de burocracia. A Nação brasileira que vinha ao mundo, todavia, era bem distinta daquela encontrada na Europa: Sérgio Buarque de HOLANDA a descreve como "uma civilização de raízes rurais," que assim permaneceu pelo menos até a abolição da escravidão.[82] Sérgio ADORNO relata que por ocasião do final do período colonialista, "a maioria do povo brasileiro, livre e desprovido da propriedade da terra, arcou com o ônus da miséria e do pauperismo," sendo certo que "generalizou-se, pelos campos e cidades a carestia da vida."[83] A distância cultural era igualmente significativa, e até mesmo a língua portuguesa custou muito a se consolidar como dominante no Brasil, conforme nos narra Darcy RIBEIRO.[84] Uma sociedade essencialmente agrária, pobre e analfabeta, em suma, mas cujo arcabouço jurídico espelhou-se no modelo constitucionalista ocidental, voltado para uma comunidade pré-industrial, pautada nas novidades dos primórdios da economia capitalista, em expressivo processo de urbanização.

---

[82] Cfr. HOLANDA. S.B., *Raízes do Brasil*, ob. cit. página 73. Prossegue o pensador descrevendo o dia a dia colonial: "É efetivamente nas propriedades rústicas que toda a vida da colônia se concentra durante os séculos iniciais da ocupação européia: as cidades são virtualmente, se não de fato, simples dependência delas. Com pouco exagero pode dizer-se que tal situação não se modificou essencialmente até a Abolição." Cfr. *idem, ibidem,* página 73.

[83] Cfr. ADORNO. S. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1988, página 38.

[84] Segundo o citado autor: "A substituição da língua geral pela portuguesa como língua materna dos brasileiros só se completaria n curso do Século XVIII. Mas desde antes vinha se efetuando, de maneira mais rápida e radical onde a economia era mais dinâmica e, em conseqüência, era maior a concentração de escravos negros e de povoadores portugueses; e, mais lentamente, nas áreas econômicas marginais, como a Amazônia e o extremo sul. No Rio Negro, até o Século XX, se falava a língua geral, apesar de que os Tupi jamais tivessem chegado ao norte do Amazonas. Introduzido como língua civilizadora pelos jesuítas, o *nheengatu* permaneceu, depois da expulsão deles, como a fala comum da população brasileira local e subsistiu como língua predominante até 1940 (Censo Nacional 1940). Cfr. RIBEIRO. D., ob. cit. página 123.

A tendência que nos parece mais evidente nesse momento de formação de nosso arcabouço jurídico é que o Estado-legislador, dominado pela visão positivista da ciência, foi terreno fértil para o desenvolvimento das teorias sociais *euro* e *etno-centristas*, abrindo largas searas para um *evolucionismo de matiz social*.[85]

Aqui ele pôde desenvolver-se com toda pujança, vez que os membros das classes dominantes, quando não eram educados na Europa, receberam idêntica formação nas Academias nacionais criadas para essa finalidade. [86] A arrogância da classe dos letrados – *nossos sapos* –, aliada a um *complexo* de ex-colonizados, fez com que as elites desejassem – e efetivamente atuassem – no sentido de criar uma *filial européia* no Brasil (*o charco onde o céu se espelha*).[87] Valores, religião, costumes e mores ocidentais foram impostos à força pelo Estado, que praticamente ignorava as tradições culturais, por mais arraigadas que fossem. A escolha do modelo de legislação codificada é exemplo claro dessa influência: vigorou o modelo alemão, cuja característica, uma vez "transplantada para o Brasil, tornava o direito um objeto de conhecimento de poucos, como poucos eram os que formavam as 'classes superiores' do país."[88] Via-se na ciência jurídica uma forma *pedagógica* de aplicação do direito, *de cima para baixo*, sendo certo que os juristas e acadêmicos possuíam relevante função neste mister.

Diziam-se esses legisladores racionalistas na essência, mas não escondiam uma *fé mística* no poder de suas idéias, como se elas, por si só, fossem capazes de ser implementadas e adaptadas ao cotidiano da nossa sociedade, que *fatalmente* as aceitaria e encontraria meios de adaptação. Na análise de Sérgio Buarque de HOLANDA, firmes na "crença obstinada na verdade de seus princípios e pela certeza de que o futuro os julgaria," os adeptos brasileiros do positivismo trouxeram "de terras estranhas um sistema complexo

---

[85] Tomamos emprestada a definição de Robert SHIRLEY, para quem o *etnocentrismo* é "a idéia de que a própria cultura e crenças de cada um são 'a verdade' ou, pelo menos, a maneira superior de lidar com o mundo." Cfr. SHIRLEY, R. *Antropologia Jurídica*. ob. cit., página 5. Por aqui, a tal *idéia de superioridade* expressou-se na distância entre a selecionada *elite ocidentalizada* e a *miscigenada ralé*

[86] Relata José Murilo de CARVALHO: "Elemento poderoso de unificação ideológica da elite imperial foi a educação superior. E isto por três razões. Em primeiro lugar, porque quase toda a elite possuía estudos superiores, o que acontecia com pouca gente fora dela: a elite era uma ilha de letrados num mar de analfabetos. Em segundo lugar, porque a educação superior se concentrava na formação jurídica e fornecia, em conseqüência, um núcleo homogêneo de conhecimentos e habilidades. Em terceiro lugar, porque se concentrava, até a Independência, na Universidade de Coimbra e, após a Independência, em quatro capitais provinciais, ou duas, se considerarmos apenas a formação jurídica." Cfr. CARVALHO. J.M. ob. cit., página 65.

[87] Para José Reinaldo de Lima LOPES, "o estilo dos juristas refletia as influências estrangeiras, francesas e inglesas sobretudo no debate político e de direito público (constitucional e administrativo). No direito privado, a influência do utilitarismo inglês era grande entre os comercialistas e os contratos com a Inglaterra freqüentes." Cfr. *O Direito na História*, ob. cit. página 313.

[88] Cfr. LOPES, J.R.L. *O Direito na História*, ob. cit., página 314.

e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições lhe imporiam."[89]

Mimetismo e *positivismo* caminharam assim de mãos dada no Brasil, tendo como conseqüência a entrega, pelos legisladores imperiais, de um ordenamento *impoluto*, *moderno*, *coeso* e perfeitamente adaptado para os padrões europeus de sociedade. Porém, totalmente *inoportuno* para uma população em sua maioria agrária, analfabeta e pobre.

Ao mesmo tempo, a criação do ordenamento jurídico vinha suprir diversos anseios do estamento político local, sendo que um deles era a *consolidação de nossa autonomia política.* De fato, a classe dominante era muito temerosa de uma eventual reversão da independência, ou mesmo de um rateio do vasto território. D. Pedro I sempre mostrou inquietantes dúvidas sobre seus sentimentos para com a sua Pátria-Mãe, agindo muitas vezes de forma dúbia,[90] não tendo hesitado em abandonar a terra onde era tido como "Defensor Perpétuo," para retomar o trono Português, em 1831.[91] Percebemos que o medo de perder a liberdade a pouco conquistada refletia-se também no trato que as leis recém-criadas davam ao tema: a confirmação de que se tratava de país independente é feita logo no artigo 1º da Carta Constitucional, que descreve o Império do Brasil como "a associação Politica de todos os Cidadãos Brazileiros" formando "uma Nação livre, e independente." Ademais, cuidou o legislador constitucional de vedar expressamente a celebração com outro País "laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia."[92] Por essas razões, a promulgação de Leis próprias, lideradas por uma Constituição, era vista como marco importante na consolidação da liberdade política brasileira.[93]

---

[89] Cfr. HOLANDA. S.B. *Raízes do Brasil*, ob. cit., páginas 159 e 160.

[90] Conta Isabel LUSTOSA, autora de importante biografia a respeito de nosso primeiro governante: "Durante o primeiro ano de sua Regência ele foi franca e sinceramente português. No ano seguinte, depois do Fico e da Independência, foi franca e sinceramente brasileiro. Depois da dissolução da Constituinte, era novamente português, e eram portugueses seus ministros e as pessoas que o cercavam (...)." Cfr *D. Pedro I: um herói sem nenhum caráter*. São Paulo: Companhia das Letras. 2006. página 173.

[91] Os conflitos armados com Portugal e com algumas províncias também se fizeram presentes até 1823, especialmente nas províncias da Bahia, Maranhão e Pará, asseverando que a consolidação da independência foi tudo menos tranqüila.

[92] O próprio Código Penal de 1830 elenca, logo no começo da descrição dos crimes em espécie, os "Crimes Contra a Independência, Integridade, e Dignidade da Nação" (Parte Segunda, Título I, Capítulo I), o que vem confirmar a importância dada à preservação do corpo político autônomo. O artigo 68 do Código vertente afirmava que se alguém tentasse, "directamente, e por factos, destruir a independencia ou a integridade do Império," seria condenado a "prisão com trabalho por cinco a quinze annos." Consumado o crime, a penalidade era severa: "prisão perpetua com trabalho no gráo maximo; prisão com trabalho por vinte annos no medio; e por dez no minimo." Essa postura hígida do legislador vem provar também que ainda existiam questionamentos e ameaças a essa independência, a causarem a preocupação do Estado, que cuidou de tipificar esses crimes e suas respectivas punições no Código em questão.

[93] "A primeira tarefa dos legisladores," aduz José Reinaldo de Lima LOPES, "foi dotar o país de um quadro legal e institucional. Era preciso garantir as liberdades públicas escritas na carta de direitos do art. 179 da

Sentia-se que a independência política, unida centripetamente em torno da figura do Imperador, deveria apresentar-se em todos os escopos da vida nacional. Era preciso dotar o Estado de Códigos de Leis que livrassem nosso ordenamento das marcas da dominação lusa, e confirmassem a supremacia da Capital do Império. Esse desejo de D. Pedro I era conhecido desde antes do *Grito do Ipiranga*, pois consta que em carta escrita a D. João VI em 23 de maio de 1822, o então Príncipe Regente teria afirmado que "Leis feitas tão longe de nós por homens que não são brasileiros e que não conhecem as necessidades do Brasil não podem ser boas."[94] A obrigação de fornecer ao povo brasileiro um corpo de normas próprias manifestou-se inclusive na Carta Constitucional: "Organizar–se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade," dizia o inciso XVIII do artigo 179.

Assim é que em 1830 criou-se o Código Criminal, seguido em 1832 pelo Código de Processo Criminal. O Código Comercial é de 1850, a exemplo do Regulamento 737, que dispunha sobre os procedimentos jurisdicionais a ele pertinentes. Notável ausência é o Código Civil: à revelia do que mandava a Constituição, as *Ordenações Filipinas* nortearam as relações civis até 1916, ainda que concorrendo com a *Consolidação das Leis Civis* texto encomendado a Teixeira de Freitas, em 1858. A maciça *codificação* do direito brasileiro ao longo do Século XVIII efetuou-se seguindo os modelos *positivistas* europeus: os códigos eram necessários para dar conhecimento aos cidadãos e juízes do direito estatal aplicável aos casos concretos, e para agirem como unificadores das normas do reino, evitando confusões e decisões judiciais conflituosas. O direito estatal codificado tinha a pretensão de ser um *guia* dos súditos do Império.[95]

Por sua vez e seguindo os mesmos princípios é que foi pensado e implementado o Poder Judiciário. Os recursos aos tribunais superiores, especialmente o *recurso de revista*, não serviam somente para revisar a decisão do Juízo de origem – era uma forma de se

---

Carta Constitucional do Império, que por sua vez incorporava muito das declarações de direitos do final do Século XVIII." Cfr. *O Direito na História*, ob. cit. página 258.

[94] Cfr. LUSTOSA, I. *D. Pedro I...* ob. cit. página 145.

95 Tomemos o Código Criminal de 1830, novamente, como caso de estudo: seus primeiros 67 artigos (os dois primeiros Títulos) são todos dedicados a definir o que é crime, criminoso, cúmplice, as penas e sua forma de aplicação. Somente após passar por essas descrições e especificações é que a norma cuida de definir os crimes em espécie. A lei não dizia apenas o que se poderia ou não fazer: tinha um caráter pedagógico, tutorial, como que educando sobre modos e formas de comportamento. A sintomática frase inaugural das leis que se promulgavam é a seguinte: "Fazemos saber a todos os Nossos subditos, que a Assembléa Geral Decretou, e Nós Queremos a Lei seguinte." Ao contrário do que acontecia nos países onde o governo representativo se instaurava, não era o cidadão quem decidia o Direito aplicável; era o Direito que ensinava ao cidadão como agir – o Estado "fazia saber" aos seus súditos os seus desejos normativos.

certificar que a norma estava sendo aplicada nos moldes desejados pelo legislador imperial.[96]

Finalmente, o investimento no fomento de uma elite burocrática, que seria responsável pela administração jurídico-política da Nação, revela igualmente uma atitude cuidadosa do Estado para que suas pretensões não fossem olvidadas ou negligenciadas. A criação dos cursos jurídicos pela Lei 11 de agosto de 1827 em São Paulo e Recife é um típico exemplo: reconheceu-se a necessidade e formação de quadros capacitados a exercerem os ofícios da administração pública nos termos pretendidos pelas elites.[97] Assim, procurou o Estado brasileiro fomentar seus quadros pessoais, nos moldes e formas que ele tinha por adequados, ou seja, seguindo os padrões ocidentais, sendo que o corpo que veio ocupar as cadeiras burocráticas e decisórias era homogêneo *na formação e na ocupação*, como nos relata José Murilo de CARVALHO.[98]

Acontece que essa intensa produção legislativa, aliada ao investimento nos que viriam a se tornar os *administradores* do Império, e que propunham a distinção jus-política da antiga metrópole, não passou por uma adequação das normas à realidade social, ou seja, por uma preservação da identidade e valores culturais da sociedade recém-nascida. As normas em questão copiaram muito do que se via nas legislações européias, sem proceder às devidas contextualizações. As leis, as estruturas de organização do Estado, e suas respectivas tentativas de reforma, quase nunca levaram em conta o dia a dia dos súditos: a exemplo da Constituição, eram normas que atendiam e dialogavam apenas com ínfima parte da elite proprietária, pretensamente europeizada.

Assim, nos parece que o ordenamento que se criava pretendia legitimar o poder que aquele Estado exercia sobre a sociedade lançando mão da *tradição* como elemento de justificação. Ao copiar o molde europeu, calcado no discurso do *Estado de Direito*, que com dificuldade o colonizador impôs no Brasil, o Estado independente sustentava suas ações e estruturas nos modelos e arquétipos importados, mantendo o sistema anterior, com a alteração apenas quanto à (parte da) classe dirigente.

---

[96] José Reinaldo de Lima LOPES afirmou o seguinte, ao comentar a respeito do *recurso de revista*, de competência do Supremo Tribunal de Justiça, criado em 1828: "Era um recurso compatível com a idéia de submissão de juízes à lei, num tempo em que se acreditava que era possível controlar o processo interpretativo e que a obediência às resoluções da Assembléia Geral era garantia de ordem e liberdade. (...) No Brasil, a soberania popular não se havia introduzido claramente no texto constitucional: mas é certo que, seguindo o espírito da época, fora atribuído à Assembléia Geral fazer as leis e *interpretá-las* (art. 15)." Cfr. *O Direito na História*, ob. cit., páginas 307 e 308, itálicos no original.

[97] "O sistema – explica FAORO – prepara escolas para gerar letrados e bacharéis, necessários à burocracia, regulando a educação de acordo com os seus projetos sociais." cfr. ob. cit., página 446.

[98] Cfr. CARVALHO. J.M. *A Construção da Ordem: a elite política imperial*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003., páginas 95 e seguintes.

O escandaloso mimetismo jurídico pode ser facilmente reconhecido ao analisarmos, ainda que sumariamente, algumas fontes das normas criadas no período imperial. Nesse sentido, basta rememorar que o Código Criminal foi inspirado no *Código Austríaco* de 1803, e também nos textos iluministas do *Projeto de Código Criminal* português de 1786, do *Código da Toscana* de 1786 e do Francês de 1810. O *habeas-corpus* e o Conselho de Jurados, ou *Jury*, introduzidos no ordenamento brasileiro no Código de Processo Criminal de 1832, são recursos criminais de notória origem anglo-saxônica. Quanto ao direito civil, consignamos que as *Ordenações Filipinas* vigoraram até 1916, e a *Consolidação das Leis Civis*, elaboradas por Teixeira de Freitas, tinha confessada inspiração no direito alemão. O *Poder Moderador* previsto na Carta de 1824 era lastreado nas teorias constitucionalistas do francês Benjamin Constant. O Conselheiro Zacarias, ao tentar impor uma reforma *liberalizante* do poder do monarca por volta de 1860, procura instaurar um parlamentarismo nos moldes ingleses. De forma geral, os grandes doutrinadores e juristas consultados pelos operadores do direito são estrangeiros, em sua maioria portugueses.[99] Finalmente, vale anotar que as grades curriculares lecionadas nos recém-criados cursos de Direito copiavam em boa parte o conteúdo encontrado nas academias européias, ainda que com algumas adaptações.[100]

A principal conseqüência dessa dicotomia entre realidade e direito foi o afastamento da população mais modesta, que representava a maioria, dos instrumentos jurisdicionais do Estado (acesso à justiça). José Reinaldo de Lima LOPES obtempera que nesse período "a matéria que domina a jurisprudência, como não poderia deixar de ser, é o assunto das classes possuidoras: heranças, compras e vendas de terras, formas de tratamento de escravos, negócios societários e circulação de mercadorias e títulos."[101] O Estado brasileiro confirma em seus primeiros passos a deficiência na *efetivação* das regras jurídicas impostas, tornando necessária, até mesmo para os mais ricos, uma

[99] Segundo José Reinaldo de Lima LOPES, "uma das obras que serviram de guia prático dos juristas foi a *Doutrina das ações*, de José Homem Corrêa Telles, adaptada ao foro brasileiro por Teixeira de Freitas. Publicada inicialmente em Lisboa, em 1819, era uma análise das diversas ações existentes, cada uma com o seu nome e seu objeto." Cfr. *O Direito na História*. ob. cit., página 279.

[100] Assim dispunha a Lei XI de Agosto de 1827: "Art. 1.º - Crear-se-ão dous Cursos de sciencias jurídicas e sociais, um na cidade de S. Paulo, e outro na de Olinda, e nelles no espaço de cinco annos, e em nove cadeiras, se ensinarão as matérias seguintes: 1.º ANNO - 1ª Cadeira. Direito natural, publico, Analyse de Constituição do Império, Direito das gentes, e diplomacia. 2.º ANNO - 1ª Cadeira. Continuação das materias do anno antecedente. 2ª Cadeira. Direito publico ecclesiastico. 3.º ANNO - 1ª Cadeira. Direito patrio civil. 2ª Cadeira. Direito patrio criminal com a theoria do processo criminal. 4.º ANNO - 1ª Cadeira. Continuação do direito patrio civil. 2ª Cadeira. Direito mercantil e marítimo. 5.º ANNO - 1ª Cadeira. Economia politica. 2ª Cadeira. Theoria e pratica do processo adoptado pelas leis do Imperio."

[101] Cfr LOPES, J.R.L. *O Direito na História*, ob. cit., página 311.

contextualização das regras positivadas aos casos concretos pela jurisprudência, com o "uso da cultura jurídica para aplicar a lei adaptando-a."[102]

Percebemos que muito embora fosse reiteradamente vivenciado desde a época colonial, a inaptidão do direito estatal herdado de Portugal para solucionar os conflitos de interesses na sociedade – a distância entre o direito formal e o que era de fato aplicado, e ao qual se submetiam os cidadãos brasileiros – não foi um problema colocado em pauta por nossos legisladores. O Império preocupava-se somente em formular suas próprias leis, afastando as normas portuguesas, o que ratificava simbolicamente sua soberania, ainda que copiando os moldes ocidentais, escancarando desta forma flagrantes contradições. Vale dizer: o que se formava era um sistema jurídico nacional e centralizado, mesmo que à revelia das necessidades sociais mais concretas. Na ausência de consulta ou até mesmo respeito à *cultura jurídica* na criação das leis, manteve-se o profundo fosso que separava as camadas mais abastadas das elites dos reais problemas jurídicos enfrentados pela maioria da população.

O que observamos, ademais, é que o repetido mimetismo acompanhado da visão positivista do direito não foram fenômenos perceptíveis exclusivamente nos legisladores imperiais. A instauração da República, ao invés de romper com esse sistema elitista e ineficaz, culminou por reforçar a distância entre leis positivas e realidade. Não seria exagero dizer, aliás, que a proclamação da República incrementou o processo de reprodução de modelos jurídicos alienígenas.

Deveras, se na época imperial existia uma certa preocupação com a preservação da independência da Coroa de Portugal, a conquista e consolidação da autonomia naquele período permitiu a desavergonhada importação dos institutos jurídicos estrangeiros praticada pelos liberais republicanos. Basta lembrar que adotamos, nesse momento e por influência de Rui BARBOSA, o modelo federativo estadunidense, chegando ao cúmulo de mimetizar nosso nome para *Estados Unidos do Brasil.*[103]

Para reforçarmos o que acabamos de dizer, tomemos como caso de estudo a mais ilustre norma daquele período: o Código Civil de 1916. O *Projeto do Código* foi encomendado a Clóvis BEVILAQUA em 1898, pelo Ministro da Justiça Epitácio Pessoa, a

[102] Cfr. LOPES. J.R.L. *O Direito na História*, ob. cit., página 311.

[103] A Constituição de 1891 é mais uma comprovação do que viemos de afirmar – José Afonso da SILVA a descreve, citando Amaro Cavalcânti como sendo "'o texto da Constituição norte-americana completado com algumas disposições das Constituições Suíça e Argentina.' Faltara-lhe, porém, vinculação com a realidade do país. Por isso, não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida." Cfr. SILVA. J.A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002. página 79.

mando do Presidente Campos Sales. Quinze anos depois, realizados os debates e a votação de 1.027 emendas, finalmente foi sancionado o Código Civil, em 1º de janeiro de 1916.

O Código, que levou ao menos cinqüenta anos para finalmente ser promulgado,[104] pretendeu modernizar e organizar a legislação privada, dispersa em diversas normas, tratados e regulamentos; isso sem falar nas *Ordenações Filipinas* (de 1603), que ainda estavam em vigor. Trata-se de uma lei extensa, onde se vê claramente a influência do direito francês no que tange às obrigações e aos contratos, e do direito alemão, pela natureza orgânica, tutelar e racionalizante da norma em questão. O autor de seu projeto não escondeu as suas inspirações,[105] e muito se orgulhou de ter sido elogiado mundo afora, como se a sua *obra legislativa* receberia, por esta via, um atestado de plena qualidade. Além de curiosa (pois, a rigor, o Código Civil não poderia ser considerado um feito já que não era nada além de uma lei), essa insistente defesa de Clóvis BEVILÁQUA mostra o quão personalista e egocêntrico acabou por se tornar esse Código: não se tratava de uma lei civil para o povo brasileiro, mas do *Código Beviláqua.* Parece-nos, à luz das impressões e testemunho do próprio jurista recifense, muito mais um *objeto de* (auto-)*adulação* do que um compêndio de normas que viria solucionar uma longa lacuna da legislação brasileira.

Por força da ora examinada cópia de modelos jurídicos estrangeiros, e até mesmo dessa intenção de criar uma *obra de arte jurídica*, mais uma vez, pecou o legislador em questão por tratar de temas absolutamente ineptos para a realidade social, e deixar de lado outros que eram de suma importância. E são os civilistas do Século passado, que nunca primaram por suas preocupações sociais, quem confirmam essa assertiva. Sílvio RODRIGUES, por exemplo, deixa claro que "o legislador do Código Civil tinha a atenção mais voltada para os problemas de uma pequena sociedade burguesa e conservadora do que para os grandes problemas humanos que os tempos modernos parecem propor de maneira mais dramática."[106] Rubens Limongi FRANÇA, por sua vez, louva o *Código Beviláqua* como uma lei informada "pelas luzes dos nossos melhores doutrinadores, cujo talento em nada desmerecia o padrão científico universal," mas reconhece a sua

[104] Segundo o Autor do projeto aprovado, Clóvis BEVILAQUA: "Estas verdades incontestáveis autorizam afirmar que a codificação das leis civis nos consumiu sessenta anos de trabalhos, que tantos vão de 1855, época do início da *Consolidação*, até 1915, ou cinqüenta e quatro, se descontarmos os anos, de 1886 a 1889 e 1896 a 1899, em que houve dois curtos períodos de remissão." Cfr. BEVILAQUA. C. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Volume 1. 10ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves. 1956, página 26.

[105] Em seus comentários aos artigos do Código Civil, Clóvis BEVILÁQUA remete sempre à *legislação comparada*, onde demonstra as semelhanças com as normas alienígenas nas quais se inspirou para elaboração do *Projeto*. Cfr. BEVILAQUA. C. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Volume 1, ob. cit.

[106] Cfr. RODRIGUES. S. *Direito Civil*. Volume 1. 28ª edição. São Paulo: Saraiva. 1998. página 13.

descontextualização em matéria de obrigações, direitos reais e de família.[107] Finalmente, Washington de Barros MONTEIRO aduz, após tecer longas loas à Lei de 1916, que "em diversos pontos, peca esse Código, ou por ter disciplinado institutos em franca decadência, como o pacto de melhor comprador e a hipoteca judicial, ou por não ter tido a intuição de contemplar relações jurídicas em germinação, como o condomínio em edifícios de apartamentos e o pacto de reserva de domínio nos contratos de compra e venda."[108]

Finalmente, queremos salientar que o *eurocentrismo* e o *evolucionismo* fincaram firmes raízes no pensamento de nossos juristas, sendo certo que essa visão de mundo incorporou-se de tal maneira entre os *operadores do direito*, que a sua presença ainda hoje é vista com freqüência.[109]

De fato, mesmo hodiernamente as nossas leis e institutos jurídicos são copiados de moldes externos, como se a resposta para nossos problemas legais estivesse em outras *culturas jurídicas*. Para ilustrarmos nossas conclusões, tomemos o exemplo do Código de Processo Civil, promulgado em 1973, que trata da "jurisdição civil, contenciosa e voluntária," ou seja, aplicação, realização e consumação dos direitos civis, mediante a intervenção do *Estado-Juiz* nos litígios.

A Lei nº 5.869 foi um projeto de Alfredo BUZAID e na sua *Exposição de Motivos* encontramos as fontes nas quais o autor buscou inspiração para formatação de tão importante norma: o arquétipo processual italiano.[110] O próprio jurista não esconde a

---

[107] FRANÇA. R.L. *Manual de Direito Civil*. Volume I. 2ª edição. São Paulo: RT. 1971. página 113. Contudo, ainda que reconhecendo os problemas de aplicação do Código tal qual promulgado em 1916, o autor insistia na sua preservação: "Por imensas, entretanto, que tenham sido as transformações na realidade sócio-jurídica, por numerosa (exageradamente numerosa) que seja a legislação posterior, não trepidamos em afirmar que, a despeito de tudo, a estrutura básica de nosso código persiste incólume, de tal forma que as exigências daquela realidade somente serão efetivamente atendidas se o mais belo monumento jurídico da nossa História em sua substância, fôr preservado." Cfr. *Manual de Direito Civil*. ob. cit. página 115.

[108] Cfr. MONTEIRO. W.B. *Curso de Direito Civil – Parte Geral.* 14ª edição. São Paulo: Saraiva. 1976. página 50.

[109] Essa inadequação não se dá apenas quanto aos setores mais marginalizados da sociedade. Significativa parcela de empresários têm apontado que a legislação brasileira ambiental é por demais rigorosa, em desacordo com a realidade sócio-ambiental nacional. Nesse sentido, artigo de Fabiane STEFANO na Revista *Exame* que aponta que "Nos últimos anos, o país tem se especializado em criar regras teoricamente moderníssimas - mas simplesmente incapazes de ser cumpridas. Inspiradas na realidade de países ricos - e, não raro, feitas para bater recordes mundiais de rigidez -, essas regras ignoram as peculiaridades de uma nação em desenvolvimento e de um capitalismo ainda jovem. O Brasil é dono de uma das mais duras legislações ambientais do mundo - e uma das mais impraticáveis. (...) Ao mesmo tempo que impõe leis draconianas às empresas, o Estado se exime de parte de sua responsabilidade." Cfr. http://portalexame.abril.com.br/revista/exame/edicoes/0945/economia/pais-fora-lei-476329.html - acesso em 7/10/10.

[110] Enrico Tullio LIEBMAN, professor italiano, veio ao Brasil fugindo da 2ª Grande Guerra e lecionou Processo Civil na Faculdade de Direito de São Paulo. Trouxe consigo a doutrina peninsular do direito processual, considerada por aqui a mais *moderna* e *verdadeiramente científica*, influenciando inúmeros doutrinadores, inclusive o próprio Alfredo BUZAID. Cândido Rangel DINAMARCO relata, dentro desse espírito, que "a notória influência de Enrico Tullio Liebman na doutrina processual brasileira, como

importação explícita dos institutos alienígenas: "Na elaboração do projeto" escreveu ele, "tomamos por modelo os monumentos legislativos mais notáveis de nosso tempo."[111] Ao justificar a sentença acima reproduzida, o processualista confirma a visão *elitista* e *evolucionista* por nós apontada: "Não se veja nessa confissão mero espírito de mimetismo, que se compraz antes em repetir do que criar, nem desapreço aos méritos de nosso desenvolvimento cultural. Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal."[112] Ocorre que, conquanto não seja "apanágio de um povo," o processo judicial é provavelmente a relação jurídica que mais cobra pragmatismo e praticidade do sistema sendo, por essa razão, extremamente sensível à realidade à qual se aplica: as incongruências ou inadequações são rapidamente notadas e causam prejuízos imediatos aos litigantes em geral.

Destarte, aquele Código, considerado também um *monumento jurídico*,[113] sofreu várias alterações desde a sua promulgação – foram 63 até a presente data, número este que certamente crescerá – pois implementou um procedimento jurisdicional lento, formalista, desnecessariamente complexo e, em suma, inadequado à prática jurídica nacional. Por outras palavras, por melhores e mais nobres que fossem as intenções e inspirações do

---

responsável pela instalação de um pensamento verdadeiramente científico antes inexistente, deixou certas marcas que até hoje, mais de meio século depois, ainda estão presentes e caracterizam o pensamento jurídico-processual nacional." Seus ensinamentos, "até por que assimilados ao direito positivo pela edição do Código de Processo Civil de 1973, estão presentes na doutrina brasileira em geral." Cfr. DINAMARCO. C.R. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume I. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003. página 174. Em outro texto, o mesmo autor confirma a importância da processualística de matiz italiana no Código de 1973: "A Escola Processual de São Paulo, pela mão de um de seus mais destacados integrantes, o prof. Alfredo Buzaid, foi a maior alavanca da substituição do Código de Processo Civil de 1939 por um novo. Na elaboração do projeto que lhe fora encomendado pelo governo Jânio Quadros, esse discípulo direto de Liebman foi buscar na obra e no pensamento de seu Mestre o amparo para a reformulação de institutos mal modelados na velha lei ou para a implantação de institutos ou soluções até então alheios ao nosso sistema." Cfr. DINAMARCO. C.R. *Liebman e a Cultura Processual Brasileira*. in COSTA. H.R.B.R., RIBEIRO. J.H.H.R. e DINAMARCO. P.S. *Linhas Mestres do Processo Civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas. 2004. página 88.

[111] Cfr. BUZAID. A. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil* – Lei 5.869/73.

[112] Cfr. BUZAID. A. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil.* E o autor não se cansa de reforçar que a inspiração em modelos alienígenas não é demérito algum, tanto que até os franceses louvam arquétipos estrangeiros: "As nações mais adiantadas não se pejaram de exaltar os méritos dos Códigos de outros países. Na França, tão ciosa de sua elevada cultura, TISSIER reconheceu que o código de processo civil da Áustria é 'la méilleure procédure civile du continent.'"

[113] A doutrina processual não cansa de enaltecer essa lei, repetindo a teimosa idéia de que, antes mesmo de ser uma norma jurídica – e disso ela não passa – o assim chamado *Código Buzaid* seria uma obra digna de elogios, inclusive dos estudiosos estrangeiros. Confiramos as impressões de Vicente GRECO FILHO: "Sob o aspecto técnico, o Código de 1973 é dos mais modernos e de melhor qualidade no mundo, inclusive segundo depoimento de eminentes processualistas estrangeiros, tendo causado, já, benéficas influências na ciência do processo e na prática forense." Cfr. GRECO FILHO. V. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Volume I. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2000. página 69.

legislador processual, as sucessivas e intermináveis mudanças no seu corpo foram tidas por necessárias, na tentativa de adaptá-lo à realidade forense.[114]

Poderíamos continuar indefinidamente trazendo aqui exemplos de Leis e instituições jurídicas importadas e que, por essa razão, são estranhas à nossa *cultura jurídica*, mostram-se ineptas ou inadequadas.

Não é esse, no entanto, o nosso foco; o que apuramos ao analisarmos (ainda que de modo sucinto) esse aspecto de nosso ordenamento jurídico, é que nossos legisladores parecem nunca ter revelado a intenção de nos livrar totalmente de nossa condição de ex-colônia. Para muitos de nossos políticos, embriagados com o *positivismo* e o *evolucionismo*, o Brasil, como país, *deveria ser* aquele para o qual certas leis foram criadas. Se assim não o é, pensam eles, certamente é por culpa dessa sociedade *precária*, *atrasada* e *preguiçosa*, e não por falta do Estado-legislador, que sempre cuidou de agir nos moldes preconizados pelos ideais ocidentais.

Concluindo, citamos Robert SHIRLEY que sintetiza bem nossas aflições quanto a à tropicalização reiterada de modelos jurídicos alienígenas, nos colocando no cerne do debate proposto neste estudo: "O governo brasileiro construiu um sistema estatal sólido, mas que é quase que totalmente desvinculado da população em geral. O processo de construção do Estado precisa agora ser seguido do processo de formação de uma nação unida e legítima. Assim, este tem que incluir todo o povo na criação e elaboração das leis e do sistema político do País."[115] É claro que a matiz européia faz parte de nossa herança cultural, e por isso não pode ser desprezada; mas ela certamente não é a única. Mais: desde a independência, desenvolvemos nossa própria cultura, com valores e identidades próprias, mas isso parece ter sido ignorado pelo legislador, que fomentou um ordenamento irreal, ineficiente e inadequado.

Esse é um importante aspecto das normas jurídicas brasileiras, especialmente em vista do tema da participação popular na sua elaboração, que é o objeto de nossa

---

[114] Nesse sentido, Pierpaolo Cruz BOTTINI e Sérgio RENAULT defenderam as modificações na Lei de Ritos por eles organizadas e introduzidas por meio das Leis nº 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06. 11.277/06 e 11.280/06, obtemperando que "a morosidade do sistema judicial é evidente, e, junto com a dificuldade de acesso, é o principal elemento a macular sua credibilidade e legitimidade. A constatação de que um processo que vá até o Supremo Tribunal Federal demora, em média, mais do que oito anos para concluir a fase de conhecimento (tempo maior do que na Índia, México ou Colômbia) e a verificação de que a taxa de congestionamento nos tribunais supera o índice de 70% refletem em números a sensação empírica de todos aqueles que lidam com a Justiça." Diante desse quadro, afirmam os autores, "as propostas de alteração processual devem cuidar para criar óbices para a utilização predatória do sistema processual e, ao mesmo tempo, preservar o sistema do contraditório e ampla defesa." Cfr. BOTTINI. P.C. e RENAULT. S. *Os Caminhos da Reforma*. in *Revista do Advogado* nº 85. maio de 2006, páginas 8 e 9.

[115] Cfr. SHIRLEY.R. *Antropologia Jurídica*. ob. cit. página 87.

dissertação. Acima disso: considerando a mimetização acima estudada, parece evidente que a questão da legitimação dos atos estatais pela lei também teria sido objeto de cópia. E é nessa relação de poder que vamos nos deter no item seguinte: vale dizer, como, nos esquema positivista-legalista, procura o Estado brasileiro justificar os seus atos políticos, apegando-se muito mais a aspectos *objetivos* (legitimação pela forma) do que aos *subjetivos* (legitimação pela participação popular).

3. Da instrumentalidade *do ordenamento jurídico: o* princípio da legalidade *no Estado Brasileiro.*

Vimos acima como o direito positivo brasileiro foi sistematicamente copiado do Europeu, num processo tão contínuo quanto vão: o máximo que se construiu foi um ordenamento inepto e utópico ou, em síntese, inadequado à realidade social que propôs reger. Trazendo tal constatação para o tema da pesquisa, especificamente a respeito do papel da norma jurídica na relação jus-política entre Estado e sociedade, rememoramos que no esquema liberal-positivista a lei exerce importante função no que tange à legitimação dos atos estatais. É que, vale repetir, o discurso pertinente ao *Estado de Direito* sugere que os atos estatais serão válidos e aceitos pela sociedade, por decorrerem de normas que teriam sido promulgadas pelo ente que *declara* deter o monopólio do uso da força, ou seja, o Estado. E como teria sido o implemento do *princípio da legalidade* no Brasil, desde a sua independência?

Iniciaremos o estudo desse item esclarecendo que não nos interessará, aqui, demonstrar a quais interesses o Estado brasileiro tem servido, ou em nome de que ideologia política ele atuou. Queremos é saber *como, de que maneira* a lei foi *usada* pelo Estado; quais artifícios foram empenhados para consecução dessas finalidades; como a construção do nosso ordenamento jurídico atendeu às classes políticas por ventura dominantes, sejam quais fossem as vertentes ideológicas ou os interesses em jogo.

Vale sublinhar antes de mais nada que, como ressaltado acima, o modelo jurídico implantado desde o Império procurou *espelhar*-se nas idéias liberais trazidas da Europa, mas não todas, mormente aquelas que diziam respeito aos direitos políticos. De fato, elas foram seletivamente aplicadas no Brasil, vez que herdamos o liberalismo *pombalino*, versão das mais conservadoras dos princípios consagrados pela Revolução de 1789.[116]

[116] De acordo com José Murilo de CARVALHO: "Pombal não queria saber do Iluminismo francês, pois este continha elementos capazes de pôr em perigo a autoridade em geral e a autoridade real em particular.

Temas como a *liberdade de comércio, presunção de inocência e a limitação constitucional do poder*, seja graças às Cartas Constitucionais, ou ainda a alguma forma de *separação de poderes*, já não eram de todo ignorados pelos homens públicos brasileiros, que desejaram e efetuaram a sua implementação no arcabouço jurídico. A Constituição, por sua vez, tinha a nítida função *teórica* de legitimar e dar *organicidade* ao poder, nos termos das teorias *contratualistas* que expusemos.

As elites fundadoras da ordem política brasileira procuraram, desta feita, estabelecer no Brasil um sistema jurídico calcado na *autoridade da lei*. A Magna Carta de 1824, por exemplo, deixou bem clara a adoção do *princípio da legalidade*, assegurando a "inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros" e estatuindo que "Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei." (art. 179, *caput* e inciso I). O rol de direitos afiançados no mencionado dispositivo legal em nada deixava a desejar, se comparado, por exemplo, com Cartas que lhe eram contemporâneas, como as Constituições estadunidense e francesa. O mesmo pode ser testemunhado ao longo de toda nossa história constitucional: o ordenamento sempre consagrou o *princípio da legalidade* como direito fundamental dos cidadãos brasileiros.[117]

Notamos, no entanto e concordando com Sérgio ADORNO, que aqui o liberalismo foi, em realidade, "essencialmente instrumental:"[118] foi uma *ferramenta* teorizadora da libertação da colônia do domínio metropolitano, mas não desembocou em liberdade política para todas as camadas sociais, sobretudo as classes mais pobres. Com efeito, já nos primórdios da independência, a corrente ideológica liberal brasileira manifestou "luta contra o sistema colonial, contra os monopólios e estancos, o fisco, a antiga administração da justiça, e a administração portuguesa,"[119] mas não advogou, contudo, por um governo democrático (com a instauração de formas participativas de

---

Rousseau e Voltaire continuavam proibidos na nova ordem." Cfr. *A Construção da Ordem*, ob. cit., página 67.

[117] É o que dizem os parágrafos 1º do artigo 72 da Constituição de 1891, o 2º do artigo 113 da Carta de 1934, o 2º do artigo 141 da Lei Maior de 1946 e o 2º do artigo 150 da Constituição de 1967, bem como o inciso II do artigo 5º da Carta Magna de 1988 – a única Constituição em que tal dispositivo foi expurgado é a de 1937, editada por Getúlio Vargas, o que é sintomático.

[118] Cfr, ADORNO. S. *Os Aprendizes do Poder*., página 47.

[119] Cfr. LOPES, J.R.L. *O Direito na História*, ob. cit., página 255. O que nos parece digno de nota é que, mesmo que imposta por um governante com gostos visivelmente autoritários, encontramos na Carta de 1824 quase todos os princípios e regras inspirados nos ideais liberais revolucionários: uma declaração de princípios fundamentais (o primeiro é o da legalidade); a previsão de separação dos poderes e as normas de organização desses poderes, com suas respectivas competências; requisitos para ser considerado cidadão brasileiro; direitos de sufrágio e de candidatura, dentre outros. Como dissemos, foram *quase* todos os princípios liberais incorporados: afastou-se acintosamente a soberania popular, instaurando-se um sistema representativo peculiar, que mantinha "a igualdade sem a democracia, o liberalismo fora da soberania popular." Cfr. FAORO, R., *Os Donos do Poder*. ob. cit., página 321 - O elitismo aristocrático e censitário é um marco da Lei Maior Imperial.

exercício de poder), muito menos pela *isonomia jurídica* de todos os cidadãos. O *princípio da legalidade* recebeu uma interpretação peculiar no Brasil, deflagrando uma forma específica de uso *instrumental* da lei, que se deu tanto pela prática do que chamaríamos de *omissão voluntária* do ordenamento, como por uma *apropriação institucional das reivindicações sociais*.

Deveras, a Constituição de 1824 anunciava a criação de um estado legalista e garante de direitos individuais, especialmente "a liberdade, a segurança individual, e a propriedade" (art. 179, *caput*), mas que funcionava como protetor dos interesses de parte ínfima da sociedade. Analisando o ordenamento positivo inaugurado pela Carta Outorgada de D. Pedro I, ficamos com as seguintes indagações: Quem eram os detentores de propriedade? A quem interessava a garantia da segurança individual, considerando as precárias condições de vida? De que valia a liberdade a um povo que padecia na miséria? Mais do que isso: como aceitar que a Lei era "igual para todos" (art. 179, inciso XIII), considerando o tratamento – inclusive institucional – despendido aos indígenas e escravos? Em realidade, nos parece que a voluntária opção pela defesa desses interesses (liberdade, propriedade e segurança), mais do que atenção aos princípios liberais importados, revelava a declarada escolha de um Estado pela tutela de certos grupos em detrimento de outros. Por outros termos: o ente estatal assumia em seus primeiros passos o seu caráter de *instrumento*, *ferramenta* de determinado grupo político-social, servindo e atendendo a seletos setores da sociedade, considerados os seus pilares sustentadores.

O ideário do *Estado de Direito* foi devidamente incorporado em nosso país, sendo que, segundo nos parece, a norma jurídica veio atender uma mera necessidade ritual: o ordenamento foi criado com o notório propósito de formalizar a autoridade do Imperador (Estado). Essa super-estrutura legitimadora manteve-se por toda nossa história: tão logo sofresse alguma modificação institucional, sempre precisou o novo Governante de uma norma jurídica que lhe desse o formato, a chancela por outras palavras, que somente a Lei (Constituição, em geral) poderia lhe afiançar, dentro do discurso do *princípio da legalidade*.[120] Explicamos melhor: a criação do *Estado de Direito* no Império deu-se na forma *essencialmente instrumental*, como de resto ocorreu ao longo de nossa história legislativa, porquanto seguindo os ditames desse *discurso* importado, a prerrogativa de dizer o que era certo, ou errado, cabia ao Estado, e a mais ninguém. Assim, escorado que

[120] De fato, a República foi instaurada por decreto; Getúlio Vargas ao fundar o *Estado Novo*, com instituições nitidamente autoritárias, fez questão de promulgar uma Constituição; os Atos Institucionais do Governo Militar cassavam direitos elementares de uma democracia, mas ainda o faziam por meio de normas.

estava no supedâneo legitimador da lei, caberia ao ente estatal dispor a respeito da lista de bens jurídicos protegidos e a forma como se daria a sua defesa. Seguindo essa ordem de idéias, se a linha que separava o que se podia ou não se podia fazer, ou ainda os bens jurídicos merecedores de tutela, bem como a forma de proteção, era desenhada pela norma positiva e sempre que ela se omitisse, seria em favor de determinado setor.

O mais exemplar caso dessa *omissão voluntária* da norma no período imperial é encontrado no tratamento jurídico dado à questão da escravidão. Vejamos que o censo de 1872 acusa uma população de 9.930.478 pessoas;[121] consta que desse universo, os indivíduos de origem africana – livres ou libertos – representavam 43% e os escravos eram 15%.[122] Toda essa expressiva população foi alijada de um tratamento jurídico ao longo do Império: a sua disciplina jurídica era de *coisa*, como se aqueles indivíduos fossem um *bem*, com todas as peculiaridades que o *domínio* lhes conferia. Quando se discutia a abolição, um suposto *direito adquirido de propriedade* surgia como um dos maiores óbices.[123] Essa substancial massa foi completamente esquecida pela Constituição de 1824, que caía em gritante contra-senso ao estabelecer a igualdade entre os homens, o que era notoriamente falso num regime escravagista, bem como a proibição de penas cruéis, que foi sabidamente desobedecida pelos seus ditos proprietários. A omissão legislativa quanto à tutela dos escravos andava de mãos dadas com a cômoda situação dos Senhores de Engenho: os tratados internacionais que proibiam o tráfico negreiro eram sumariamente olvidados ou contrariados, enquanto as normas internas eram quase inexistentes. E como "nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei,"o silêncio legal no tocante à escravidão dava amparo àquela prática, protegida que estava pelo manto da lei. Por outras palavras, quem assegurava o direito à manutenção da relação de escravidão era o próprio *princípio da legalidade*!

Vale ressaltar igualmente que, ainda que escassas, as regras jurídicas tocantes ao escravo no Brasil não padeceram de *omissão* total; ao longo do regime, criaram-se leis a respeito da relação escravista, evidenciando que o silêncio legal não era fruto de descaso ou ignorância do Estado quanto ao tema em cotejo, mas de uma política pública pensada e deliberada. Acontece que essas normas esparsas tutelavam os interesses dos Senhores, e

[121] Cfr. http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censohistorico/1872_1920.shtm, acesso em 17 de fevereiro de 2009.
[122] Cfr. LOPES, J.R.L., *O Direito na História*, ob.cit., página 325.
[123] Narra José Reinaldo de Lima LOPES: "o centro da discussão pode bem ser localizado no art. 179, parágrafo 22, da Constituição do Império, que garantia o *direito de propriedade*. Dizia-se que os senhores de escravos eram legítimos proprietários e que a abolição significativa simplesmente desapropriar sem indenizar, o que era inconstitucional." Cfr. LOPES, J.R.L., *idem*, *ibidem*, página 323.

não dos escravos: era o caso do parágrafo 6º do artigo 14 do Código Criminal de 1830, que tinha como *justificável* o crime, dispensando a sua punição, "quando o mal consistir no castigo moderado" que os senhores derem a seus escravos.[124] Na mesma senda, a Lei n° 4 de 10 de junho de 1835, que "determina as penas com que devem ser punidos os escravos, que matarem, ferirem ou commetterem outra qualquer offensa physica contra seus senhores," valendo consignar que as penas de açoites foram abolidas somente em 1886, graças à Lei 3.310.

Evidente que as normas jurídicas existentes, e as suas *seletivas omissões* foram usadas como *instrumentos* dos interesses de certo grupo minoritário, qual seja, o de proprietários de escravos, em detrimento da imensa população oprimida pelo sistema escravagista. A distância entre ordenamento jurídico e cotidiano, lei e anseio da comunidade, é escandalosa neste lamentável capítulo de nossa história. E esse não é o único exemplo da disparidade entre o direito legislado e a realidade social.

Outra questão polêmica que nunca foi convenientemente enfrentada pelo legislador imperial foi a forma de aquisição e uso da propriedade imobiliária. Importante tema, na medida em que a posse e a propriedade eram relevantes indícios e fontes dos poderes locais – o senhor possuidor era quem detinha o monopólio e as rédeas da produção naquele sistema agrícola e extrativista. O regime até então adotado, se não correspondia exatamente ao modelo feudal europeu, representava uma estrutura hierárquica e dominadora, que conferia ao dono da terra poderes extraordinários. O próprio Estado padecia dessa desorganização, pois via suas terras serem apropriadas sem receber qualquer contra-partida, ou ainda, vendo esvair-se a sua autoridade. Apenas em 1850 criou-se o primeiro regramento a respeito, qual seja a Lei 601 de 18 de setembro, que logo em seu primeiro artigo dispunha: "Ficam prohibidas as acquisições de terras devolutas por outro titulo que não seja o de compra," o que bem ilustra a situação caótica que vigorava, bem como os desesperados esforços da administração em cessar com aquela cizânia. Porém, as sucessivas tentativas de regulamentação da questão das terras, ao ignorar ou voluntariamente desprezar as vicissitudes e efetivos problemas a serem remediados, supriu apenas os interesses das elites agrárias, em detrimento dos pequenos produtores, que eram o público que mais necessitava da regulamentação de sua situação jurídica. José Reinaldo de Lima LOPES comenta que "a Lei de Terras, sancionada no auge do Segundo Reinado,

[124] Dispõe o dispositivo legal em comento: "Art. 14. Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle: (...) 6º Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discipulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle, não seja contraria ás Leis em vigor."

não é a democratização da terra brasileira, mas seu *cercamento*, isto é, o estabelecimento do sistema de propriedade em evolução, exclusivista e mercantil."[125] Não é exagerado concluirmos que as ações que visavam a regulamentação do domínio sobre a terra serviram apenas para aumentar esse domínio, acrescendo *legitimidade jurídica* ao que foi conquistado pela brutalidade das armas.

De outra sorte, com a supressão da figura monárquica e de sua autoridade *tradicional* por ocasião da instauração da República, o Estado reforçou o uso de fontes legitimadoras do poder. E a lei – *ferramenta* mais uma vez – assumiu esse papel com toda a força e o peso que a noção de *Estado de Direito* permitia trazer consigo. O aumento de sua responsabilidade neste mister é explicável, uma vez que naquele momento histórico a soberania estatal perde o *encanto monárquico*, a referência da *auctoritas* em outros termos, que se encontrava *na pessoa do Imperador;* da noite para o dia raízes da autoridade jurídica do Estado Brasileiro se deslocam da Coroa Real para este ente *amorfo, abstrato, imperceptível aos olhos* e *intocável* que é o Estado criado sob os auspícios dos princípios republicanos. A figura do ente estatal, que até então era personificada com Nome, Título e Brasão, encontra-se então órfã e sem identidade, consubstanciada em idéias, valores, conceitos.[126]

O quadro de *omissão voluntária* das normas jurídicas, todavia, não se alterou com o advento da República, mas ganhou nova faceta: os políticos liberais, que ao longo do período imperial viram suas idéias serem sucessivamente rechaçadas, por contrárias aos interesses da Coroa, ou de parte da elite agrária, puderam implementar suas teses e doutrinas na República que nascia. Ainda que os atores fossem quase os mesmos, a política de Estado a partir de 1889 foi o avesso do conservadorismo centralizador:[127] a adoção dos princípios do *liberalismo econômico* nunca foi tão forte no Brasil quanto na Primeira República.[128] O Estado deveria interferir na vida dos cidadãos apenas para restabelecer a ordem, fazendo cumprir as leis e os contratos existentes, e assegurando o *direito de*

---

[125] Cfr. LOPES, J.R.L., *O Direito na História*, ob.cit., página 338, itálico no original.

[126] Cem anos depois da Queda da Bastilha, começava o Brasil a lidar com a idéia de *soberania popular*, o que exigia mudanças na forma como o Estado lidaria com a sua autoridade. A maturação dessa mutação, que na França se deu pelas armas, com sangue, esforço, anos de debates filosóficos e pelo verbo dos tribunos, no Brasil, aconteceu por meio de mero *Decreto*, no caso o de nº 1, de 15 de novembro de 1889, que dispunha, em seu primeiro artigo: "Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira - a República Federativa."

[127] A forma republicana implementada consagrou o liberalismo no ordenamento estatal, mas um liberalismo *à moda brasileira*: é notável que a descentralização administrativa, o fim dos privilégios nobiliárquicos e a separação entre Estado e Religião andaram de mãos dadas com a limitação dos direitos de sufrágio, o voto de cabresto, o *coronelismo* e o intervencionismo estatal para favorecer determinadas atividades econômicas.

[128] O parágrafo 24 do artigo 72 da Constituição garantia "o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial," em coerência com o espírito liberal da Primeira República.

propriedade, que era "mantido em toda a sua plenitude," nos dizeres do parágrafo 17 do artigo 72 da Carta Constitucional de 1891. Qualquer mitigação do direito de propriedade não era aceita por aquele ordenamento, nem mesmo quando o interesse público estivesse em jogo.[129]

Desta feita, o ente estatal não deveria intervir nos direitos de propriedade, nem muito menos modificar relações contratuais, excetuando-se as hipóteses de mora contratual, caso em que a força do Estado era chamada para forçar o cumprimento da obrigação ou indenizar a parte lesada. O enunciado do Código Napoleônico segundo o qual *le contrat est juste* reinou na interpretação das relações jurídicas, e até hoje é possível vislumbrar-se a sua influência.[130] Ao Estado Republicano que se queria ausente, ante a desmedida crença na autonomia do indivíduo e na livre iniciativa, era vedado intervir nos negócios e contratos.[131] Mas foi esse o mesmo Estado, no entanto, o responsável pelo desastroso incentivo à lavoura cafeeira ou ainda pela notória ação de *encilhamento*, ambos exemplos de políticas públicas deliberadamente *promovidas* pelo ente estatal, em favor de determinada classe ou atividade econômica. Nesse sentido é que a norma jurídica se mostrou um *instrumento* em defesa dos interesses de determinados setores, em detrimento do discurso corrente que pregava a ausência de atuação estatal como meio de desenvolvimento.

Foi justamente nessa ausência legal que floresceram arbitrariedades contra a população menos abastada. Apenas para darmos alguns exemplos, podemos citar o

---

[129] Tanto é assim que em famoso julgamento, datado de 31 de janeiro de 1905, o Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* preventivo em favor de Manoel Furtunato de Araujo Costa, para "mandar que cesse incontinente a ameaça de constrangimento ilegal a que se refere o recorrente, resultante da iminência da entrada da autoridade sanitária em casa do paciente, sem consentimento deste, não havendo lei alguma que autorize tal entrada." Na hipótese em questão, as autoridades sanitárias do Distrito Federal desejavam entrar em seu domicílio para "proceder-se a desinfecção por motivo da febre amarela, ocorrido em prédio contíguo." Cfr. RHC nº 2.244.

130 O civilista Orlando GOMES, na edição de 1980 de seu manual de direito contratual, denunciava que "o modelo de *contrato* que ainda se descreve nos compêndios de Direito Civil amarrados ao Código Civil" foi inspirado na "idéia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto permitiram fazer-se do *contrato* o instrumento jurídico por excelência da vida econômica." Cfr. GOMES. O. Contratos. 12ª edição. Forense: Rio de Janeiro. 1990. páginas 7 e 8.

[131] Em discurso proferido perante o Supremo Tribunal Federal, datado de 23 de abril de 1892, Rui BARBOSA afirmou: "Nós, os fundadores da Constituição, não queríamos que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E por isso fizemos deste tribunal o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda da sua hermenêutica, pusemo-lo como um veto permanente aos sofismas opressores da Razão de Estado, resumimos-lhe a função específica nesta idéia. Se ela vos penetrar, e apoderar-se de vós, se for, como nos concebíamos, como os Estados Unidos conseguiram, o princípio animante deste tribunal, a revolução republicana estará salva. Se pelo contrário, se coagular, morta, no texto, como o sangue de um cadáver, a Constituição de 1891 estará perdida." Cfr. *Oração perante o Supremo Tribunal Federal*. In http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a2.pdf - acesso em 14 de abril de 2009.

coronelismo, arvorado que estava num modelo federativo mal-compreendido e pior ainda instaurado, encontrando francos espaços para se impor como forma de dominação das populações locais, uma vez que os governadores contavam com essas lideranças regionais para vencerem as eleições (o famoso *voto de cabresto*). Por outro lado, as relações de trabalho, tratadas como *locação de serviços,* eram fria e escassamente reguladas pelo Código Civil, expondo gritantes desigualdades entre empregado e patrão[132] – à exemplo do silêncio legal do Império a respeito da escravidão, a pobreza da legislação pertinente ao trabalho na Primeira República permitiu a prática de toda sorte de abusos por parte dos ricos proprietários ou industriários na Primeira República. E esses abusos eram totalmente afiançados pelo Estado, que com fulcro na *autoridade da lei* se permitia favorecer determinado grupo, em detrimento dos desejos ou necessidades de grande parte da população.[133]

Nada ganha mais autoridade no Estado Brasileiro do que a lei; nada mais importante, para consecução de suas vontades políticas, do que contar com a chancela legal. É por meio dessas proposições teóricas o Estado exerce a sua dominação sobre a sociedade, estabelece uma relação de poder lastreada numa suposta legitimidade afiançada pela norma jurídica positiva.

E essa legitimação manteve-se intacta mesmo com o esgotamento do modelo liberal-republicano de governo, tendo sido utilizada inclusive por líderes notoriamente carismáticos, conforme vislumbramos ao estudar a *era do populismo*, do qual Getúlio Vargas é sem dúvida o maior representante.

As tensões sociais, que somente aumentaram por conta da expressiva urbanização ocorrida a partir da década de 1930, fomentaram o ambiente para que um Estado autoritário e atuante surgisse, ao invés daquele tipo *teoricamente* ausente e omisso herdado da Primeira República. Os direitos tidos como *sociais* foram garantidos formal e

---

132 A matéria era tratada nos artigos 1.216 a 1.236 da Lei de 1916, e sofreu algumas alterações por meio do Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919 – a relação ali descrita é estritamente negocial, e não leva em consideração quase nenhuma condição mínima de trabalho. Exemplo do viés lacônico dessa norma é o artigo 1.229, que enumera as "justas causas" para rescisão do contrato pelo locatário: "Art. 1.229. São justas causas para dar o locatário por findo o contrato: I - força maior que o impossibilite de cumprir suas obrigações; II - ofendê-lo o locador na honra de pessoa de sua família; III - enfermidade ou qualquer outra causa que torne o locador incapaz dos serviços contratados; IV - vícios ou mau procedimento do locador; V - falta do locador à observância do contrato; VI - imperícia do locador no serviço contratado."

133 José de Segadas VIANNA narra que ao vetar o Projeto de Lei de Moraes e Barros, a respeito do trabalho na agricultura, o Presidente Manoel Vitorino se justificou aduzindo: "Intervir o Estado na formação dos contratos é restringir a liberdade dos contratantes, é ferir a liberdade e a atividade industrial na suas mais elevadas e constantes manifestações, é limitar o livre exercício de todas as profissões, garantidas em toda a sua plenitude pelo art. 73, § 24 da Constituição." Cfr. SUSSEKIND A., MARANHÃO.D. e VIANNA. J.S. *Instituições de Direito do Trabalho*. Volume I. 3ª Edição. São Paulo: Freitas Bastos. 1963. página 44.

constitucionalmente, saciando a sede de certos grupos que começavam a pressionar demasiadamente o governo federal.

A doutrina que prevaleceu nas ações estatais daquele período foi aquela que Boris FAUSTO denominou de *pensamento autoritário nacionalista*, encarnada principalmente nas visões que pensadores como Azevedo Amaral, Francisco Campos e Oliveira Viana alimentavam sobre o Brasil.[134] Ainda que divergindo sobre alguns temas, todos concordavam que a construção do conceito de *nação* no país sofreu sérios revezes no período republicano, sendo necessária a intervenção estatal, de viés autoritário, para corrigir essas falhas.[135] Assim é que "os nacionalistas autoritários concebiam uma modernização do país de cima para baixo, prescindindo das mobilizações populares, especialmente quando não controladas. A instituição básica destinada a realizar a transformações, nas condições brasileiras, só poderia ser o Estado autoritário, centralizador, dotado de extensos poderes."[136] E o meio do Estado Novo perfazer essas mudanças não era outro senão a lei: *objetivamente* as medidas estavam legitimadas, pois eram dotadas do formalismo normativo tão caro ao *Estado de Direito*.

O melhor exemplo dessa *apropriação* das lutas sociais pelo estado *getulista* sem dúvida nos é dado pela questão dos direitos pertinentes ao trabalho assalariado: com visível objetivo de conduzir e manipular os movimentos de massa ao seu favor (populismo), o ente estatal toma para si a responsabilidade de promover todas as mudanças e regulamentações que julga cabíveis, realizando-as no âmbito das normas positivas. É o que José de Segadas VIANNA descreve como *movimentos descendentes* de elaboração de normas do trabalho, em oposição aos *movimentos ascendentes* que criaram a legislação trabalhista na do México, Inglaterra e França.[137]

Desta feita, ao mesmo tempo em que a Constituição de 1937 limitou a *liberdade econômica* assegurando aos trabalhadores o repouso semanal, férias remuneradas, salário

---

[134] Cfr. FAUSTO. B. *O Pensamento Nacionalista Autoritário*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001.

[135] Segundo Boris FAUSTO: "No Brasil existia um povo, mas não uma nação e seu correlato: a identidade nacional. Nenhum deles afirmava em abstrato a superioridade do regime autoritário. A necessidade de tal regime, nos tempos em que viviam, decorria do fato que o passado histórico brasileiro não gerara uma sociedade solidária e articulada, sendo as fórmulas políticas liberais uma aberração diante desse quadro." Cfr. FAUSTO. B. *O Pensamento Nacionalista Autoritário.* ob. cit. página 45.

[136] Cfr. FAUSTO. B. *O Pensamento Nacionalista Autoritário.* ob. cit. página 46.

[137] "Todas essas formas de luta," escreve o autor, a respeito das greves, lock-outs picketings, boycotts e afins, "visam ao atendimento de reivindicações, e sua solução, afora a dos acordos coletivos de curta duração, só pode ser encontrada através da lei, que é a forma, por excelência da solução estatal dos problemas sociais. (...) Se esta foi, em quase todo o mundo, a causa e origem da legislação do trabalho, em alguns casos – e neste se pode incluir o de nosso país – não é o chamado 'movimento ascendente' que vai gerar a ação dos parlamentos e sim o 'movimento descendente,' que resulta de uma ação de cima para baixo, do Governo para a coletividade." Cfr. Cfr. SUSSEKIND A., MARANHÃO.D. e VIANNA. J.S. *Instituições de Direito do Trabalho*. ob. cit., páginas 41 e seguintes.

mínimo e jornada de oito horas diárias (artigo 137), restringiu igualmente as reivindicações sociais ao âmbito da Justiça do Trabalho (Estado), proibindo manifestações populares como a greve, reputando-os "recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional."[138] É dizer, a lei impõe barreiras aos direitos dos patrões, mas salvaguarda a estrutura capitalista de produção, ao impedir o desenvolvimento de movimentos sociais que poderiam ameaçá-la ou até mesmo conturbá-la. Outrossim, o ente público arroga-se a responsabilidade política de tais anseios coletivos; a rigor, *a legitimação* de tais normas encontra fundamento apenas na sua origem ou fonte, qual seja, o Estado getulista.

De novo, é por meio da lei que o Estado brasileiro faz valer os interesses de determinadas classes e impõe sua autoridade, utilizando-a como ferramenta, instrumento de realização de certa doutrina – quando retira dos movimentos sociais a prerrogativa de formular reivindicações e assistir às suas conquistas, demonstrou o Estado Novo interessante e valoroso *ardil*, permitindo ao seu líder, Getúlio Vargas, o carisma e a popularidade que se mantêm até hoje. A conquista do direito às férias remuneradas, décimo-terceiro salário, voto feminino, não se deu pela via de grandes clamores populares – ao reverso, foram dados, concedidos pelo Estado, por intermédio da norma jurídica. Por isso é que o *Estado Social Getulista* contribuiu de forma fundamental para construir a relação estado-sociedade que se desenrola no Brasil hodiernamente.

Fica a nítida impressão que, de certa maneira, a realização dos direitos pertinentes às camadas mais necessitadas de uma intervenção estatal é feita graças à lei – e somente ela –, que regula, concede e fixa os limites dessas benesses. A saúde, o transporte, a educação são serviços públicos garantidos na norma positiva – mas não a qualidade desses serviços, nem muito menos os meios de se lhe garantirem. Os direitos sociais, limitados ao âmbito do ordenamento jurídico, são assim burocratizados, jurisdicionalizados, cercados do formalismo estatal, expurgando-lhes uma de suas essências principais, que é a consciência coletiva de que mais do que direitos, a saúde, dignidade, cultura, lazer e educação, são *obrigações* do ente estatal de cunho *social* e, mormente, da sociedade como um todo, o que nunca foi efetivamente compreendido no Brasil. Como nos ensinou Michel FOUCAULT, o *poder* não é apenas coerção: ao reverso, as concessões e tutelas sociais por

[138] É o que diz o artigo 139 da mesma Constituição: "Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum. A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional."

ele prestadas culminam por ser *economicamente* mais viáveis, se pensarmos nos custos da dominação das massas, do que a manutenção de um aparato exclusivamente repressivo.[139]

Outrossim, quando institucionaliza certos elementos das lutas sociais, está o Estado *domesticando* atitudes que poderiam fugir do seu controle, ao argumento de que por esta via, estaria preservando a *ordem pública*. As *greves* são um caso claro para compreensão do que falamos: o ordenamento jurídico, ao falar em *direito de greve* poderia estar, ao menos na visão do Estado, *regulamentando, concedendo um direito*. Mas é justamente essa regulamentação, feita por meio de lei, quem impõe limites, castra uma manifestação que é *não-jurídica* em sua essência. Pois a greve, a rigor, é uma recusa, um refugo ao contrato de trabalho e suas obrigações correlatas, é um sonoro *não* contra a obrigação de ceder sua mão de obra ao patrão. E o Estado conseguiu, graças mais uma vez ao positivismo e ao discurso de que, fora dos estritos liames do *Estado de Direito*, nenhuma ação política seria legítima, regular esse *não-direito*, contando inclusive com o consentimento expresso dos sindicatos. Hoje, uma greve pode ser legal ou ilegal; um Tribunal decide sobre sua *legalidade*, partindo de pressupostos firmados em lei. O sucesso das reivindicações de determinado grupo de trabalhadores em greve está sujeito ao alvedrio do sindicato, da Justiça do Trabalho, das normas jurídicas – todas essas instituições ligadas ao Estado, que consegue zelar e garantir, dessa forma, a *ordem pública*.[140]

Interessante que essa legalidade tomada ao pé da letra, ainda que contrariando os princípios constitucionais ou fundamentais mais comezinhos, é até hoje usada como argumento em favor de interesses no mínimo dúbios.

Vejamos que em recente debate a respeito do *nepotismo*, o Senador Efraim Morais escreveu artigo no jornal *Folha de São Paulo* no qual defendia a contratação de parentes para cargos públicos, alegando que não havia norma no Brasil que o proibisse.[141]

---

[139] Por suas palavras: "O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir." Cfr. FOUCAULT. M. *Microfísica do Poder*. 25ª edição. Rio de Janeiro: Graal. 2008. página 8.

[140] O mesmo poderia se falar do *direito de manifestação*, que é igualmente regulamentado por diplomas legais.

[141] Afirmou o Senador: "Tornou-se comum afirmar que há atos que, embora legais, não seriam legítimos. Ora, se assim é, há uma anomalia que precisa ser corrigida. A lei, pressupõe-se, é a fonte da legitimidade dos atos da cidadania. Existe exatamente para estabelecer o que é certo e o que não é. Quando a lei não reflete a realidade, deve ser mudada. É o que se dá em relação aos cargos no serviço público. A nossa Constituição Federal estabelece que o acesso aos quadros permanentes da administração pública só é possível por meio de concurso. Mas, prevendo a necessidade de prover funções que exigem confiança pessoal do titular do cargo ou mandato, reserva determinado número de funções transitórias a serem providas por meio de nomeações. A premissa é que o nomeado esteja tecnicamente apto ao exercício da função, que efetivamente a exerça e que não tenha antecedentes criminais. Nada mais. Como agente público e político, não fiz diferente. Nomeei

De fato, lei não há, a não ser a Constituição Federal, que em seu artigo 37 estabelece como princípio dos atos administrativos a *moralidade,* conceito (voluntariamente?) vago, que deu azo a interpretações como a do Senador da República, dentro da lógica das *omissões voluntárias da Lei.* Essa lacuna do ordenamento somente foi definitivamente solucionada com a Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal,[142] embora ainda se encontrem casos de flagrante nepotismo em todas as esferas do Poder Público.

Concluindo este capítulo, e analisando algumas das principais facetas políticas da norma jurídica no Estado brasileiro, percebemos quão diversas foram as suas utilidades: seja por meio do silêncio legal que convinha apenas à elite agrária no período imperial, da ausência deliberada de regulamentação nos atores do mercado, implementada pelos liberais republicanos, ou ainda, da apropriação, pelo Estado das conquistas sociais, a lei serviu de instrumento para realização das mais variadas vontades, sempre sob o manto da *legalidade* e do *Estado de Direito* que lhe conferia legitimidade. O já citado Sérgio Buarque de HOLANDA ao analisar a implementação lógico-racional desses sistemas legalistas, assevera, com razão, que "o racionalismo excedeu os seus limites quando, ao erigir em regra suprema os conceitos assim arquitetados, separou-os irremediavelmente da vida e criou com eles um sistema lógico, homogêneo, a-histórico."[143] Os feitores da lei, seja quais fossem as suas finalidades, acreditavam mesmo "que da sabedoria e sobretudo da coerência das leis depende diretamente a perfeição dos povos e dos governos."[144] *Instrumento, artifício, ferramenta:* tais as características políticas, nos parece, da norma jurídica no Brasil.

Tentamos fazer uma *genealogia* dessas características da *retórica da legalidade*, mostrando que a norma jurídica não é elemento de *libertação*, como queriam os autores dessa linguagem, mas de *dominação*. É dizer, a *verdade construída* pelo *discurso da legalidade* é a de que o *Estado de Direito*, escorado nos princípios fundamentais

---

pessoas de minha confiança para prover cargos de confiança em meu gabinete parlamentar, cujas nomeações inserem-se rigorosamente nos termos da lei." Cfr. MORAIS. E. *Nepotismo: no varejo e no atacado* – Jornal Folha de São Paulo, edição de 14 de agosto de 2008, Secção *Tendências e Debates* (obtido no sítio www.folhaonline.com.br – acesso em 20 de abril de 2009).

[142] Essa Súmula foi aprovada na Sessão Plenária de 21 de agosto de 2008, contendo o seguinte verbete: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal."

[143] Cfr. HOLANDA.S.B. *Raízes do Brasil*. ob. cit. página 179.

[144] Cfr. HOLANDA.S.B. *Raízes do Brasil*. ob. cit. página 179.

enunciados pelos revolucionários oitocentistas, seria o garantidor de nossas liberdades políticas. Ocorre que esse seria o *conhecimento dado,* para o qual ofertamos uma interpretação diferenciada, ou ao menos que não se limitou a ler os dados jurídicos como elementos estáticos ou isolados.

Como dissemos no início da explanação, não nos detivemos propriamente na análise dos interessados e beneficiados desse uso da lei como ferramenta, porquanto seu uso se deu de forma igual por todos os que dela se serviram. Interessou desvendar os diferentes utensílios, para compreendermos para que (e não para quem) e como, efetivamente, tem sido manipulada a norma positiva no nosso país. Nosso interesse é a participação popular na feitura dessas leis, mas delimitar o papel por ela exercido em nosso cenário político-social fazia-se de rigor, pois nos auxiliará na compreensão de nosso objeto de estudo. Vale dizer, entender a lei e principalmente o discurso da *legalidade* que a circunda, ainda que de modo sumário, antes mesmo de compreender o seu procedimento de feitura, porque os dois fenômenos estão intrinsecamente ligados.

CAPÍTULO II – O PROCESSO LEGISLATIVO.

1. Origens do processo legislativo brasileiro. 2. Conceito de processo legislativo. 3. O procedimento legislativo na ordem constitucional brasileira. 4. Funções do processo legislativo.

Esclarecido no capítulo anterior o papel político que a Lei exerce nos *Estados de Direito*, especialmente o brasileiro, cumpre-nos, agora, cuidarmos de analisar as etapas, as fases, enfim, a forma como as normas legais são elaboradas. Buscaremos compreender, a partir das origens desse procedimento de elaboração de regras jurídicas, o papel desempenhado por esse rito, essencialmente no modelo constitucional brasileiro.

Dentro do contexto dos *Estados de Direito*, onde uma lei, para ser considerada juridicamente válida há de ser necessariamente originada do ente estatal, o procedimento de sua elaboração tem papel fundamental. Apontamos que a Lei positiva, sobretudo no discurso jurídico-político que emerge das Revoluções Burguesas e que se consolida ao longo dos Séculos XIX e XX, é reputada como a única fonte legítima e admissível de organização da sociedade. O modelo de Estado Constitucional-Liberal, e que não sofreu abalos com o advento do Estado Social, confere ao ente estatal e a suas instituições o *monopólio do uso da força*, de acordo e nos limites das normas jurídicas positivadas.

Entende-se que, na seara do direito positivo, para ser aceita pelo ordenamento, a regra jurídica deverá *obrigatoriamente* passar pelo crivo do Estado, ainda que se trate de costume, como vimos. E o momento crucial dessa *ratificação* é o processo legislativo que

pretende englobar, como veremos, desde o nascimento da idéia da norma – a manifestação social dessa *pretensão legislativa* (iniciativa de lei) – até a sua promulgação.

Esse procedimento de positivação será do nosso interesse agora, sendo certo que ele será examinado não apenas à luz do tratamento jurídico que lhe é conferido nas instituições estatais (mormente no que respeita às disposições constitucionais aplicáveis), mas também da interpretação que a doutrina jurídica confere às diferentes etapas do *iter* processual. Esses elementos tomados em conjunto formam uma amálgama de conceitos que contribuem para a formação do *discurso* da legalidade examinado por nós no capítulo anterior, e é mormente sobre esse aspecto que nos deteremos. Vale dizer, da análise da retórica e justificativas incidentes no processo constitucionalizado de feitura de regramentos jurídicos, esperamos extrair dados que nos auxiliarão na compreensão dos fenômenos ligados ao escopo de nosso estudo, qual seja, os mecanismos de participação popular nesse processo.

Logo, vale o esforço de, em primeiro lugar, apresentarmos as origens dessa forma de criação de normas jurídicas, para depois abordarmos o próprio *conceito juspolítico* de processo legislativo, passando pela análise técnica das diferentes fases que o compõem, finalizando com o estudo de suas *funções* no *discurso da legalidade* e também da *soberania popular*.

1. Origens do processo legislativo brasileiro.

Uma norma de conduta, para ser reconhecida como tal pela comunidade à qual ela se aplica, deverá submeter-se a alguma forma de singularização. Vale dizer, inserida no bojo das retóricas positivista e do *princípio da legalidade*, a *lei* tem de passar por um ato de *validação*, que faz recair sobre ela a pressuposição de ser obrigatória e oponível a todos – esse é um dos elementos, quando se observa o relacionamento de poder, que diferencia uma *norma* de uma *ordem* aleatória. Aqui, nos interessaremos pelo método de *validação* da lei no ambiente dos *Estados de Direito*, onde o *processo legislativo* desempenha o seu papel específico. Nesta hipótese, a lei, em si, é considerada como um *ato*, especificamente um *ato do Estado*. Se assim o é, a *realização desse ato* seguirá os ritos do processo legislativo que seguem uma determinada forma e se desenrolam nas instituições criadas pelo ente estatal para essa finalidade. O universo estudado será, portanto, a criação de normas jurídicas dentro dessas estruturas estatais erigidas no propósito de unificar a instituição estatal como única fonte normativa aceitável.

Dessa feita, o procedimento de elaboração de leis dos *Estados de Direito*, tal qual conhecemos hoje é indissociável da *teoria da separação de poderes*, adotada como cânone das constituições contemporâneas.[145] Lembramos que, dentro da lógica do poder político que se consolida no final do Século XVIII, o poder estatal estaria contido e concentrado na sua faceta legislativa (isto é, nas normas jurídicas); ou seja, visando à preservação das liberdades individuais, seria necessário controlar e repartir esse poder. Mais do que isso, fiéis ao princípio da soberania popular, os diplomas político-constitucionais afirmavam a necessidade de que essa faculdade estivesse a cargo dos *representantes do povo*.[146]

As lições filosóficas de MONTESQUIEU e LOCKE foram as inspirações para essa conceituação política: segundo esses pensadores o poder soberano deveria ser separado entre o executivo e o legislativo, cabendo ao primeiro a execução das leis que eram criadas pelo último. Nesse sistema, não se atribuindo à mesma pessoa – ou ao mesmo legislador – criar e pôr em prática as normas, evitar-se-iam os abusos e arbitrariedades. Erguida ao status de *direito fundamental*,[147] tal forma de organização estatal lançou sobre os órgãos responsáveis por essa elaboração legislativa uma atribuição decisiva: *determinar* os direitos e deveres de toda a comunidade.[148]

Com efeito, seguindo os princípios liberais sedimentados pelos ideais dos revolucionários oitocentistas, desde então o *Poder Legislativo* recaiu sobre as *Assembléias*, ou *Parlamentos*, que reuniriam os representantes da vontade popular, escolhidos por meio de sufrágio, e esse conceito tornou-se peça basilar dos sistemas políticos ocidentais hodiernos.[149] Deveras, tamanha é a vinculação entre *processo legislativo* e Parlamento que

---

[145] Para confirmar que se trata de opinião corrente, transcrevemos o seguinte trecho de Vicente PAULO e Marcelo ALEXANDRINO, onde eles destacam a relevância da teoria da separação dos poderes nas origens da conceituação moderna do processo legislativo: "O primeiro desses requisitos é apontado como o mais importante, porquanto o constitucionalismo, desde a sua origem, no século XVIII, propugna como postulado básico de qualquer Estado de Direito o princípio da divisão de funções (ou da separação de poderes). Mesmo nos Estados que adotam o Parlamentarismo, nos quais a separação de poderes é bastante atenuada (entre Executivo e Legislativo), deve haver sempre um órgão específico, encarregado da elaboração das leis, sem o qual não se pode falar, propriamente, em processo legislativo." Cfr. PAULO, V. e ALEXANDRINO. M. *Processo Legislativo*. Niterói: Impetus. 2003. página 20.

146 É o que afirmava o artigo 3º do Título III da Constituição Francesa de 1791: "O Poder legislativo é delegado à uma Assembléia Nacional composta de representantes temporários, livremente eleitos pelo povo, para ser ecercido por ela, com a sanção do rei, da maneira determinada abaixo."

147 Dizia o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição."

148 Assim é que o Capítulo III da Constituição Francesa de 1791, denominado "Do exercício do Poder Legislativo," em seu artigo 1º delegava "exclusivamente ao Corpo Legislativo" o poder de propor e decretar leis; da mesma forma, a Seção 1 do Artigo 1º da Constituição estadunidense de 1787 concedia todos os "poderes legislativos" ao Congresso Norte-Americano.

[149] Apenas para ilustrar o que escrevemos: "A atividade legislativa é, de todas, sem dúvida, a mais típica do Parlamento moderno, tanto que ele é definido por antonomásia como 'poder legislativo.' Convém lembrar

se debate, na doutrina do Direito Constitucional, sobre a admissibilidade de atos legislativos elaborados fora dos Parlamentos (medidas provisórias, portarias, decretos-lei, etc...), como sendo ou não sujeitos a um processo legislativo.[150] A atual ciência política, por sua vez, sintetiza as atribuições das Casas Legislativas em quatro temas primordiais: a *representação da população*, o *controle do Poder Executivo* (ou do governo), a *legitimação* e a *elaboração legislativa*.[151] Por motivos óbvios, nos concentraremos em tratar desta última função.

Importante que se diga que os parlamentos não são propriamente uma criação dos modernos Estados,[152] mas é fato que adquirem funções bem delineadas e caracterizadas dentro dessas estruturas.

Nas monarquias européias, por exemplo, os parlamentos notoriamente existiam, tratando-se de órgãos consultivos, ou de ratificação de normas costumeiras, sendo certo que seu papel era exercido "fundamentalmente, como ação 'conservativa,' de consolidação do direito consuetudinário e de defesa dos *privilegia* em vigor," como lecionado por

---

que, por trás desta identificação, está aquela complexa corrente de pensamento conhecida sob o nome de doutrina da separação de poderes. Essa doutrina, onde os aspectos descritivo e prescritivo se misturam, atribui ao Parlamento a função legislativa, entendida como elaboração de *normas gerais*; deixa-se ao Executivo a atividade de Governo, ou seja, a incumbência de atender ao caso concreto e particular dentro do quadro geral estabelecido pela legislação." Cfr. COTTA. M. *Parlamento*. ob. cit., página 884, itálicos no original.

[150] Para José Afonso da SILVA, por exemplo, "a existência de um órgão incumbido da função legislativa constitui pressuposto da existência do processo legislativo, não da existência do ato legislativo final, com força de lei. Pode haver ato legislativo, com força de lei (decretos-lei, medidas provisórias, por exemplo), sem processo legislativo. Realmente, nos sistemas de confusão de poderes, como nas monarquias absolutas e nos regimes ditatoriais, os atos de natureza legislativa são editados sem um processo legislativo. Este somente pode existir se houver um corpo legislativo colegiado, onde se desenvolvam os atos de feitura das leis. Quando uma única pessoa detém as funções legislativas, no máximo haverá certo preparo na feitura de leis, mas não propriamente um processo legislativo de formação das leis." Cfr. *Processo Constitucional...* ob. cit. página 49. Em sentido contrário, Dagoberto CANTIZANO obtempera que "o Processo Legislativo é fruto de uma situação social, política, econômica e jurídica e está intima e estreitamente vinculada a essas situações 'de fato' e 'de direito.' É claro que, em sua pureza doutrinária, deve advir sempre da atividade quase que exclusiva do Poder Legislativo, mas quando acontecimentos históricos determinam a mudança na Ordem Jurídica, através do exercício do Poder Constituinte Originário, cai por terra toda a estrutura jurídica até então existente e se vai modelando e institucionalizando a nova Ordem, por meio de normas emanadas dos detentores do Poder no momento, geralmente no exercício do Poder Executivo." Cfr. CANTIZANO. D.L. *O Processo legislativo nas Constituições brasileira e no direito comparado.* Rio de Janeiro: Forense. 1985. página 119. Embora não contemos com espaço para detalhar melhor nossa opinião, entendemos que também é possível denominar-se *processo legislativo* aqueles procedimentos que se desenvolvem em ambientes externos às Casas Legislativas, *desde que deles emanem normas positivadas pelo Estado* – escreveremos um pouco mais a esse respeito abaixo.

[151] Cfr., nesse sentido, COTTA, M. *Parlamento.* ob. cit., página 883.

[152] Segundo Maurizio COTTA, "quando se fala de Parlamento e de parlamentarismo, se faz normalmente referência a fenômenos políticos cujo desenvolvimento histórico se insere na curva temporal que vai da Revolução Francesa até os nossos dias. Contudo, em quase todos os países europeus houve, mesmo nos séculos anteriores, instituições políticas genericamente denominadas 'Parlamentos,' embora por vezes fossem também chamadas de 'Estados Gerais,' 'Cortes,' 'Estamentos,' etc." Cfr. COTTA, M. *Parlamento.* ob. cit., página 877.

Maurizio COTTA.[153] Especificamente no caso do Estado Português, no período em que o Brasil era sua colônia, embora existisse uma tendência de centralização do poder decisório no monarca, os *Colégios* compunham uma parcela de notável importância do *estamento* político.[154] Ainda no que respeita ao Brasil-colônia, as *Câmaras*, ou *Senados da Câmara* foram órgãos colegiados relevantes na administração ultra-marina, assegurando "o vínculo entre o povo e a administração pública, toda interiormente voltada para o rei."[155] Os *Vereadores* dessas *Câmaras*, também chamadas de *Cúria* ou *Assembléia do Município*, eram eleitos indiretamente por meio de colégio eleitoral composto de *homens bons*, que nada mais eram do que os "proprietários e burocratas em domicílio na terra;"[156] suas funções regulamentadas no Título 66 do Livro I das *Ordenações Filipinas* e à quem eram, apenas "na aparência," conferidas amplas atribuições[157] – de fato, para a mais autorizada historiografia, "as câmaras nunca passaram de corporações administrativas, sem a fantasiosa prerrogativa de colaborar na vontade da política colonial."[158]

Logo, não se poderia falar em *procedimento legislativo* nesses órgãos – o mais apropriado seria tratar o processo deliberativo de um ritual burocrático: de um lado porque seu papel era meramente administrativo (de *vereação*, ou seja, fiscalização) e, por outro, porquanto a abrangência das regras editadas por essas Câmaras era municipal, ou local ou, em outros termos, com reduzido alcance ou relevância normativa.

Não obstante, herdamos dessas estruturas tradicionais os germes de nosso molde de procedimento legislativo, assim como o seu excessivo apego aos rituais burocráticos serviu de ferramenta utilizada como instrumento de isolamento da população e ao mesmo

---

[153] Cfr. COTTA, M. *Parlamento.* ob. cit., página 878, itálico no original.

[154] De acordo com Raymundo FAORO: "Em princípio, os colégios – tribunais, mesas e conselhos – atuam dentro da competência traçada pelo rei, em seu nome e sob sua aprovação. Eles se situam na fronteira, na areia movediça do tipo patrimonial de domínio para o burocrático, numa estrutura estamental. (...) A colegialidade consultiva invade, em certos casos, a própria esfera da execução, com maior ou menor autoridade, de acordo com a densidade dos privilégios dos conselheiros. Nada há de democrático, ou de pré-democrático, nesse tipo de organização. Ao contrário, a colegialidade é exatamente o modo de evitar que o soberano, apoiado no seu aparelho monocrático, se acoste nos elementos não privilegiados, para estender seus poderes." Cfr. FAORO. R. *Os donos do poder.* ob. cit., páginas 206 e 207.

[155] Cfr. FAORO. R. *Os donos do poder*. ob. cit., página 213.

[156] Cfr. FAORO. R. *Os donos do poder*. ob. cit., página 214.

[157] Esse vasto escopo de atribuição era apenas aparente, de acordo com Raymundo FAORO, porquanto não eram "próprias das câmaras brasileiras, mas inerentes à administração, metropolitana e ultramarina. As Ordenações Filipinas, apenas folheadas, no Livro I, oferecem a prova das largas interferências na vida do homem colonial, em todos os seus atos, gestos e iniciativas. Pondere-se, ainda, que as atribuições locais e do governo-geral não se delimitam fixamente, como confusas são as atividades em todos os setores judiciários ou administrativos. Os juízes e oficiais fiscalizam o comércio, cuidam da justiça, expedem ordens, em controle não apenas exterior e formal como nos tempos atuais, mas em vigilância íntima e profunda. As câmaras se convertem, depois de curto viço enganador, em simples executoras das ordens superiores." Cfr. FAORO. R. *Os donos do poder*. ob. cit., página 215.

[158] Cfr. FAORO. R. *Os donos do poder*. ob. cit., página 216.

tempo imposição das decisões administrativas:[159] o formalismo ritualístico, escondido "na contradição entre os regimentos, leis e provisões e a conduta jurídica, com o torcimento e evasivas do texto em favor do apetite e da avareza,"[160] foi meio de submissão do súdito ao aparato estatal colonial de modo que, como escreveu Raymundo FAORO, "o burocrata, já desenvolvido do embrião estamental do cortesão, furta e drena o suor do povo porque a seu cargo estão presos os interesses materiais da colônia e do reino."[161]

O que mudou fundamentalmente com a doutrina liberal-constitucionalista em relação ao papel *consultivo* dessas Casas Deliberativas é que os parlamentos, na auto-atribuída e declarada qualidade de órgãos de representação da *soberania popular*, adquirem legitimidade própria para legislar dentro do esquema tripartite, tornando-se os responsáveis pela elaboração legislativa estatal, em lugar do soberano monocrático. A síntese do discurso que sustenta tal relação pode ser colocada assim: por serem as Casas Legislativas as únicas *titulares do poder legislativo*, cujo mandato foi adquirido por meio de sufrágio, as escolhas por elas tomadas devem ser acolhidas pela população, que elegeu esses mesmos representantes.

O rito decisório nessas casas legislativas foi uma das causas que originou o procedimento legislativo atual: por se tratar de órgãos colegiados, nos quais a vontade de várias pessoas devia concorrer para formar a decisão legislativa, bem como que, em geral, a unanimidade de opiniões era a exceção, e não a regra, o êxito da pretensão seria de quem detivesse a maioria dos votos válidos. Tal não ocorreria, contudo, sem uma organização mínima que recomendasse a necessidade de um ritual, de onde se desenvolveu o processo legislativo. Deveras, quando a decisão é única, fruto de uma deliberação individual, não é

---

[159] Neste sentido, Manuel Villaverde CABRAL, ao trazer a noção de Estado Administrativo como forma de dominação observa que "mais do que qualquer outro instrumento ao seu dispor, inclusive a violência física, o autoritarismo recorrente do Estado português dá-se a conhecer pela administração pública," pois "é através dela que as massas são, simultaneamente, integradas e discriminadas; às vezes, reduzidas a uma condição 'bestializada.' Em outras palavras, seria errôneo ver as massas camponesas do passado remoto e recente como camadas excluídas do Estado-nação. O que ocorreu é que o seu processo de inclusão – basicamente através da submissão aos procedimentos administrativos estatais – foi também o instrumento de sua discriminação." Em suma, segundo o autor citado, "Trata-se de uma modalidade de subordinação das massas populares à parafernália das normas e de registros administrativos, em especial sobre a pequena propriedade camponesa e o sistema de herança, ao mesmo tempo que a maioria esmagadora da população era excluída, em Portugal, do acesso ao próprio instrumento de sua subordinação, a escrita. Esse tipo de dominação ter-se-á tornado ainda mais evidente com a liberalização formal das instituições políticas, notadamente nas sociedades da Europa meridional sob a influência da Revolução Francesa e do Império napoleônico." Cfr. CABRAL. M.V. *O exercício da cidadania política em perspectiva histórica (Portugal e Brasil)*. in. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Volume 18, n. 51, 2006. página 44.

[160] Cfr. FAORO. R. *Os donos do poder*. ob. cit., página 199.

[161] Cfr. FAORO. R. *Os donos do poder*. ob. cit., página 201. Outrossim, "o súdito não é apenas o contribuinte, mas a vítima do empresário que arrenda os tributos, a vítima dos monopólios e das atividades da Metrópole."

necessária (ao menos não *a priori*) a distribuição de competências, a organização de debates ou ainda a coleta de votos. Mas, no caso de uma assembléia, tais expedientes mostram-se imprescindíveis (ainda que de forma mínima), sob pena das sessões não chegarem a algum termo ou conclusão.

Niklas LHUMANN, lançando sua visão sociológica a respeito dos modernos parlamentos e de suas funções procedimentais, nos oferece um panorama que nos parece relevante mencionar: segundo o pensador alemão, "o ponto central da instituição [Parlamento] é constituído pelo debate público entre os cidadãos com iguais direitos e eleitos para essa finalidade."[162] Aduz ainda que "o parlamento é, de acordo com sua constituição jurídica, não uma repartição burocrática, mas sim um ciclo de sessões realizadas em caso de necessidade."[163] Por outras palavras, a fonte política do poder do parlamento é a circunstância de naquela sede estarem sendo supostamente representados os diferentes interesses da sociedade, mas o seu ofício não é meramente *representar*: sua função é a tomada de decisões políticas por meio do debate – o que o autor retro-citado denominou "ciclo de sessões" –, o que deve necessariamente passar por um procedimento pré-determinado e organizado.

Por essa razão, o processo legislativo ainda é, hodiernamente, visto como indispensável nessa função de organizar os debates dentro das casas legislativas. Com efeito, tamanha é a variedade de assuntos e maior ainda a multiplicidade de interesses, que os parlamentos não conseguiriam aprovar uma lei que fosse, na ausência de um rito que filtrasse, conduzisse, ou simplesmente canalizasse essa multiplicidade de possibilidades para um resultado que deles se espera: a promulgação ou arquivamento da lei.

Aliás, o que se lê na doutrina do direito constitucional é que "a ação coletiva de representantes políticos eleitos livremente é somente possível dentro do processo legislativo," bem como que "a simples possibilidade de ocorrência da ação coletiva, dentro de uma instituição legislativa, sobrevivendo a todos os obstáculos políticos, ganhando barganhas, negociando impasses, obtendo consenso, enfim, avançando sofregadamente e com lutas contínuas e demoradas rumo ao sucesso, é o que gera leis criativas." Por fim, conclui a autora reproduzida: "Mais ainda, gera produtos e leis que se adaptam e se destinam às necessidades específicas daquela sociedade que elegeu aquele corpo de representantes. O processo político e especialmente o processo legislativo são processos

[162] Por isso é que "são suspeitas, senão mesmo proibidas, a sujeição a instruções, coações de um grupo político, permuta de vantagens concretas e interceptação de papéis." Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 19.
[163] Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. páginas 19 e 20.

lentos, passíveis de alterações, emendas, debates, controvérsias e publicidade. Todavia, é aí que está a utilidade desse processo para o desenvolvimento da democracia: a possibilidade da discussão, da emenda, da publicidade, da viabilidade do 'Jogo Parlamentar.'"[164] Logo, o processo legislativo ganha contornos e disciplina na esteira do direito constitucional – mais precisamente do direito *parlamentar* –, primeiramente, numa questão de ordem prática, ou seja, na sua função de viabilizar (ou organizar) os debates que levarão ao "produto legislativo," ou, em outras palavras, na sua atribuição de regulamentar o "Jogo Parlamentar."

Mas essa funcionalidade não é suficiente para explicar o desenvolvimento de uma *teoria* do processo legislativo, como tema dotado de fundamentos e disciplina jurídica próprios. Na medida em que a necessidade de organizar sistematicamente os debates parlamentares também se fazia presente mesmo nos momentos em que os parlamentos eram tidos como singelos órgãos consultivos, cremos que os elementos institucionais que deram origem ao moderno conceito de processo legislativo – sobretudo na ordem constitucional – não se encerram aí. Deveras, o procedimento de formação de leis adquiriu as feições atuais devido a outro fator de ordem sócio-político: o advento do conceito *positivista* do direito, discutido no capítulo anterior, que também contribuiu para o estabelecimento de tal forma de elaboração normativa.

Como veremos abaixo, o processo legislativo tal qual definido pela doutrina e jurisprudência constitucional encaixa-se à perfeição dentro do contexto de Estado positivista e racionalista, *glorificado* a partir do Século XIX. Insere-se na lógica de que os atos estatais, para serem legítimos, devem se coadunar com uma série de ritos, pressupostos e formas, sem os quais eles perderiam a faculdade de serem impostos aos cidadãos (legitimidade); mais do que isso, não poderiam contrariar os *princípios fundamentais* de determinada ordem jurídica, sob pena de nulidade absoluta. E se é o *princípio da legalidade* quem confere esses rótulos às ações políticas do Estado, é perfeitamente compreensível que as leis, para serem aceitas socialmente, igualmente se sujeitem a amplo e rigoroso procedimento de elaboração.

De acordo com essa visão, a *forma* ganha contornos de importância aumentada, vez que sem ela não seria possível obterem-se os resultados almejados; é dizer, se a lei, para ser criada, não seguir todos os ritos, formatos e formalidades que lhes são impostos

[164] Cfr. AZEVEDO. M.M.C. ob. cit. página 57.

por esse processo legislativo, então ela estará fadada ao descrédito e à invalidade dentro do ordenamento jurídico, a tomarmos como verdadeira a retórica positivista.[165]

Destarte, o processo legislativo foi maturado à luz dessa concepção do direito, batizada por José Reinaldo de Lima LOPES como *voluntarista*, e segundo a qual "o controle do 'legislador' dá-se pelo procedimento decisório formalizado: votações, eleições, impugnações às decisões, definição de procedimentos e conteúdos mínimos indispensáveis (cláusulas pétreas, quórum classificado para alteração constitucional, etc.), hierarquização de fontes, distinção entre poder constituinte originário e derivado etc." Todos são, segundo o jurista citado, "mecanismos procedimentais que limitam o exercício arbitrário do poder," ainda que "nenhum deles procede diretamente de uma noção de justiça."[166] Em outros termos, esse formalismo inspirado no conceito exclusivamente legalista não é aplicado na busca de uma lei mais justa ou melhor adaptada à realidade social a ser por ela regida. O procedimento de elaboração da regra jurídica caminhou em direção ao apuramento do que seria a *vontade da maioria*, estruturando-se e criando institutos que privilegiassem a sua efetiva constatação, em detrimento de outros elementos que eventualmente poderiam estar incluídos em sua pauta.

Logo, de tudo que expusemos até aqui, podemos dizer que o moderno procedimento legislativo nos *Estados de Direito* originou-se de uma dupla necessidade: propiciar a ordem dentro dos órgãos responsáveis pela elaboração das normas jurídicas – os parlamentos –, bem como conferir legitimidade política à decisão tomada pela maioria, dentro da lógica ritual e formalística do positivismo legalista ocidental.

No Brasil, onde o molde do Estado de Direito foi mimetizado dos exemplos ocidentais, a implementação de um processo legislativo constitucional seguiu, guardadas as devidas diferenças, os fundamentos acima esclarecidos. Evitaremos enfadonhas repetições do capítulo anterior, limitando-nos a dizer que a estrutura estatal portuguesa, da qual somos herdeiros, é notadamente conhecida pela valorização da burocracia no seu papel de forma de relacionamento entre Estado e cidadão.

Descrevemos sucintamente as funções das Câmaras Municipais como peças da engrenagem administrativa no período colonial brasileiro, e esclarecemos que elas foram parte relevante, segundo nosso sentir, do modelo de processo legislativo implementado

[165] Por essa razão, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO aduz que "em termos de direito positivo, a caracterização de um ato como lei passou a depender exclusivamente da forma de sua elaboração. A definição formal da lei se tornou a única possível, embora tautológica. De fato, que é a lei, à luz do sistema constitucional clássico, senão um ato elaborado de acordo com o procedimento que a Constituição prevê para adoção de leis?" Cfr. *Do Processo Legislativo*. ob. cit., página 74.
[166] Cfr. LOPES. J.R.L. *O Direito na História.* ob. cit., página 208.

pela Carta Magna de 1824, essencialmente no que tange à valorização do ritualismo como meio de relacionamento político e, conseqüentemente, de dominação social. Mesmo antes do advento das teorias positivistas do Século XIX, a importância dada às formalidades e ritos da administração real era considerável.[167]

Com o advento da independência, e a implantação *seletiva* dos ideais liberais, o Estado Brasileiro criou um Parlamento responsável pela elaboração de leis, muito embora essa nem sempre tenha sido uma exclusividade sua, ante a insistente e notória força do Poder Executivo em nosso histórico político.[168] Como marco ilustrativo dessa intervenção do Chefe de Governo no procedimento de formação de leis, basta lembrarmos que logo na primeira tentativa de elaborar uma Norma num Parlamento, qual seja, a Constituinte de 1824, esta foi violentamente dissolvida pelo Imperador, cabendo-lhe outorgar tal Constituição, à revelia de qualquer procedimento ou discussão. E foi por esse mesmo ato unilateral que se impôs nosso primeiro modelo de processo legislativo, nos termos dos artigos 52 e seguintes da Lei Maior de 1824.[169]

Portanto, poderíamos definir a origem histórica de nosso processo legislativo como sendo a síntese da tradição centralizadora e burocrática lusa com as teorias constitucional-positivistas, de sorte que este tipo de formação legislativa foi inserida em nosso ordenamento logo na primeira Constituição, estando presentes essas características desde então, em todas as organizações estatais que se seguiram, até hoje.[170]

---

[167] É o que nos lembra Manuel Villaverde CABRAL: "Aplicados a Portugal, esses traços simultâneos de negatividade e positividade ajudam a entender o processo de consolidação da ideologia administrativa que domina o pensamento político português desde finais do século XVIII, atravessando virtualmente o reformismo iluminista, o liberalismo e o republicanismo. No Brasil, segundo Renato Lessa, uma ideologia administrativa análoga à portuguesa teria tido um momento de apogeu na consolidação da Primeira República sob a presidência de Campos Sales (Sales, 1998; Lessa, 1999). De resto, essa concepção administrativa do exercício do poder vinha já sendo teorizada, se não praticada, desde o Segundo Reinado, pelo Visconde do Uruguai, no seu Ensaio sobre o direito administrativo (1862), onde o autor recupera a lição conservadora de Guizot para ser, por sua vez, recuperado numa perspectiva autoritária por Oliveira Vianna, por exemplo (J. M. Carvalho, 2002b)." Cfr. CABRAL. M.V., *O exercício da cidadania política em perspectiva histórica (Portugal e Brasil).* ob. cit. página 45.

[168] Mais uma vez tomando como exemplo a Constituição de 1824, nela se lê que "a Proposição, opposição, e approvação dos Projectos de Lei compete a cada uma das Camaras," (art. 52), mas o Imperador tinha autonomia para recusar o projeto de lei e, fazendo-o, "responderá nos termos seguintes. - O Imperador quer meditar sobre o Projecto de Lei, para a seu tempo se resolver - Ao que a Camara responderá, que - Louva a Sua Magestade Imperial o interesse, que toma pela Nação." (art. 64). Não esqueçamos, tampouco, do notório Poder Moderador, "chave de toda a organisação Politica," e que era "delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos."

[169] A desconfiança do Governo Imperial quanto ao Poder Legislativo confirmou-se, também, no episódio da disputa pela descentralização administrativa imperial, quando se confirmou, conforme já exposto, a supremacia legislativa da Capital sobre as Províncias.

170 A disciplina do processo legislativo é tratada na Constituição de 1824 no Capítulo IV – "Da Proposição, Discussão, Sancção, e Promulgação das Leis", na de 1891, no Capítulo V – "Das Leis e Resoluções," repetindo-se tal título nas de 1934, 1937 e 1946, com a ressalva que nesta última a Seção V denominava-se

Cumpre reforçar que o procedimento de formação de leis na ordem constitucional brasileira carregou a peculiaridade de ser extremamente dependente do Governo (poder executivo), ao contrário de alguns países em que o Parlamento costuma impor-se de modo mais independente, ou autônomo. Em outros termos, a rígida separação de poderes nunca foi completamente adotada, em virtude de uma relação estatal centralizadora, de modo que a decisão política – entendendo-se a *norma jurídica* como decisão política – sempre foi muito vinculada ao chefe de governo, e isso não apenas nos períodos mais autoritários: o modelo de presidencialismo instaurado com a Constituição de 1988 estabelece uma relação que denota a chamada "hipertrofia do Executivo," muito criticada pelos estudiosos do assunto.

Assim sendo, não cabe tecer maiores comentários a respeito das origens do modelo de processo legislativo adotado no Brasil, porquanto ele representa cópia teórica dos exemplos constitucionais encontrados na Europa e Estados Unidos da América, permanecendo tal tendência ao longo dos anos, sem maiores inovações. Não se tem notícia de qualquer novidade quanto a esse mister, de modo que nossos legisladores constitucionais, que nunca primaram pela originalidade na criação de modelos inéditos ou genuinamente nacionais, repetem também quanto a este assunto o mesmo vício.

Dito isso, podemos agora oferecer uma definição teórica do que é, dentro do contexto sócio-constitucional em estudo, o *processo legislativo*.

2. Conceito de processo legislativo.

Com vistas a conceituarmos o processo legislativo fizemos, em primeira mão, uma análise do *discurso oficial* com a leitura de consagrados doutrinadores do direito constitucional, que nos fornecem definições mais ou menos parecidas quanto ao seu conteúdo.

De modo geral, os pensadores consultados são unânimes em definir o processo legislativo como sendo uma *sucessão de atos pré-ordenados* que levarão, ao seu cabo, à criação da norma jurídica.[171] A explicação semântica igualmente costuma ser levada em

---

simplesmente "Das Leis." Somente a partir da Constituição de 1967 é que a seção se denomina "Do Processo Legislativo", nome que se repetiu na Carta de 1988.

[171] Nesse sentido, podemos citar José Afonso da SILVA, para quem "O processo legislativo pode ser definido em termos gerais como o *complexo de atos necessários à concretização da função legislativa do Estado.*" Cfr. SILVA. J.A. *Processo Constitucional...* ob. cit., página 41, itálicos no original. Ao tratar do *procedimento legislativo*, Nino OLIVETTI afirma tratar-se de "uma seqüência juridicamente pré-ordenada de atividades de vários sujeitos na busca de um determinado resultado: a formação ou a rejeição da lei." Cfr.

consideração, lembrando-se contumazmente que *processo* vem do latim "procedere," significando *caminhada, marcha avante.* Assim sendo, o termo *processo* seria usado para dar a idéia de fomento, elaboração, concretização de um produto, que no caso em estudo, é a lei. Suceder-se-iam atos, ou fases, cada um com a sua específica função, que, uma vez ultrapassados, darão azo a novas etapas que, ao seu termo e uma vez superados em sua totalidade, *necessariamente* desembocarão numa norma jurídica.

A título de exemplo, citamos José Afonso da SILVA que obtempera que "a função legislativa concretiza-se através de um complexo de atos, que vai da *iniciativa legislativa* até a *promulgação da lei*." Diz mais: "Essa série de atos coordenados desenvolve-se no tempo e tende à formação de um ato final; donde decorre a idéia de *procedere*, ou seja, *dirigir-se* para uma meta, e o nome *processo*, dado a esse conjunto de atos, postos em movimento, no exercício da função legislativa."[172] O *processo legislativo,* para a teoria jurídica mais reconhecida, consiste exatamente nisso: um molde, uma forma pré-estabelecida que vai disciplinar, ou limitar o escopo e o procedimento que o Estado seguirá para formar as normas jurídicas que regerão a sociedade.

De outra sorte, visando atender às aspirações de nossos estudos, entendemos que essas definições não são suficientes, pois o processo de formação de leis há de ser definido tomando também em conta sua natureza de *relação jurídica*, uma vez que tal caracterização impactará diretamente no estudo das *funções* do processo legislativo, que analisaremos em item apropriado. De fato, a tomá-lo exclusivamente como uma singela seqüência de atos puramente formais, estaríamos deixando de lado a análise dos aspectos sócio-políticos abarcados pelo procedimento legislativo. Estudando o *iter* processual não como tema isolado, mas em seu envolvimento com os demais elementos do cenário estatal – mormente das relações de poder estabelecidas – esperamos chegar a algumas conclusões ao menos mais abrangentes.

A primeira é que, por se tratar de *relação*, implica o processo legislativo necessariamente numa ligação, numa conexão entre pessoas. Esse liame se dá sob vários enfoques, mas aquele que nos parece fundamental é o *da relação havida entre aqueles que oferecem uma proposta legislativa e aqueles que se opõem a ela*. Explicamos melhor: o

---

OLIVETTI. N. *Processo Legislativo*. in in BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. *Dicionário de Política.* Vol. II. 5ª edição, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000, página 966. J.J. Gomes CANOTILHO, por sua vez, diz que "designa-se por procedimento legislativo a sucessão de actos (ou de fases, consoante a posição doutrinal respeitante à natureza de procedimento) necessários para produzir um acto legislativo." Cfr. CANOTILHO. J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. ob. cit. página 871.

[172] Cfr. SILVA, J.A. *Processo Constitucional...* ob. cit., página 40, itálicos no original.

relacionamento que justifica e, mais do que isso, dá vida ao procedimento legislativo é fundamentalmente o debate, a contraposição – no mais das vezes de idéias ou posturas políticas – que levarão à aprovação, ou não, da norma jurídica em fomento. Destarte, teremos no plano institucional de um lado aqueles que apóiam a medida e, de outro, aqueles que se opõem ou, ao menos, propõem-lhe alterações (emendas).[173]

Nesta mesma seara, para José Afonso da SILVA, o procedimento da elaboração da lei constituiria uma "lide legislativa," acrescendo mais um ente nessa relação, qual seja, a *sociedade*. Assim, considerando que "o conteúdo dos atos legislativos reflete o conteúdo ideológico dominante, representado pelos detentores do poder político," estabelecer-se-ia, "uma *lide política* que se concebe como um *conflito ideológico qualificado por uma pretensão social, resistida pelos detentores do poder.*"[174] Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, de sua parte, aduz que "a elaboração da lei nos Estados democráticos pluralistas tende a transformar-se numa luta, onde todas as armas são empregadas."[175] O relacionamento se daria então de forma multipartida, inserido nos teoremas em cotejo: entre a sociedade que supostamente formularia um pleito por uma norma reguladora ao Estado e, nas instituições desse mesmo Estado, entre os que aquiescem ou contestam a existência e conteúdo dessa norma. Da *síntese* dessa relação, nos termos da opinião defendida pelos constitucionalistas mencionados, decorreria a positivação do direito.

De outra sorte, o fato de ser qualificada como *relação*, mas *jurídica*, significa dizer que ela se desenvolverá dentro de limites *legais* (preferencialmente positivados) pré-estabelecidos; vale dizer, o processo legislativo não escapa – ao contrário, submete-se totalmente – ao esquema do *princípio da legalidade* onde todos os atos jurídicos deverão necessariamente seguir os ditados de uma norma para serem tidos como válidos. No caso brasileiro, essa norma é precipuamente a Constituição Federal, que disciplina o *Processo Legislativo* na Seção VIII (arts. 59 a 69).

Ou seja, é importante para a dogmática do *Estado de Direito* que cada etapa seja escorreitamente seguida, preenchendo todos os requisitos (seguindo regras pré-estabelecidas), para que o procedimento seja reconhecido dentro do contexto como válido e, portanto, seu produto aceito como legítimo. Somente dessa forma, ao menos em tese, o

[173] Essa opinião é compartilhada por José Afonso da SILVA: "O processo legislativo parlamentar serve para acertar e resolver as contradições dos interesses representados nas Câmaras Legislativas, numa síntese que vem a ser a lei jurídica. Vale para o processo legislativo o que disse Couture para o processo judicial: 'chega-se à verdade por oposições e refutações: por téses, antíteses e sínteses.'" Cfr. SILVA, J.A. *Processo Constitucional*... ob. cit., página 42.
[174] Cfr. SILVA, J.A. *Processo Constitucional*... ob. cit., página 133, itálicos no original.
[175] Cfr. FERREIRA FILHO. M.G. *O processo legislativo*. ob. cit. página 257.

processo legislativo alcançará todos os seus escopos. Caso a realização de algum dos atos seja mitigada, ignorada, ou eivada de vício, todo o processo estará contaminado – tal é a opinião geral que pode ser colhida na opinião dos especialistas e principalmente da jurisprudência constitucional.[176] Da leitura da retórica oficial, aliada à versão dada por seus intérpretes e operadores, extraímos que a exemplo de uma fórmula química, em que um ingrediente mal dosado ou de consistência impura prejudica por completo a obtenção do produto final, o defeituoso cumprimento de uma das etapas do processo legislativo levará a uma lei nula, ou insubsistente no ordenamento.[177]

Explica-se esse rigor porquanto, ao menos na seara do discurso dos *Estados de Direito* – extremamente formalista – cada fase tem a sua razão específica de ser; uma motivação de origem técnica, pretensamente científica, segunda a qual *sem a superação de determinada etapa, o produto do processo não será apto aos fins a que se destina*. Vale dizer: será formalmente inválida a lei levada à votação em plenário que não for aprovada pelas Comissões pertinentes; a lei que seguir todos os trâmites perante o Congresso, mas que não for sancionada pelo Presidente; por fim, encerrando essa lista de exemplos, uma norma sancionada, mas cuja fonte de iniciativa não tiver competência constitucional ou legalmente prevista. Não deverá, pois, existir *ato inútil* no processo legislativo: cada etapa terá o seu papel e razão de ser dentro da inflexível lógica procedimental.[178]

De outra sorte, ainda dentro dessa visão teórica, afirma-se que o procedimento legislativo seria um conjunto, ou sucedâneo de atos "*realizados pelos órgãos legislativos e*

---

[176] Neste sentido, reproduzimos decisão monocrática do Ministro Celso de Mello que, citando vasta doutrina constitucional alienígena, afirma que o "processo de positivação do direito subordina-se a esquemas rigidamente previstos e disciplinados na Constituição. Em conseqüência, a estrita observância das normas constitucionais condiciona a própria validade dos atos normativos editados pelo Poder Legislativo (CARL SCHMITT, "Teoria de La Constitución", p. 166, 1934; PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, "Diritto Costituzionale", vol. I/433-434, 1949; JULIEN LAFERRIÈRE, "Manuel de Droit Constitutionnel", p. 330, 1947; A. ESMEIN, "Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé", vol. I/643, 1927; SERIO GALEOTTI, "Contributo alla Teoria del Procedimento Legislativo", p. 241)." Cfr. Supremo Tribunal Federal, decisão proferida no MS 23087 MC / SP, datada de 30/6/1998.

177 É o que afirma também, à guisa de complemento, o Ministro Humberto Gomes de Barros: "O princípio do "due process of law" estende-se a gênese da lei. Uma lei mal formada, vitima de defeitos no processo que a gerou, é ineficaz; a ninguém pode obrigar." Cfr. Superior Tribunal de Justiça, RMS 7313 / RS, Primeira Turma, Julgado em 20/3/1997, v.u.

[178] Confirmando as nossas afirmações, reproduzimos o seguinte trecho escrito por José Celso de MELLO FILHO: "O procedimento legislativo subordina-se a esquemas rigidamente previstos e disciplinados na Constituição e nos regimentos internos, cujas regras não podem, pelo seu aspecto imperativo, ser afastadas, contornadas, ou simplesmente ignoradas. Vícios, como a inobservância dos princípios que regem a iniciativa legislativa, ou o desrespeito à competência regimentalmente estabelecida das comissões, ou, ainda, a inadequação formal do meio utilizado para provocar a manifestação do Poder Legislativo, infirmam, de modo absoluto e irremediável, a validade do processo de elaboração normativa." Cfr. MELLO FILHO. J.C. *Aspectos da elaboração legislativa*. in Revista Justitia nº 42, jan/mar 1980, página 58.

órgãos cooperadores para o fim de promulgar leis."[179] Contestamos, no entanto essa definição no que tange à fonte primitiva de elaboração das leis que, segundo parte dos pensadores citados, deveria se dar "no âmbito do Congresso Nacional."[180] Com efeito se, como afirma parte dos teóricos do processo legislativo, o *procedimento de elaboração de leis* define-se como "o conjunto de atos que uma proposição normativa deve cumprir para se tornar uma norma de direito,"[181] é mais do que sabido que, no Estado brasileiro, a criação das sobreditas "normas de direito" não é atribuição exclusiva dos Parlamentos. O que com isso estamos dizendo é que a *relação processual* não se desenvolverá *necessariamente* no Congresso Nacional. De fato, à luz de todas essas definições doutrinárias, em cotejo com a concepção sócio-política que vimos adotando neste trabalho a respeito de lei, sustentamos que o processo legislativo não se limita ao procedimento de formação de normas jurídicas *dentro* dos parlamentos.

De fato, como dissemos, a *lei positiva* é aquela norma jurídica emanada do ente estatal, e que se impõe à sociedade por sua origem política – o Estado Soberano. Assim, revela-se de duvidosa importância, para fins de legitimação política e de seu reconhecimento na comunidade, que ela tenha sido formatada como fruto de debates parlamentares. O clássico caso das *medidas provisórias* não nos deixa mentir: trata-se de atos normativos, editados em caráter excepcional pelo Presidente da República, "com força de lei" nos dizeres do dispositivo constitucional, e que gerarão todos os efeitos de uma lei ordinária, desde que atendidos os pressupostos que lhes são pré-impostos pelo artigo 62 da Constituição Federal.[182] Não é uma lei votada no parlamento – ainda que tenha de ser por ele ratificada –, nem que segue o clássico procedimento de elaboração (com iniciativa, análise, debates, e votação); mas, no entanto, ninguém lhe negará a natureza de regra jurídica, dotada de ampla aceitação, legitimidade e de efetividade na ordem constitucional atual. Outras tipologias normativas, como veremos, tampouco são formatadas pelos Parlamentos, mas apesar disso se constituem e efetivamente integram o ordenamento jurídico pátrio.

Mas onde estaria, poder-se-ia indagar, nos casos de leis não submetidas aos Parlamentos, a tal *relação de representação*, ou ainda a *dialética pluralista*, elementos

---

[179] Cfr. SILVA. J.A. *Processo Constitucional*... ob. cit., página 42, itálicos no original.
[180] MENDES. G., COELHO. I.M. e BRANCO P.G.G. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008. página 873.
[181] MENDES. G., COELHO. I.M. e BRANCO P.G.G. *Curso de Direito Constitucional*. ob. cit. página 873.
[182] Cuja redação, dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, é a seguinte: "Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional."

fundamentais na lógica constitucional democrática? Esse é justamente o ponto em que contestamos essa visão e escancaramos as contradições deste específico trecho do discurso liberal-positivista: o *Estado de Direito* não impõe somente leis originadas dos mandatários sufragados pelo corpo eleitoral. Isso é fato, reconhecido aliás pelo próprio ordenamento em diversos momentos: há inúmeras normas, que versam sobre os mais variados assuntos e alcançam incontáveis relações jurídicas que não decorreram de nenhum debate e por vezes sequer foram criadas por *representantes eleitos pelo povo*, mas que nem por isso deixam de ser obedecidas, ou perdem sua força executória.[183]

A circunstância da lei ter sido votada num parlamento (como uma lei ordinária), emitida pelo Chefe do Executivo (como uma medida provisória), ou editada pelo responsável por determinado órgão público (caso de uma portaria) mostra-se secundária, no contexto da relação ou, melhor dizendo, justificativa da relação de poder. Muito embora o *sistema processual de elaboração legislativa* tenha se instaurado sob a égide da *separação de poderes*, *divisão de competências* e *representatividade política*, a prática tem mostrado que o que confere legitimidade à lei é muito mais o cumprimento dos ritos formais do que o sentimento de participação política. O fato, parece-nos, é que a norma jurídica se imporá a todos – e aqui falamos estritamente de uma questão de legitimidade política, dentro do discurso do ordenamento jurídico brasileiro e atual – desde que oriunda de órgão do Estado competente e atendidos os seus ritos formais de criação (como procedimentos, competência legislativa, não estar em confronto com nenhuma norma hierarquicamente superior, etc...).

É importante nos fixarmos nessa questão, pois ela vai influir não apenas na formação de nossa definição do que é processo legislativo, como também na compreensão do alcance dos discursos que sustentam esses procedimentos de feitura de normas jurídicas. A retórica não se fundamenta em seu aspecto parlamentar ou representativo: ela encontra fulcro na circunstância de ela se originar da instituição estatal, sendo secundária a existência de relação de representatividade.

Por essas razões, nos permitimos definir o *processo legislativo* como sendo a *relação jurídica constituída de uma seqüência de atos que, uma vez atendidos os requisitos*

183 Apenas para citarmos alguns exemplos, o já mencionado artigo 62 da Constituição Federal que confere "força de lei" às medidas provisórias, ou ainda o artigo 100 do Código Tributário Nacional que denomina "normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas."

de formalidade, competência e acolhimento no ordenamento pré-existente, resultará na criação de uma norma estatal.

Isto posto, veremos agora de forma sintética como o ordenamento jurídico – essencialmente o constitucional – regulamentou o procedimento legislativo brasileiro.

3) O procedimento legislativo na ordem constitucional brasileira.

Conforme dito acima, muito embora concentremos nossos esforços no estudo do processo legislativo que chamaríamos de *ordinário* (que se dá na seara parlamentar clássica), também veremos como se dá a feitura de outros gêneros normativos de nosso ordenamento, cujos procedimentos denominaremos de *extraordinários* (que têm lugar *fora* dos parlamentos).

Fazemos isso sabendo do risco de sermos alvejados por críticas, até mesmo porque temos pleno conhecimento do que ensinam grandes mestres do direito constitucional. Porém, escolhemos permanecer fiéis ao nosso entendimento segundo o qual o processo legislativo, para os fins deste trabalho, não é apenas aquele que desembocará na Lei oriunda dos trabalhos parlamentares, mas qualquer procedimento do qual surgirá uma regra jurídica imposta pelo Estado à sociedade como um todo.

Dito isso, começaremos a análise pelo tipo mais comum de procedimento legislativo, ao qual denominamos *ordinário*, e que há de ser também observado nos demais entes federados.[184].

3.1. O processo legislativo ordinário.

Todo *processo* – considerando se tratar de uma *marcha adiante* – precisa de um ato inicial para se desenvolver; no caso do processo legislativo, o momento em que ele debuta é o da *iniciativa da lei*. Costuma-se dizer que tão logo o Estado reconheça que existe uma pretensão, ou um anseio social para que determinada atitude seja por ele

[184] Esse é o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal – confiramos o trecho de acórdão seguinte, que analisou hipótese de aplicação das regras gerais constitucionais ao processo legislativo em nível estadual: "As regras básicas do processo legislativo federal são de absorção compulsória pelos Estados-membros em tudo aquilo que diga respeito - como ocorre às que enumeram casos de iniciativa legislativa reservada - ao princípio fundamental de independência e harmonia dos poderes, como delineado na Constituição da República." Cfr. ADI 1434 / SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1999, m.v.

regulamentada, cuidarão os seus prepostos em submeter o tema ao crivo da norma estatal (*positivação do direito*).

No caso do processo legislativo *ordinário*, tal se dará por meio da apresentação de um *projeto de lei* à casa parlamentar respectiva. Para apresentação de tal projeto – que deverá necessariamente seguir as formas pré-determinadas – exige o ordenamento jurídico que a pessoa responsável detenha *competência* para tanto, o que no caso brasileiro vem regulamentado no artigo 61 da Carta Republicana; o dispositivo constitucional diz que "a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos."[185] O rito de emendas à constituição é um tanto mais rigoroso: a propositura de alteração no texto constitucional, ante a sua excepcionalidade, somente poderá ocorrer "mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros." (CF, art. 60), mas nunca "na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio." (§1º do art. 60).

Elaborado e apresentado o projeto de lei à Casa competente, ele deverá ser analisado pelas Comissões responsáveis por seu estudo, que ao final emitirão um parecer aprovando, rejeitando, ou ainda propondo-lhe emendas.[186] As *Comissões* são objeto do artigo 58 da Constituição Federal, sendo certo que o tratamento normativo dos detalhes

[185] A interpretação quanto à competência para propositura de leis é bastante rigorosa na Suprema Corte brasileira. Vejamos o que se decidiu na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 776/RS em que se discutia a possibilidade do Poder Legislativo fixar por lei um limite de idade para concursos públicos, matéria esta cuja iniciativa e disciplina seria reservada ao chefe do Executivo: "O respeito às atribuições resultantes da divisão funcional do Poder constitui pressuposto de legitimação material das resoluções estatais, notadamente das leis. - Prevalece, em nosso sistema jurídico, o princípio geral da legitimação concorrente para instauração do processo legislativo. Não se presume, em conseqüência, a reserva de iniciativa, que deve resultar - em face do seu caráter excepcional - de expressa previsão inscrita no próprio texto da Constituição, que define, de modo taxativo, em "numerus clausus", as hipóteses em que essa cláusula de privatividade regerá a instauração do processo de formação das leis. - O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo legislativo, quando resultante da usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do diploma legislativo assim editado, que não se convalida, juridicamente, nem mesmo com a sanção manifestada pelo Chefe do Poder Executivo." Cfr. STF, ADI 776 MC / RS, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/92, v.u.

[186] Georges LANGROD define as comissões como sendo um "fenômeno de fracionamento político do corpo parlamentar, com o fim de proceder a uma espécie de 'instrução' sobre cada projeto e proposta de lei, a uma discussão preliminar em seu seio, para a preparação do relatório destinado a ser submetido à Câmara como base de sua discussão." "Em princípio," continua o pensador francês, "é mister que toda matéria seja detidamente reexaminada por um pequeno comitê, que melhor conheça o objeto de discussão e seja capaz de tratar, de modo mais eficaz, de todos os detalhes técnicos do texto." Cfr. LANGROD. G. *O Processo Legislativo na Europa Ocidental.* Rio de Janeiro: FGV. 1954. páginas 71/72.

procedimentais foi relegado aos Regimentos Internos das Casas Legislativas.[187] Compostas por membros do Parlamento escolhidos conforme a distribuição de cadeiras por partido (mais uma vez destacamos a importância do quesito *maioria parlamentar* nos trabalhos parlamentares), as Comissões examinarão aspectos *temáticos* (*Comissão de Finanças e Tributação, Comissão de Informática*, etc...) e *formais*, caso da *Comissão de Constituição e Justiça* (CCJ). As primeiras examinarão temas técnicos ligados ao conteúdo da norma, e a segunda analisará a adequação daquela norma ainda nascitura dentro do ordenamento jurídico, ou seja, se ela não se choca com nenhuma norma constitucional, ou hierarquicamente superior, se ela atende aos requisitos de técnica e forma legislativa, etc. (aspectos técnico-formais).

Será submetido o projeto à votação *dentro dessas comissões* e, uma vez aprovado, encaminhado ao plenário para discussão e votação.

Conquanto o documento por elas emitido seja denominado *parecer*, não se pode atribuí-las papel *meramente consultivo*. Muito embora se diga que a função das comissões é *preparatória*, a experiência parlamentar brasileira tem mostrado um profundo respeito pelos trabalhos dessas comissões, cujas opiniões são no mais das vezes acatadas *quanto ao seu conteúdo técnico*. Como se não bastasse, é facultado aos membros das comissões apresentarem *emendas* ao projeto de lei, o que demonstra a existência de "poder de iniciativa legislativa," nos dizeres de José Afonso da SILVA.[188] Por fim, elas podem determinar o arquivamento de projetos de lei, desde que originados de membros de sua própria instituição, vale dizer, compete-lhes também pôr fim à pretensão legislativa antes mesmo dela ser submetida ao Plenário.[189]

Dito de outra forma, submetidos e aprovados os projetos de lei pelas comissões, ao menos sob a ótica do *procedimento legal*, pode-se dizer que a norma proposta atendeu aos requisitos técnicos e formais de validade, faltando-lhe apenas a aprovação *política* pelos parlamentares. A pressuposição geralmente aceita é que se o projeto de lei for chancelado pela comissão técnica respectiva, significa dizer que ele passou por uma

187 *In verbis*: "Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação."

188 Cfr. *Processo Constitucional de Formação das Leis.* ob. cit., página 110.

189 Foi o que aconteceu, por exemplo, com a Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 373/2009, que pretendia alterar o texto constitucional para permitir "a reeleição para até dois mandatos subsequentes (terceiro mandato sucessivo) para o Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos", de autoria do Deputado Federal Jackson Barreto (PMDB/SE). Ela foi arquivada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania que, à unanimidade, opinou pela inadmissibilidade da proposta, uma vez que estaria "fulminada de inconstitucionalidade, atingindo valores e elementos essenciais do Estado democrático-republicano, consagrado pelo texto constitucional de 1988," nas palavras do Relator, Deputado José Genoíno (PT/SP).

análise de caráter técnico, setorizado. A passagem pelas comissões representa, fundamentalmente em matéria de processo legislativo, o momento em que a propositura normativa ultrapassará o crivo especializado da Casa Parlamentar.

Assim sendo, após aprovação das Comissões, portanto, o projeto de lei será submetido à discussão plenária e, se em termos, à votação.

Os debates são regulamentados pelos Regimentos Internos das Casas Legislativas, de modo que eles poderão ocorrer sobre todo o projeto ou, se convier ao Plenário, os trabalhos serão divididos (por Capítulos, Seções, artigos), conforme o volume de assuntos que se apresentam. Será dada ampla possibilidade aos membros do parlamento se manifestarem por meio de discursos, momento após o qual, encerrados os debates, estará a proposição legislativa em condições de ser votada.

A votação se dará desde que preenchido o requisito do *quórum mínimo*, sendo certo que os votos podem ser manifestados de três formas: *votação simbólica*, *nominal* e *por escrutínio secreto*, sendo este último previsto, por exemplo, no parágrafo 4º do artigo 66 da Magna Carta.[190] A aprovação do projeto de lei se dará por maioria simples ou absoluta, conforme se trate de lei ordinária ou complementar, nos termos determinados pela Constituição Federal.[191] Em se tratando de proposta de emenda constitucional, o Texto Fundamental exige, no parágrafo 2º do artigo 60, discussão e votação "em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada [a proposta] se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros." Ao termo da votação, o texto aprovado será submetido à fase de *autógrafo*, quando se redigirá a versão final da norma no âmbito do Poder Legislativo.

Vale ressaltar ainda que, no caso do processo legislativo ordinário federal, onde vigora o bicameralismo, uma vez encerrada a votação e aprovado o projeto na Casa iniciadora, após redação final, será remetido à Casa revisora. Se aprovado sem ressalvas, será levado a sanção do Presidente; havendo emendas, deverá o Projeto de Lei ser devolvido à Casa de origem para rejeição ou aprovação somente das emendas sugeridas.[192] Havendo rejeição das emendas na Casa iniciadora, no entanto, o projeto será desde já

190 "§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto."
191 O artigo 47 afirma que "Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros." e o 69 determina que "As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta."
192 Conforme se lê no artigo 65 da Carta Constitucional de 1988: "Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora."

enviado para Sanção, sem nova oportunidade de revisão, o que denota a supremacia da Casa iniciadora, que no mais das vezes é a Câmara dos Deputados no sistema constitucional pátrio.

Encaminhado o projeto de lei ao Presidente da República, iniciar-se-á o prazo legal para sanção, que poderá ser *total* ou *parcial* (art. 66, § 1º), *expressa* ou *tácita* (art. 66, § 3º); o veto, por sua vez, somente será admitido na forma expressa.[193] Essa decisão, como sói acontecer em qualquer ato da administração, há de ser devidamente fundamentada, mesmo sendo qualificada como *discricionária*, pois qualquer modificação entabulada pelo Governo no texto aprovado pelo parlamento corresponde, dentro da lógica da separação *pura* de poderes, uma ingerência, ou mitigação do princípio de independência e autonomia entre legislativo e executivo.

Em qualquer das hipóteses de ser rejeitada a proposição normativa (veto presidencial, rejeição pelo plenário ou ainda da casa revisora), será ela arquivada, não podendo mais ser objeto de deliberação na mesma sessão legislativa, a não ser "mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional." (CF, art. 67). As emendas constitucionais não poderão em nenhuma hipótese ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, a teor do parágrafo 5º do artigo 60 da Magna Carta.

O texto sancionado já será uma Lei (não mais um projeto), encerrando-se a sua fase de elaboração com a sanção presidencial, na medida em que, tão logo ela ocorra, os termos da norma não mais sofrerão qualquer alteração, não ao menos por parte dos entes responsáveis por sua feitura.[194]

---

193 Todo esse trâmite vem previsto expressamente no artigo 66 da Magna Carta: "Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto. § 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. § 7º - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo."

194 Segundo José Afonso da SILVA: "A sanção constitui, assim, não mera ratificação ou confirmação de uma lei nascida, mas a adesão pelo chefe do Poder Executivo ao projeto aprovado pelo Congresso, de tal sorte que, enquanto ela não se manifesta, a obra legislativa não se encontra definitivamente formada. Em realidade, no caso, existem duas vontades legislativas paralelas, a do Governo e a das Câmaras, cujo concurso é constitucionalmente necessário para o nascimento mesmo da lei. A sanção, pois, visto que associa o Chefe do

A lei (e não mais o projeto, como dissemos) será compulsória e necessariamente *promulgada* seja pelo Presidente da República, pelo Presidente do Senado ou, em última instância, pelo Vice-Presidente do Senado, nos termos do parágrafo 7º do artigo 66 da Constituição Federal, tratando-se de verdadeira *obrigação* constitucionalmente prevista. Esse ato de *promulgar a norma jurídica* "visa a dar ciência a todos que uma lei foi votada e aprovada pelo Congresso e demais autoridades que participam do seu processo de formação,"[195] segundo o magistério de José Afonso da SILVA.

Uma vez ocorrida a *promulgação*, será a norma publicada em Diário Oficial, quando ganhará *eficácia* normativa, ante o imperativo do nosso ordenamento jurídico – especificamente no artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil – segundo o qual "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece;" e a publicação supre exatamente essa função: tornar *pública, de conhecimento geral da sociedade*, a norma jurídica.

Encerrada essa breve descrição, esclarecemos que não nos detivemos propositadamente na análise do processo legislativo ordinário de algumas formas normativas previstas na Constituição Federal de 1988: as *leis delegadas*, os *decretos legislativos*, as *leis orçamentárias* e as *resoluções*.

As *leis delegadas* porquanto são espécie normativa em *vias de extinção* pelo desuso, sobretudo considerando que o Poder Executivo dispõe das medidas provisórias, mecanismo constitucional mais efetivo e independente de qualquer autorização congressual. Os decretos serão estudados quando verificarmos o procedimento de fomento das medidas provisórias e dos tratados internacionais, onde se fazem mais presentes esses tipos legais. Por fim, as resoluções e as leis orçamentárias são regramentos de limitado escopo, cujo *iter* não merece maior atenção de nossa parte, uma vez que não consubstanciam temas relevantes na discussão envolvendo a participação popular no processo legislativo, assunto de nosso trabalho.

Por outro lado, gostaríamos de esboçar algumas palavras a respeito de procedimentos *extra-ordinários* de elaboração de leis, em outros termos e conforme dissemos antes, aqueles que não tiveram origem nem trâmite majoritário no Poder Legislativo.

Estado à adoção da lei, é um ato eminentemente legislativo." Cfr. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. ob. cit., página 209.

[195] Cfr. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. ob. cit., página 233.

3.2. Processos legislativos extraordinário

Em virtude da infinita demanda de espécies normativas que emerge da sociedade plural na qual vivemos, conjugada com o modelo de direito exclusivamente estatal-positivista, é sabido que os Parlamentos simplesmente não conseguem atender aos pleitos sociais por novos diplomas legais. Alguns anunciam tal fenômeno como sendo conseqüência das modificações promovidas pelas inovações tecnológicas,[196] ou ainda pela globalização. De nossa parte, entendemos que a ambiciosa meta de positivar *todo o direito* que regula a sociedade, proposta pelo *Estado de Direito* é tão vã quanto inalcançável.[197]

As mudanças ocorridas em qualquer sociedade – e não apenas as modernas sociedades ditas *de massa* – somente escancaram a arapuca armada pelo próprio Estado-legislador: sua produção legislativa sempre estará aquém da pluralidade de relações e hipóteses jurídicas, não importando o volume de diplomas legais expedidos, que se agiganta cada vez mais.

De qualquer modo, essa *inflação legislativa* leva o Estado positivista a engendrar saídas que contradizem alguns postulados que lhe deram origem, como é o caso da *teoria da separação de poderes* ou ainda da *representação política.*[198] No que tange ao nosso tema de estudo – processo legislativo – para dar cabo à crescente *demanda legislativa* (cada vez mais *ávida*, seja em extensão ou em diversidade de assuntos), o ordenamento

[196] De acordo com José Eduardo FARIA: "Ao modificar profundamente os modos de organização do trabalho e da produção, as transformações tecnológicas em curso nas economias industrializadas causaram um enorme impacto no âmbito do direito positivo, comprometendo a efetividade de alguns de seus principais institutos, como é o caso da legislação social e trabalhista. Entre nós, o Estado, diante da crescente inefetividade dessa legislação, vem reagindo por meio da edição de sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas que, intercruzando-se continuamente, produzem inúmeros microssistemas legais e distintas cadeias normativas." Cfr. FARIA. J.E. *A inflação legislativa e a crise do Estado no Brasil*. in. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – Centro de Estudos. Volume 42. Dezembro de 1994. página 167.

[197] Essa é a impressão de José Eduardo FARIA, para quem "quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema econômico, convertendo numa intricada teia regulatória e numa complexa rede de microssistemas esse ordenamento jurídico altamente 'inflacionado' (em termos de quantidade de regras e da variabilidade de suas formas) e dotado de um formalismo meramente de 'fachada' (graças ao crescente recurso do legislador ao conceitos jurídicos indeterminados, às normas programáticas e às cláusulas gerais), menos o Estado parece capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito a suas ordens." Cfr. FARIA. J.E. *A inflação legislativa*...ob. cit., página 170.

[198] "Por causa dessas modificações no âmbito de nosso ordenamento jurídico," ensina José Eduardo FARIA, "a tradicional concepção do direito como um sistema fechado, hierarquizado e axiomatizado está sendo substituída pela visão do direito como uma organização de regras sob a forma de 'rede,' dadas as múltiplas cadeias normativas, com suas interrelações basilares aptas a capturar, pragmaticamente, a complexidade da realidade sócio-econômica. Enquanto a concepção tradicional faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem jurídica, o sistema normativo sob a forma de 'rede' se destaca pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes e pela provisoriedade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais." Cfr. FARIA. J.E. *A inflação legislativa*...ob. cit., página 167.

jurídico prevê diversas ocasiões em que normas jurídicas não serão criadas pelo Parlamento (poder legislativo), mas por outros entes estatais, no mais das vezes instituições ligadas ao Poder Executivo.

Enumeramos e trataremos das seguintes hipóteses normativas: i) medidas provisórias; ii) tratados internacionais; iii) normas das agências reguladoras; iv) atos da administração pública e; v) súmulas vinculantes. Começaremos pela mais notória hipótese de lei formatada seguindo procedimento não parlamentar, qual seja, a das medidas provisórias, regulamentadas no artigo 62 da Carta Republicana.

i) Medidas Provisórias.

Trata-se de ato privativo do Presidente da República que, "em caso de relevância e urgência," adotará as medidas que entender cabíveis, sendo-lhe vedado tratar de uma série de matérias, conforme consta do parágrafo 1º do dispositivo constitucional acima mencionado.[199]

Não obstante serem as medidas provisórias normas eficazes e válidas desde a sua edição, é elevada a discricionariedade na feitura dessa espécie normativa facultada ao Chefe do Executivo,[200] cabendo-lhe preencher apenas os requisitos de *relevância* e *urgência*, com a qual a interpretação legal e jurisprudencial tem sido *generosamente* abrangente: via de regra, esse critério da urgência e relevância – até mesmo pela

199 *Verbis*: "§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III - reservada a lei complementar; IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República."

200 Isso embora o Supremo Tribunal Federal insista em realçar que a observância dos critérios constitucionais submetem-se ao crivo daquela corte – assim, o Ministro Celso de Mello decidiu que "Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. (...) - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais." Cfr. ADI 2213 MC / DF, Tribunal Pleno, julgado em 4/4/02, m.v.

subjetividade nele inserido – não representa obstáculo à aprovação das Medidas Provisórias.[201]

Ao contrário de abalizadas opiniões colhidas na doutrina constitucional clássica,[202] cremos que o procedimento legislativo das medidas provisórias perante o Parlamento efetivamente existe, mas ele se dá *a posteriori*. Vale dizer, *após* a edição do ato normativo, que não obedece propriamente a nenhum rito – o Presidente simplesmente edita e publica a Medida Provisória – ele se submeterá ao crivo do Congresso Nacional, a começar pela Câmara dos Deputados (§ 8º), que poderá rejeitá-lo ou acolhê-lo, dentro dos prazos e procedimentos previstos no artigo 62 da Magna Carta de 1988. As medidas provisórias perderão eficácia "se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias," (§ 3º), levando-se em conta que a análise pelo Congresso, ao menos em princípio, "dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais," (§ 5º) e passará por Comissão mista das Casas Legislativas, que emitirá parecer ao seu respeito (§ 9º).

As disposições constitucionais retratadas permitem ao desavisado exegeta concluir pela ampla submissão das medidas provisórias ao julgamento do Congresso Nacional,[203] mas a realidade se mostra bem diferente. Os reféns *de fato* desse procedimento normativo são os membros do Poder Legislativo, que se vêm obrigados a analisar o mérito de regramentos que já estão em vigor, gerando efeitos práticos no ordenamento legal. A revogação das relações jurídicas emergentes dessa situação tem um custo político para o Congresso, nem que seja pela singela mitigação da *segurança jurídica*, elemento tão caro à nossa organização estatal. Por essa razão, no mais das vezes as medidas provisórias acabam convertidas em lei, mesmo que seguindo um procedimento de elaboração extremamente *sui generis*.

---

[201] Exceção recente há de ser realçada, no entanto: na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048/DF, o Pleno do Supremo Tribunal Federal concedeu liminar suspendendo a Medida Provisória 405/2007, convertida na Lei 11.658/2008, que concedia créditos extraordinários, ao argumento que ela "configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários." Cfr. STF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 14/5/08, m.v.

[202] Para José Afonso da SILVA, "as *medidas provisórias*, a rigor, não são objeto do processo legislativo, porque não são elaboradas pelo Poder Legislativo, pois sua formação não se dá por esse processo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República." Cfr. *Processo constitucional de formação das leis*. ob. cit. página 42, itálicos no original.

203 Isso se percebe da leitura dos parágrafos 6º, 7º e 10º do artigo 62: "§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo."

ii) Tratados Internacionais.

Outra hipótese de inserção de normas jurídicas no ordenamento brasileiro e que não segue o processo *ordinário* de fomento é a promulgação de *tratados internacionais*. Esses diplomas legais têm natureza de *lei ordinária*, seguindo a exegese do Supremo Tribunal Federal,[204] ou ainda de *Emendas Constitucionais* quando se tratar de "tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos," nos dizeres do parágrafo 3º do artigo 5º da Lei Fundamental de 1988. Acontece que o seu processo de formação tem certas peculiaridades a serem realçadas.

Finda a sua elaboração no âmbito internacional, o artigo 84 da Magna Carta, em seu inciso VIII, determina a competência exclusiva do Presidente da República para "celebrar tratados, convenções e atos internacionais," deixando clara, contudo, a submissão de tal ato ao crivo do Congresso Nacional. Em outros termos, se o Presidente tem a exclusiva atribuição de *celebrar* os tratados na esfera alienígena, o Congresso Nacional também tem a mesma prerrogativa quanto a "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional," nos dizeres do artigo 49, inciso I, do mesmo Diploma.

O *iter* procedimental desse tipo normativo na esfera nacional pode então ser resumido em duas fases bem distintas: a assinatura do Chefe do Executivo, seguida da aprovação do Congresso Nacional, que se dará por meio de *decreto legislativo*. Após essa aprovação do Congresso, que deverá necessariamente ser expressa, nunca tácita, caberá ao Presidente da República promulgar o tratado internacional mediante *decreto* que será devidamente publicado nos órgãos oficiais.

A especificidade que nos parece de destaque quanto aos aspectos procedimentais desses decretos legislativos, em cotejo com as leis ordinárias, é que, por ser ato de competência *exclusiva* do Congresso Nacional (CF, art. 48, *caput*), não depende de sanção

204 É o que se depreende do seguinte trecho de acórdão, relatado pelo Ministro Celso de Mello: "Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. (...). No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade." Cfr. ADI 1480 / DF, Tribunal Pleno, julgado em 4/9/97, m.v.

presidencial para promulgação, a qual é feita pelo Presidente do Senado Federal; por outras palavras, não é cabível impor ao Poder Legislativo vetos à sua deliberação. Outro aspecto relevante: o decreto legislativo pertinente aos tratados internacionais somente poderá avalizar, ou rejeitar, o ato de assinatura do Presidente. Não será cabível, pois, emendar o conteúdo normativo do diploma legal sob análise, nem sequer parcialmente.

iii) Normas das Agências Reguladoras.

Ainda na tentativa de encampar todas as áreas da vida moderna (*inflação legislativa*), mas sem abandonar os princípios econômicos liberais, o Estado brasileiro assumiu nova faceta, confirmada constitucionalmente com a última Constituição promulgada: a de *estado regulador*.[205]

Nesse sentido, com o intuito de fiscalizar e regulamentar alguns setores específicos da economia, foram criadas as *agências reguladoras*, autarquias vinculadas ao Poder Executivo, mas que gozam de relativa independência administrativa e principalmente legislativa em relação aos demais órgãos governamentais. A essas autarquias compete elaborar normas com o condão de disciplinar a atividade econômica de sua competência – a isso se chama *regulamentar*.[206]

A nós, contudo, parece que essa atividade representa verdadeira inserção de normas no ordenamento jurídico, ainda que de forma condicionada e submissa às leis superiores (fala-se em *delegação legislativa*). Não obstante essas limitações e confirmando a funesta previsão de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO,[207] os regulamentos expedidos por esses órgãos da administração não raro se chocam, ou por vezes se colocam

205 Isso em atenção ao disposto no artigo 174 da Carta Republicana: "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

206 O artigo 19 da Lei 9.472/97, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por exemplo, confere-lhe competência para expedir normas "quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público" (inc. IV), "sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado" (inc. X), ou ainda "sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado" (inc. X). No mesmo sentido, a Lei 9.427/96, criadora da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, diz em seu artigo 3º que compete a ela expedir "os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995."

207 Dizia o professor em comento, em texto publicado em 2000: "Desgraçadamente, pode-se prever que ditas 'agências' certamente exorbitarão de seus poderes." Cfr. BANDEIRA DE MELLO.C.A. *Curso de Direito Administrativo*. ob. cit. página 134.

hierarquicamente *acima* de normas ordinárias e revogando-as, contando inclusive com o aval das Cortes Superiores pátrias.[208]

Quanto ao processo propriamente dito de formação dessas *normas regulatórias*, no mais das vezes ele se dará por meio de deliberação colegiada dos membros de sua diretoria.[209] Existem hipóteses, ademais, em que as normas reguladoras poderão ser precedidas de consultas populares, mediante audiências públicas nas quais os interessados poderão manifestar-se.[210] Neste ínterim, vale realçar que a força vinculante dessas consultas na decisão normativa a ser tomada varia conforme a lei de regência de cada agência. Trataremos desse assunto com maior atenção quando falarmos dos instrumentos de participação popular nos processos legislativos.

Outras questões atinentes ao procedimento legislativo dessas autarquias é reservado, por lei, à regulamentação por meio dos Regimentos Internos.[211]

iv) Atos da Administração Pública.

Incluiremos ainda em nosso estudo os atos da administração pública direta que contém conteúdo legal, como as *portarias*, *regulamentos ministeriais* ou *instruções normativas*. São regras jurídicas editadas por órgãos com específica e limitada

208 Foi o que aconteceu na controvérsia envolvendo a exigência de consumidores de que fossem detalhados, na conta de telefone, os pulsos cobrados além da franquia – de acordo com o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, "não obstante seja direito básico do consumidor a informação clara e adequada acerca dos serviços prestados," previsto no Código de Defesa do Consumidor, lei ordinária, portanto, "não restava outra opção às empresas de telefonia senão conformarem-se às determinações emanadas pela Anatel e às cláusulas de seu contrato de concessão, deixando de realizar o "bilhetamento" das chamadas e inserindo nas contas dos usuários os valores referentes aos pulsos que excederem a franquia." Cfr. AgRg no REsp 1059374 / MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26/8/08, v.u. É dizer, nesse conflito de normas, o entendimento do Tribunal é que a norma da agência reguladora sobrepõe-se à legislação codificada vigente.

209 De acordo com a Lei 9.472/97, ao Conselho Diretor da ANATEL compete "editar normas sobre matérias de competência da Agência" (art. 22, inc. IV), sendo certo que ele "será composto por cinco conselheiros e decidirá por maioria absoluta," cabendo à cada conselheiro votar com independência e fundamentando sua decisão (art. 20). Ademais, as sessões serão públicas e registradas em atas, "que ficarão arquivadas na Biblioteca, disponíveis para conhecimento geral." (art. 21). Outrossim, no caso da ANP, será ela dirigida "em regime de colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores" (art. 11 da Lei 9.478/97), nomeados pelo Presidente da República, com chancela do Senado Federal, seguindo o procedimento decisório as regras aplicáveis à ANATEL, mutatis mutandis.

210 Conforme, por exemplo, o artigo 19 da Lei 9.478/97, atinente à ANP: "Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP."

211 Novamente citaremos a Lei 9.478/97, que obtempera em seu artigo 20: "O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.

competência para fazê-lo, dentro de rígidos liames estabelecidos pela Constituição ou por vezes em leis ordinárias.[212]

Defendemos a sua inserção em nossa análise porquanto esses tipos normativos efetivamente disciplinam relações jurídicas as mais diversas, não raro chegando a criar ou extinguir direitos, muito embora a jurisprudência e os estudiosos do *direito administrativo* lhes neguem tal característica.[213]

Como exemplo, citaríamos "os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas" mencionado pelo inciso I do artigo 100 do Código Tributário Nacional, considerados "normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos." Muito embora a lei lhe dê o tratamento de "norma complementar," o fato é que o ordenamento jurídico sofre mutações embasadas nesses regramentos, ainda que dentro de severas fronteiras. Confirmando nossas impressões, Leandro PAULSEN aduz que "as normas complementares integram a legislação tributária

212 Quanto à limitação do escopo e respeito ao princípio da reserva legal o Supremo Tribunal Federal mostra-se rigoroso. É o que se depreende do trecho de acórdão adrede reproduzido: "A nova Constituição da Republica revelou-se extremamente fiel ao postulado da separação de poderes, disciplinando, mediante regime de direito estrito, a possibilidade, sempre excepcional, de o Parlamento proceder a delegação legislativa externa em favor do Poder Executivo. A delegação legislativa externa, nos casos em que se apresente possível, só pode ser veiculada mediante resolução, que constitui o meio formalmente idôneo para consubstanciar, em nosso sistema constitucional, o ato de outorga parlamentar de funções normativas ao Poder Executivo. A resolução não pode ser validamente substituída, em tema de delegação legislativa, por lei comum, cujo processo de formação não se ajusta a disciplina ritual fixada pelo art. 68 da Constituição. A vontade do legislador, que substitui arbitrariamente a lei delegada pela figura da lei ordinária, objetivando, com esse procedimento, transferir ao Poder Executivo o exercício de competência normativa primaria, revela-se irrita e desvestida de qualquer eficácia jurídica no plano constitucional. O Executivo não pode, fundando-se em mera permissão legislativa constante de lei comum, valer-se do regulamento delegado ou autorizado como sucedâneo da lei delegada para o efeito de disciplinar, normativamente, temas sujeitos a reserva constitucional de lei. - Não basta, para que se legitime a atividade estatal, que o Poder Público tenha promulgado um ato legislativo. Impõe-se, antes de mais nada, que o legislador, abstendo-se de agir ultra vires, não haja excedido os limites que condicionam, no plano constitucional, o exercício de sua indisponível prerrogativa de fazer instaurar, em caráter inaugural, a ordem jurídico-normativa. Isso significa dizer que o legislador não pode abdicar de sua competência institucional para permitir que outros órgãos do Estado - como o Poder Executivo - produzam a norma que, por efeito de expressa reserva constitucional, só pode derivar de fonte parlamentar." Cfr. ADI 1296/PE, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 14/6/95, v.u.

213 É o que obtempera Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, quando diz que a essas formas legais "desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação *novos*. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregadas pelo regulamento." Cfr. *Curso de Direito Administrativo*. ob. cit. página 321, itálicos no original. Na mesma senda, é tranqüila a jurisprudência de nossos tribunais, que estabeleceram o critério de que somente leis criadas no parlamento teriam o condão de criar ou restringir direitos, senão vejamos: "A restrição a direitos somente se efetiva com a formal edição da lei, resultante do processo legislativo, sob pena de ferir o princípio da reserva legal, inserto no referido art. 5o., II, da CF." Cfr. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 199902010489542, relator Desembargador Federal Jose Antonio Lisboa Neiva, Terceira Turma, julgado em 14/07/2009. Mostraremos que, embora respeitável, tal entendimento não corresponde à realidade sócio-jurídica, vez que os atos dessa natureza efetivamente geram ou restringem direitos.

e, quando válidas, têm a mesma eficácia normativa que as normas superiores."[214] Outrossim, há casos em que direitos previstos em lei simplesmente não são implementados enquanto penderem de regulamentação por estes atos administrativos.[215]

Nesta mesma seara, mencionamos as portarias do Ministério da Fazenda, que tratam de matéria relativa às relações de consumo. O artigo 4º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor incluiu entre as medidas a serem tomadas no âmbito da *Política Nacional das Relações de Consumo*, a "ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor," que se dará "por iniciativa direta" ou "pela presença do Estado no mercado de consumo" (alíneas *a)* e *c)*). Desta feita, compete ao mencionado órgão estatal a edição de normas gerais, em forma de portarias, que constituem normas jurídicas dotadas de eficácia e efetividade, diversas vezes criando obrigações, gerando ônus aos fornecedores de produtos e serviços, e estabelecendo direitos aos consumidores, que não eram previstos na legislação ordinária.[216]

A criação dessas normas obedece também a certo processo de fomento, mas que não se classifica, na doutrina clássica, como sendo *legislativo*: diz-se que a sua formação submete-se ao regime dos *processos administrativos.* Sem prejuízo de tal distinção, ainda

214 Cfr. PAULSEN. L. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. página 840. Esse foi também o entendimento exarado pelo Ministro Luiz Fux do Superior Tribunal de Justiça: "A análise conjunta dos arts. 96 e 100, I, do Codex Tributário, permite depreender-se que a expressão "legislação tributária" encarta as normas complementares no sentido de que outras normas jurídicas também podem versar sobre tributos e relações jurídicas a esses pertinentes. Assim, consoante mencionado art. 100, I, do CTN, integram a classe das normas complementares os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas - espécies jurídicas de caráter secundário - cujo objetivo precípuo é a explicitação e complementação da norma legal de caráter primário, estando sua validade e eficácia estritamente vinculadas aos limites por ela impostos." Cfr. REsp 724779 / RJ, Primeira Turma, julgado em 12/9/06, v.u., trecho obtido no sítio do Tribunal mencionado na internet – www.stj.jus.br, acesso em 16/9/09.

215 Assim, por exemplo, o parcelamento de débitos fiscais proposto na Lei 11.941/2009: ele dependia de regulamentação por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que, "no âmbito de suas respectivas competências", deveriam editar "no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a contar da data de publicação desta Lei, os atos necessários à execução dos parcelamentos de que trata esta Lei, inclusive quanto à forma e ao prazo para confissão dos débitos a serem parcelados." (art. 12 da Lei 11.941/09). Na pendência dessa edição o direito ao parcelamento – previsto em lei ordinária – simplesmente não podia ser gozado, o que levou ao ajuizamento de diversas demandas judiciais com vistas a suprir tal omissão, tendo sido concedidas medidas liminares nesse sentido.

216 Comprovando nossas impressões, trazemos à baila a portaria MJ nº 2.014/08 que "estabelece o tempo máximo para o contato direto com o atendente e o horário de funcionamento no Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC," a Portaria MJ 81/02 que "estabelece regra para a informação aos consumidores sobre mudança de quantidade de produto comercializado na embalagem," ou ainda a Portaria SDE nº 3/2001, que "complementa o elenco de Cláusulas Abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, constantes do art. 51 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990."

assim esses procedimentos poder-se-iam incluir na definição que propusemos no item anterior.[217]

Com efeito, a emissão desses atos administrativos normativos passa, guardadas as devidas diferenças, pelo mesmo processo de *legitimação sócio-jurídica* exercida pelo processo legislativo ordinário:[218] o seu fomento compete isoladamente aos órgãos estatais designados legalmente para tanto (competência) que, desde que obedecidos os requisitos formais previstos em lei (sobretudo aqueles constantes do artigo 37 da Constituição Federal: "legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"), vão gerar normas que regulamentarão as mais variadas relações jurídicas.

O *iter* procedimental é simples: cabe ao agente da administração (que poderá ser um Ministro de Estado, ou um Secretário da Receita Federal, por exemplo), nos limites de sua competência, editar e tornar pública a norma jurídica para que ela adquira validade, eficácia e força obrigatória.

v) Súmulas Vinculantes.

Finalmente, encerrando esse rol de processos legislativos *extra-ordinários*, incluiremos, mais uma vez cientes da polêmica que nossa escolha poderá ensejar, o procedimento de elaboração de *súmulas vinculantes* pelo Supremo Tribunal Federal, regulamentado pela Lei 11.417/2006.

A criação dessa forma peculiar de lei também nos parece ser uma decorrência direta da sobre-dita *inflação legislativa*: tamanho é o número de diplomas legais que regem contraditoriamente temas semelhantes, que o conflito de interpretações ao seu respeito (entre Juízes, Tribunais, e demais órgãos administrativos) gera a necessidade de dirimir tais dúvidas.[219]

---

217 Qual seja: o processo legislativo é uma *relação jurídica constituída de uma seqüência de atos que, atendidos os requisitos de formalidade, competência e acolhimento no ordenamento pré-existente, resultará na criação de uma norma estatal*.

218 Na lição do *administrativista* retro citado: "Formalização é a *específica maneira* pela qual o ato deve ser externado. Com efeito: ademais de exteriorizado, cumpre que o seja de um dado modo, isto é, seguindo uma certa aparência externa. Enquanto a forma significa exteriorização, formalização significa o *modo específico*, o modo próprio, dessa exteriorização. (...) A formalização, evidentemente, deve obedecer às exigências legais, de maneira a que o ato seja expressado tal como a lei impunha que o fosse." Cfr. BANDEIRA DE MELLO. C.A. ob. cit., página 366, itálicos no original.

219 Esse aliás é o objetivo anunciado pela Lei de criação das Súmulas Vinculantes, conforme § 1 do artigo 2º: "O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão."

O artigo 2º da norma vertente dispõe que "o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal." A rigor, a súmula vinculante não tem o condão de *criar*, ou *inovar* na ordem jurídica, mas apenas *interpretar* os termos de determinada norma com fulcro em reiterados entendimentos a respeito de determinada matéria, o que não raro leva à modificação formal do ordenamento jurídico. Explicamos melhor a seguir.

De acordo com o nosso entendimento, as tais súmulas vinculantes, embora inseridas no bojo da atribuição de controle de constitucionalidade das normas jurídicas, representam verdadeira espécie normativa no contexto do *Estado de Direito*. Desta feita, por exemplo, a Súmula Vinculante nº 8, que declara inconstitucionais "o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991," que concediam prazos excepcionais de prescrição e decadência de créditos tributários. No mesmo sentido, a Súmula Vinculante nº 12 que tem como inconstitucional a "cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas," vedando tal prática, portanto. Esses enunciados produziram efeitos imediatos no ordenamento como um todo, tendo sido acolhidos, dentro da lógica do *princípio da legalidade* e ainda que não francamente como *normas jurídicas* emanadas do Estado para a sociedade.

Deveras, analisando os termos da lei que criou tal procedimento, em cotejo com as vinte e quatro súmulas vinculantes existentes até hoje, percebemos que muitas delas contém disposições que efetivamente revogam regramentos jurídicos, como que expurgando-as do ordenamento, ato esse que seria privativo do Poder Legislativo, a quem caberia, ao menos em tese com exclusividade, a prerrogativa de alterar o conteúdo dos diplomas legais – esse ao menos é o consectário da Lei de Introdução ao Código Civil, na parte em que aduz que "a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue" (art. 2º). São as súmulas vinculantes equiparadas, por outros termos, às normas estatais, no que respeita à relação de submissão obrigatória aos seus desígnios.

Para comprovar nossas conclusões, citamos o caso das discussões envolvendo os prazos decadencial e prescricional, previstos nos artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91: até a edição da Súmula Vinculante nº 8, a Secretaria da Receita Federal do Brasil, em respeito ao princípio da *estrita legalidade*, levava em conta o prazo de dez anos de caducidade para cobrança dos créditos tributários fulcrados na norma citada – isso mesmo considerando o

torrencial número de precedentes jurisprudenciais que os tinham inconstitucionais.[220] Após, e somente após, a edição da mencionada súmula vinculante, a administração pública subjugou-se completamente ao entendimento há muito pacificado, reconhecendo a incidência do prazo qüinqüenal.[221]

Ou seja: a súmula vinculante alterou de fato o tratamento legal da matéria, levando os órgãos da fiscalização tributária, na análise do lançamento tributário – que é um ato administrativo indubitavelmente vinculado, conforme se lê do artigo 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional –, a ignorarem expressa disposição constante de lei ordinária vigente, em favor do enunciado sumulado pela Corte Suprema. Dito de outra forma, nos permitimos afirmar que a súmula vinculante no caso exposto foi elevada ao patamar de lei ordinária, capaz de afastar expressa disposição normativa que lhe era avessa.

Destarte, a súmula vinculante difere fundamentalmente das demais formas de controle jurisdicional de legalidade e constitucionalidade, justamente por sua força vinculativa e obrigatória imediata, sendo passível de *reclamação*, diretamente ao Supremo Tribunal Federal, a "decisão judicial" ou "ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente." (art. 7º da Lei 11.417/06).

Seu procedimento de elaboração, previsto na Lei 11.417/06, seguirá o seguinte rito: a proposta de criação da Súmula Vinculante será de iniciativa dos membros da própria Suprema Corte ou dos entes dotados de legitimidade para tanto.[222] Nas propostas que não

---

220 Nesta senda, o seguinte acórdão da Sexta Câmara do Conselho de Contribuintes, datado de 10/4/08: "DECADÊNCIA. PRAZO DECENAL. O prazo decadencial para a constituição dos créditos previdenciários é de 10 (dez) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ser lançado, conforme preceitos do artigo 45, da Lei nº 8.212/91." O julgamento da questão da decadência se deu por maioria de votos, vencido o Relator. Prevaleceu naquela ocasião a opinião do voto divergente, onde se lê que "como o controle da constitucionalidade no Brasil é exercido, em regra, pelo Poder Judiciário, não cabe ao julgador no âmbito administrativo, pelo Princípio da Legalidade, deixar de aplicar lei vigente." Cfr. Recurso Voluntário nº 142571, Relator Ricardo Henrique Magalhães de Oliveira.

221 Veja-se a seguinte ementa, oriunda da 12ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, de 11 de Setembro de 2008, posterior, portanto, à Súmula Vinculante em comento: "SÚMULA VINCULANTE. STF. Determina a Súmula Vinculante nº 8, do STF, que são inconstitucionais os artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência, razão pela qual, em se tratando de lançamento de ofício, deve-se aplicar o prazo decadencial de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado." Cfr. ACÓRDÃO Nº 16-18488.

222 Estão eles arrolados no artigo 3º da Lei vertente: "São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de

houver formulado, o Procurador Geral da República emitirá seu parecer (§2º do art. 2º), podendo ainda serem ouvidos os Municípios ou terceiros (*amicus curiae*), desde que autorizados pelo Relator e nos termos do Regimento Interno da Corte (§§ 2º e 3º do art. 3º).

A Súmula será editada, revista ou cancelada mediante "decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária." (§ 3º do art. 2º) e "no prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante," diz o parágrafo 4º do artigo 2º em cotejo, "o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo," que terá "eficácia imediata" a teor do artigo 4º, ou "por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público." Demais questões procedimentais serão resolvidas subsidiariamente pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 10).

Existe uma peculiaridade importante quanto às súmulas vinculantes que as colocam em posição diferenciada em relação aos demais tipos normativos constantes do ordenamento brasileiro: ao contrário das leis, não existe qualquer órgão que exerça função de controle ou limitação à sua edição. À revelia do princípio dos *checks and balances*, a revisão ou cancelamento dessas súmulas cabe apenas à própria Suprema Corte. Poder-se-á dizer: mas o Parlamento sempre poderá editar nova lei, ou até mesmo emendar a Constituição, de modo a reverter tal quadro.

Isso é certo. Todavia, vale lembrar que a aprovação de súmula vinculante compete a dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal – ou seja, oito ministros – passando por singela deliberação plenária. A aprovação de nova lei (ainda que ordinária), por sua vez, dependerá da mobilização de um número maior de parlamentares das duas casas, do cumprimento dos ritos do processo legislativo *ordinário*, da sanção presidencial, além de passar novamente pela análise de sua eventual constitucionalidade perante o Poder Judiciário. Chama-nos a atenção esse aspecto, que poderá eventualmente desembocar em conflitos institucionais.

Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. § 1o O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo. § 2o No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal."

De qualquer modo, ainda que não elaborada pelas Casas Legislativas, a súmula vinculante guarda todas as características de um processo legislativo: propositura, deliberação e promulgação mediante publicação em Diário Oficial. A norma que emerge desse *iter* processual – muito embora, a rigor, se trate de processo judicial – terá os atributos de obrigatoriedade política, cuja legitimação, nos *Estados de Direito*, recai somente sobre as normas positivas. Por essa razão, resolvemos incluir tais tipos legais no nosso estudo a respeito do processo legislativo.

Por meio da análise que efetuamos, tentamos demonstrar como o ordenamento jurídico brasileiro procede para elaborar os seus principais tipos normativos. Vimos que cada forma de procedimento estudado ostenta características e peculiaridades próprias, todas elas relacionadas com a natureza da lei que dele emergirá.

Para melhor compreensão, nos permitimos elaborar o Quadro 1 abaixo, no qual destacamos a forma de escolha do legislador (se eleito ou nomeado), o quórum de decisão (se colegiado ou monocrático), a duração do trâmite, a abrangência da norma na sociedade (se setorizada ou ampla), bem como o grau de responsabilidade política do agente legislador perante a sociedade.

Quadro 1: análise das principais características dos diferentes tipos de processo legislativo.

Tipo de processo legislativo.	Escolha do legislador.	Quórum de decisão.	Trâmite legal.	Abrangência da norma.	Grau de responsabilização (*responsivness*)
Leis parlamentares.	eleição	colegiado	longo	ampla	alto
Medidas Provisórias.	eleição	monocrático*	curto	ampla	alto
Tratados Internacionais.	misto**	misto**	longo	ampla	alto
Normas das agências reguladoras.	nomeação	colegiado	curto	limitada	baixo
Atos da administração pública.	nomeação	monocrático	curto	limitada	baixo
Súmulas vinculantes.	nomeação	colegiado	curto	limitada	baixo

* A edição da medida provisória é atribuição do Presidente da República, mas ela deverá ser ratificada pelo Congresso Nacional.

** O legislador será o Presidente da República a quem caberá firmar o tratado e os membros do Senado Federal, que deverão ratificar esse ato; por essa razão, também será misto o quórum de decisão.

O seu exame nos remete algumas reflexões: a primeira delas é que as normas de abrangência mais limitada são também aquelas que refletem um baixo grau de responsabilidade do legislador perante a sociedade, motivo pelo qual a forma de escolha desses entes é a nomeação (Ministros de Estado, do Supremo Tribunal Federal ou Diretores de Agências Reguladoras). Isso nos faz concluir que o sistema constitucional

atual, ainda que tenha permitido e adotado formas alternativas de processo legislativo, ainda está preso ao modelo parlamentarista, notoriamente mais longo, mas cujos resultados têm um reflexo abrangente na sociedade, ensejando uma maior responsabilidade dos agentes legisladores. Adicionalmente, relacionando os diversos tipos possíveis de formação de leis, percebemos que as normas mais setorizadas são aquelas que procuraram soluções alternativas ao modelo clássico com trâmites mais curtos, o que enseja a conclusão de que certos segmentos da sociedade contam com procedimento e tipos normativos *exclusivos*, ou ao menos *diferenciados*.

Talvez seja exagero falarmos em *privilégios de classe*, mas o que se vê é que, se tomarmos como verdadeira a teoria da *lide legislativa*, é evidente que em alguns casos esse *litígio social* se desenrolará sob específicos regramentos e em seara alternativa. Não raro, sequer se poderá estabelecer uma lide, pois parte dos litigantes não contará com a possibilidade de intervir no processo de elaboração legislativa – é o que ocorre, por exemplo, na edição das Súmulas Vinculantes, ou ainda de atos administrativos normativos. Se pensarmos somente no tema de nosso estudo, evidente que nos modelos de procedimento de elaboração das normas mais setorizadas a participação popular é mitigada ou inexistente: além de se abrirem raríssimos espaços para interação direta (ou participativa), não há nem ao menos relação de representação, pois em regra os legisladores são nomeados e não eleitos.

Feita a análise dos tipos de processo legislativo que julgamos mais relevantes em nosso ordenamento, passaremos ao estudo de suas funções não apenas jurídicas – as quais parecem bastante óbvias – mas também sócio-políticas.

4) Funções do processo legislativo.

A primeira função do processo legislativo a ser observada, considerando sua inserção no ideário dos *Estados de Direito*, é evidente: ele serve ao propósito de *criar normas jurídicas*. É que no discurso do *princípio da legalidade* a única norma aceita como válida é a lei do Estado, por isso o processo que leva à sua formação tem fundamental importância, devendo seguir um determinado rito, especificamente com vista a preservar as garantias constitucionais da *legalidade*, *igualdade* e *segurança jurídica*. Dito de outra forma, determinado regramento social situado no campo *extra-estatal*, que poderia ser encontrado na seara da moral, dos costumes, ou até mesmo do uso corrente de determinada

parcela da população (consuetudinária), ganhará o invólucro da positivação e, conseqüentemente, da obrigatoriedade coletiva (*erga omnes*), desde que se sujeite e adquira aprovação no âmbito do processo legislativo.[223]

Estudando a questão no âmbito da *teoria do estado* não podemos, no entanto, nos satisfazermos com essa observação. Deveras, como vimos sustentando, o procedimento legislativo não apenas cria o direito, como também permite a sua *legitimação* perante a sociedade. E antes de prosseguirmos, vale fazermos uma pausa para definirmos o que se entende por *legitimação* dos atos estatais, inseridas na seara das relações de poder que se desenrolam nos *Estados de Direito.* Seus principais estudiosos afirmam que as regras positivas seriam obedecidas em duas hipóteses: pelo uso da força (física ou moral) é *obediência*, por força de um *consenso*, ou *voluntariamente*, é *adesão*.[224] A *legitimidade política* reside justamente na verificação desse elemento, tido como o "integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado."[225]

Como vimos, partem os defensores do *discurso* que sustenta o *governo das leis* do pressuposto teórico que as normas jurídicas terão legitimidade social – ou seja, serão *legitimamente* impostas à sociedade – porque foram elaboradas pelos representantes eleitos pelo povo, que as formataram obedecendo a rígidos procedimentos formais. Segundo a teoria constitucional, "os produtos legislativos do Congresso Nacional são legitimados pela Constituição e pelo voto livre de uma sociedade democrática, fazendo com que as escolhas e implementação das políticas públicas sejam aceitas por esta sociedade pacificamente e de forma irrestrita."[226] Logo, nos termos da doutrina vertente, dentre as funções do processo legislativo, está a de conferir a garantia social de regular processamento de leis positivas e, por essa via, de subserviência e aceitação dessas mesmas leis (*legitimação*).

Entendemos, contudo, ser o caso de expandir o escopo dessa análise referente às funções legitimadoras do processo legislativo, detalhando os meios pelos quais tais procedimentos atuariam nesse sentido. Vale dizer, tentaremos compreender, de forma mais

---

[223] De acordo com Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, "o processo legislativo não foi concebido para que o Estado criasse o Direito, mas para que o Estado declarasse o Direito, eliminando dúvidas e incertezas, portanto, insegurança." Cfr. FERREIRA FILHO. M.G. *Do Processo Legislativo*. ob. cit., página 249. "Todavia," completa o autor na seqüencia do trecho reproduzido, "por sua própria dinâmica, esse processo levou o Estado a, de certo modo, criar o Direito."

[224] Trata-se, a nosso ver, de reducionismo próprio das interpretações políticas ocidentais, como se as relações de poder deveriam necessariamente se dar no âmbito estatal. Adotamos essas definições apenas para compreendermos melhor o sentido das palavras encontradas nos discurso da legitimação jurídica de nosso ordenamento.

[225] Cfr. LEVI.L. *Legitimidade*. in. BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. *Dicionário de Política*, 5ª edição, Brasília: Editora da Universidade de Brasília. 2000. página 675.

[226] Cfr. AZEVEDO. M.M.C. ob. cit. página 57.

abrangente, onde se insere o processo legislativo neste papel de legitimação das normas jurídicas, que lhe é atribuído pelo discurso jurídico-estatal.

Tomaremos emprestada a definição de Niklas LUHMANN, segundo o qual a legitimidade é "*uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância*."[227] Tendo essa descrição inicial em mente, ocorre-nos intuir que o processo legislativo auxiliaria as normas estatais a obterem a mencionada *disposição generalizada de aceitação social*, na medida em que permitiria presumir que aquela norma determinada, ainda que oponha um limite à pretensões individuais (vedação de determinada atitude), imponha ônus (como no caso da criação de impostos), ou ainda garanta direitos (na hipótese de ações afirmativas de direitos estatais), teria sido o resultado da conjugação da *vontade popular* com um hipoteticamente cuidadoso procedimento de feitura.[228] O rito formal assegura aos participantes do procedimento, bem como àqueles que operam como meros expectadores, que os resultados do processo se apresentarão dentro de determinados limites, normalmente legal e constitucionalmente previstos.

Desta feita, exemplificando o assunto com o processo *ordinário* de formação legislativa, argumenta-se que o fato da proposta de lei somente poder ser encaminhada por um determinado número de entes dotados de competência, dessa proposta ser submetida à rigorosa avaliação perante as comissões especializadas, depois ao crivo das Casas Legislativas e, posteriormente, ao chefe do executivo, permite concluir que o produto final dessa cadeia sucessória de atos – a lei – não terá sido fruto de um descuidado fabrico, ou de açodada resposta a apelos momentâneos.

Essa é, por exemplo, a lição de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, para quem "a lei escrita, assim, traz consigo, historicamente, a idéia de arbitragem, de ponderação imparcial dos interesses particulares, em nome de uma idéia de Justiça mais objetiva, porque desvinculada do particularismo de pretensões divergentes, porque desligada, numa certa medida, da relação de forças entre os grupos interessados."[229] Nesse mesmo sentido, citamos trecho de ensinamentos de direito parlamentar contemporâneo

---

[227] Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 30, itálicos no original. "Porém" – continua o autor – "com isso fica em aberto se na base dessa disposição se encontra uma causa psicológica relativamente simples – como que uma satisfação interior quanto a uma troca de obediência contra uma 'participação' democrática – ou se essa disposição é o resultado dum elevado numero de mecanismos sociais que identificam conjunturas muito heterogêneas de motivos." ob. cit. página 30.

[228] Por essa razão, diz-se que as "ritualizações têm uma função específica," na medida em que "fixam a ação estereotipadas e criam assim segurança, independentemente das conseqüências fáticas que são depois atribuídas a outras forças, que não a ação."Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 37.

[229] Cfr. FERREIRA FILHO. M.G. *Do Processo Legislativo*. ob. cit., página 254.

onde se afirma que "em linhas gerais, a moldura formal em que se processa a elaboração legislativa serve para proteger princípios básicos, que garantam a legitimidade dos produtos legislativos, o resguardo das liberdades, a prevenção das dificuldades e a preservação do sistema democrático. As exigências formais para alterar normas dentro do próprio Regimento Interno e a obrigatoriedade de condicionar o procedimento legislativo a seus moldes são condições de proteção normativa, não sujeitando-o às intempéries do momento político e nem das forças políticas no Poder."[230] É dizer, se determinada disciplina "vira lei," é porque passou por rigoroso processamento, e, talvez acima de tudo, terá sido efetivamente essa a vontade concreta estatal e, por extensão, da própria sociedade: essa é a síntese que nos permitimos apresentar da tese estatal a respeito do papel legitimador do processo legislativo.

Mas esse *discurso* deve ser lido tomando-se em conta que ele próprio está inserido dentro do campo das presunções, e não dos fatos sociais. Por outras palavras, quem dá essa nomenclatura de aceitação social às leis pelo processo parlamentar é o próprio ordenamento jurídico e de seus operadores imediatos, e não necessariamente a relação sócio-política como um todo: essa relação de legitimação é anunciada nos diplomas legais – na Constituição Federal, nas Declarações de Direitos Fundamentais[231] – mas as *palavras* são construtoras de uma *realidade*, constituidoras do que convencionamos chamar *verdades do Estado.*

Deveras, segundo nos parece, a almejada legitimação social da lei não é resultado do processo legislativo *em si*, mas da própria aceitação que a sua formatação proporciona. Em outros termos, conforme obtemperou o próprio LUHMANN, a legitimidade não depende "do reconhecimento 'voluntário,' da convicção de responsabilidade pessoal" mas, ao reverso, de um movimento de pressão coletiva que reconhece tal legitimidade nas *origens* do mandamento – não propriamente na forma que ele é criado – ou, pelas palavras

---

[230] Cfr. AZEVEDO. M.M.C. *Prática do Processo Legislativo: jogo parlamentar, fluxos de poder e idéias no Congresso*. São Paulo: Atlas. 2001. página 27. E continua a autora citada: "A garantia da decisão colegiada e da votação por *quorum* definido são princípios básicos do Poder Legislativo e do *design* da *democracia representativa*, que dão condições de participação ativa das minorias representadas. O conhecimento prévio da pauta e a contínua publicidade das ações legislativas durante o processo permitem o acesso e a participação plena não só dos parlamentares, como também da sociedade que se vê representada." Cfr. ob. cit., página 27.

231 Estes são os termos, por exemplo, do artigo 21º da Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela ONU em 10 de dezembro de 1948: "Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direcção dos negócios, públicos do seu país, quer directamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto."

do pensador alemão "dum clima social que institucionaliza como evidência o reconhecimento das opções obrigatórias e que as encara, não como conseqüências duma decisão pessoal, mas sim como resultados do crédito da decisão oficial."[232] Repetimos nossas impressões formuladas em outro trecho do trabalho: a legitimidade política exercida pelo processo de formação das normas não é *decorrência* da verificação detalhada dos ritos e procedimentos legais, ou ainda da idéia que os regramentos impostos são fruto da vontade da maioria, mesmo porque, essas atitudes raramente são observadas no cotidiano. Entendemos que a *aceitação social abstrata* da regra positivada está ligada muito mais à *fonte da norma* – Estado – do que seu *conteúdo* ou às *circunstâncias* de seu fomento.

A existência de normas jurídicas válidas não emanadas das casas legislativas evidencia o acerto dessas ilações: essas regras são legitimadas socialmente, mesmo não havendo relação (às vezes nem ao menos indireta) de representatividade ou um ritual a ser acompanhado, ou sobre o qual se poderia exercer alguma influência. Pelos mesmos motivos, percebe-se que os Estados contemporâneos abandonaram em sua prática cotidiana a idéia que as leis somente poderiam ser criadas pelo Poder Legislativo: as facetas do *Estado Regulador*, ou *Estado de Bem Estar Social* não se conjugam com essa doutrina filosófica herdada do Século XVIII, sendo que o processo legislativo moldou-se a esta realidade sem perder o seu caráter legitimador.[233]

Outro importante passo em direção à compreensão do real alcance desse papel legitimador do processo de formação leis é dado quando se percebe que, em linha com os estudos ofertados pela *sociologia do direito*, o juízo de valor a ser aplicado no processo legislativo não é *qualitativo*, mas ligado ao grau de consenso ou estabilidade social obtidos. Independente de ser *boa*, ou *ruim*, a lei é legitimada pelo ordenamento processual estatal como um todo.

Neste sentido, é novamente LUHMANN quem nos adverte que o resultado do processo legislativo não se impõe socialmente por ser reconhecido como uma *verdade*, mas "um conceito relativo, que tranqüiliza o espírito."[234] Destarte, o princípio mais importante do processo legislativo, o elemento que lhe confere a justificativa maior da validade de seus atos normativos, não está na qualidade da lei, ou ainda em sua justiça: o fator de aceitação ou legitimação da norma processada é obter uma solução *estatal* que pacifique o conflito. No caso, *o alcance de um consenso* que enseje uma decisão do ente

[232] Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 34.
[233] Enquanto isso, os estudiosos do direito constitucional hodierno insistem em hesitar entre aceitar essa nova realidade ou se prender a teoremas evidentemente inadequados ou ultrapassados.
[234] Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 32.

legislador como é *a obtenção de determinada maioria de votos* em se tratando de procedimento legislativo parlamentar, por exemplo. Ainda que, nas palavras de LUHMANN, o *princípio da maioria* não seja "uma forma de legitimação, mas sim uma solução de compromisso,"[235] para que seja legítima e socialmente admitida como tal bastaria, dentro da lógica parlamentar, que aquela lei fosse aprovada na seara deliberativa, o que se dá, em regra geral, tão logo alcançada a maioria dos votos. Estendendo essa visão doutrinária para além das fronteiras do Poder Legislativo, é suficiente, no contexto jurídico dos *Estados de Direito* e para fins de legitimação, que a lei tenha sido *fabricada* nas *oficinas estatais* para alcançar *aceitação* social.

O que queremos com isso esclarecer é que o processo legislativo se desenvolveu não com vistas a criar situações em que a lei editada seja a mais apropriada à sociedade, ou que as represente melhor: o *discurso* que lhe dá sustento nos parece ter objetivado prioritariamente a consagração simbólica da regra jurídica pelo Estado. Retomamos as explicações de José Afonso da SILVA, para quem "muitas vezes, a verdade, a que se chega através da lei, é apenas formal, como na sentença judicial, pois que a lei jurídica nem sempre corresponde ao direito sociocultural, nem sempre interpreta a realidade social segundo um princípio de justiça. Várias vezes, o direito legislado representa tão-só um compromisso entre os interesses em choque."[236] Dissemos no capítulo anterior que a intenção dos revolucionários liberais seria em tese extirpar da norma jurídica seu caráter político, mas a sua própria forma de elaboração, fulcrada no princípio da maioria no seio das instituições políticas, é que, por si só, colocou a disputa política no centro dos debates legislativos.[237] Ademais, pela mesma via, tornou coadjuvantes do juízo de aceitação do processo legislativo os demais critérios como adequação ou até mesmo aplicabilidade da lei.

Concluindo o tema da legitimação da lei pelo procedimento legislativo, cumpre ressaltar que essa função se encerra com a promulgação da norma: nada garante que uma

---

[235] Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 159.
[236] Cfr. SILVA, J.A. *Processo Constitucional*... ob. cit., página 43.
237 Com efeito, "se o princípio da maioria for institucionalizado como regra decisiva," escreveu LUHMANN, "todo o poder político, antes de se tornar legitimamente eficiente quanto à decisão, tem de se submeter ao princípio da constância de repetição do poder. Com isso se afirma que não é a quantidade no poder, mas sim a sua distribuição no sistema, que pode ser alterada (aqui não é o número de votos, mas sim a sua distribuição de eleição para eleição, respectivamente de processo legislativo para processo legislativo, que se pode alterar)." Por essas razões, "o conflito é apresentado a longo prazo. Cada perda de poder (perda de votos) leva eo ipso, a um acréscimo correspondente de poder do adversário e vice-versa." Disso decorre não apenas que "as relações de poder são claramente quantificadas," mas também que a qualidade da norma é deixada de lado, de modo que o sistema político-social aceitará como válida a norma, desde que atendidos os requisitos procedimentais ou, na instância deliberativa (que pode ser parlamentar), a vontade da maioria. Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 147.

vez em vigor essa regra jurídica será de fato implementada, pois dependerá de como a comunidade por ela atingida reagirá, ou ainda da disposição do Executivo e Judiciário em efetivamente aceitá-la no ordenamento e aplicá-la aos casos concretos. De fato, são muitos os exemplos encontrados nos quais uma lei, embora regularmente processada, simplesmente não é observada nem ao menos obedecida na sociedade. É de se considerar, também, a possibilidade dela ser considerada ilegal e/ou inconstitucional, por meio de controle a ser exercido pelo Poder Judiciário. Essas hipóteses mostram que a lei, ainda que formada no bojo do processo legislativo, não necessariamente terá incidência plena ou imediata entre os cidadãos.[238] A aprovação da norma no processo legislativo não é garantia de que essa regra será de fato aplicada: a função legitimadora do procedimento legislativo se encerra com o ato de promulgação do ato normativo. Mais do que isso, o processo legislativo não pode ser visto isoladamente, como ato político autônomo e isolado no ordenamento estatal. Com efeito, ele é apenas parte da relação de poder estabelecida com fulcro no *princípio da legalidade* em vigor nos *Estados de Direito*, sendo certo que outros fatores influenciarão decisivamente o liame de poder havido entre Estado e sociedade, sendo certo que o procedimento de feitura de leis é um dos elementos dessa relação de imposição e submissão.

Ainda quanto às funções do processo legislativo, apontamos o seu papel de *pacificador ou mediador social*, que detalharemos melhor abaixo.

Sustentamos a natureza de *relação jurídica* do procedimento de formação de leis; reproduzimos, inclusive, as palavras de José Afonso da SILVA, quando dizia que o procedimento de formação de leis "serve para acertar e resolver as contradições dos interesses representados nas Câmaras Legislativas, numa síntese que vem a ser a lei jurídica,"[239] descrevendo-o como sendo uma "lide legislativa." Pois bem; no contexto de sociedades plurais, onde ocorrem diuturnos e renovados conflitos de interesses, o *discurso da legalidade* oferece a sedutora ferramenta de conferir certa *segurança* e *previsibilidade* às relações jurídicas. Para ser um direito, determinada reivindicação deverá

[238] Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO reconhece esse fenômeno, e fala em *desmoralização do sistema*: "Sem o respeito, não contando com o reconhecimento direto, a lei só se apóia na legitimidade que a adotou, no 'reconhecimento indireto.' É aceita, e relutantemente cumprida, porque se aceita o poder que a admitiu é porque este a imporá pela força se a obediência não for de outro modo obtida. Mas a imposição dessas leis que não inspiram respeito, usa, desgasta o respeito concedido ao poder. Impondo-as, este se associa à opressão que elas traduzem. Atendendo-as, embora visem à satisfação de interesses particulares, ele se associa a esses interesses. Destarte, a desmoralização da lei desmoraliza o sistema." Cfr. FERREIRA FILHO. M.G. *Do Processo Legislativo*. ob. cit., página 258.

[239] Cfr. SILVA, J.A. *Processo Constitucional*... ob. cit., página 42.

necessariamente passar pelo crivo da positividade jurídica, o que não se fará sem um processo legislativo, que será o cenário dessa *batalha* de pretensões.[240]

Expoente dessa visão, José Afonso da SILVA leciona que "nesses momentos históricos de mudanças profundas, o processo contraditório estabelece-se, em resumo, da seguinte forma: de um lado, a *tese*, representada pela ideologia postuladora das transformações estruturais da sociedade; de outro, a *antítese*, contida na ideologia, que resiste à pretensão de mudanças, para conservar o *status quo* vigente; à *síntese*, solução do processo contraditório, chegar-se-á por via legislativa, não havendo os empecilhos apontados acima; na falta dessa solução, acabar-se-á chegando à síntese pela via revolucionária."[241] Na seara do processo legislativo, a decisão estatal submete-se a critérios políticos destoantes e variáveis – não ligados a critérios qualitativos, como dissertamos –, mas que nem por isso deixam de ser maleáveis e inseridos em certa previsibilidade. Atribuindo também aos procedimentos legislativos esse *discurso da arbitragem de interesses*, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO explana essa relação dizendo que "a intervenção do legislador abre caminho para que o estabelecimento do direito atenda mais de perto a uma visão mais imparcial do justo, porque é a intervenção do que tem a responsabilidade da comunidade." Por essa razão, ainda nas palavras do constitucionalista citado, "a definição escrita do direito pelo legislador dá ensejo a este de, disfarçadamente embora, operar uma arbitragem entre os interesses deste em decorrência do sistema de forças."[242] Essa *arbitragem* tem como consectário um certo grau de estabilidade sistêmica, atributo bastante apreciado do estamento político legalista, sempre avesso a sobressaltos ou incertezas.[243]

Se determinada lei está em sua fase de elaboração, os grupos sociais por ela atingidos e que dispõem de meios de influenciar o seu fomento sabem – por conta da existência do *iter* processual pré-estabelecido – *como, quando e onde* atuar em defesa de

---

[240] O uso de termos bélicos não é exagero – Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO lança mão deles em seu texto a respeito desse uso dos processos legislativos: "As câmaras são o campo de batalha. A meta é a satisfação de interesses, para a qual a vontade dos representantes, em sua maioria, deve ser conquistada. Para essa conquista, todos os meios são empregados. Os grupos partidários, por seus *whips*, procuram mover os eleitos no sentido da satisfação das promessas que lhes valeram os votos, ou no sentido da satisfação de interesses que futuramente possam valer mais votos. Apoiando-os ou combatendo-os, os grupos cujos interesses serão atendidos ou desatendidos pressionam, procurando atingir para isso todos os pontos sensíveis dos parlamentares." Cfr. FERREIRA FILHO. M.G. *Do Processo Legislativo*. ob. cit., página 257.

[241] Cfr. SILVA, J.A. *Processo Constitucional*... ob. cit., página 133, itálicos no original.

[242] Cfr. FERREIRA FILHO. M.G. *Do Processo Legislativo*. ob. cit., página 254.

[243] "O ritualismo" diz LHUMANN, "impede aqui a expressão e com isso o auto-reforço dos sentimentos de medo e insegurança."Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 38.

seus interesses.[244] Mesmo na hipótese de frustração da pretensão, a circunstância de se ter seguido o escorreito procedimento trará certo reconforto, principalmente levando em conta que a derrota – por ser ela decorrência de não se ter alcançado a necessária *maioria*, único critério verdadeiramente decisivo no processo legislativo – nunca terá sido definitiva.[245] De sorte que os procedimentos legislativos "servem mais para o desvio e a redução das frustrações na medida em que equipam os partidos em conflito com possibilidades de agressividade legítima mas canalizada, isolando então o perdedor de tal forma que a *sua* frustração fica sem conseqüências."[246]

Ademais, ao *institucionalizar* os conflitos sociais, criando limites rituais ao seu desenrolar, contribui o processo legislativo na manutenção da segurança e ordem jurídica, princípios caros ao Estado, mormente o brasileiro. Da mesma maneira que ele proíbe a *auto-tutela*, trazendo para a seara jurisdicional os litígios da comunidade para *pacificá-los*,[247] o procedimento de formação de leis impõe uma disciplina às reivindicações sociais (quaisquer que sejam elas), conduzindo-as dentro de vias pré-determinadas e que de certa forma absorvem ou enfraquecem os ímpetos mais acalorados.

De fato, uma disputa, por mais passionais e enérgicos que sejam os argumentos envoltos, ao ser levada ao Judiciário, será conduzida nos limites que a lei processual e material lhe confiarem, geralmente com a apreciação de atores externos à lide (procuradores, juízes, promotores), dando ensejo a análises e conclusões *jurisdicionadas* e, por essa razão, necessariamente diferentes do intuito original dos litigantes; há casos, inclusive, apesar do *princípio da instrumentalidade das formas*, em que o direito material não será sequer alcançado por alguma limitação imposta processualmente. Outrossim, a

---

[244] Neste ínterim, LUHMANN rememora que "os processos estão estruturalmente organizados de tal forma que realmente não determinam a ação, mas trazem-na, contudo, para uma perspectiva funcional determinada," ou, por nossos termos, as disputas deixam o âmbito da força física para se concentrarem na força política institucional. Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 41.

[245] Segundo LUHMANN, "Mas não são a forma concreta já definida, ou o gesto, ou a palavra exata, que impelem o procedimento para diante, mas sim as decisões seletivas dos participantes, que eliminam as alternativas, reduzem a complexidade, absorvem a incerteza ou transformam a complexidade indeterminada de todas as probabilidades numa problemática determinável e compreensível. É-lhes atribuída a seletividade duma comunicação. Ela empresta-lhes o sentido, (não como uma cópia fiel dum modelo existente), e os participantes reagem com uma escolha de comportamento, não por ação de alavancas pré-estabelecidas, mas antes pela informação sobre as capacidades de seleção dos outros; isto é, reagem não apenas às possibilidades escolhidas, como também às possibilidades eliminadas por esse meio, que se mantém no horizonte da existência do procedimento como uma possibilidade negada.Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. páginas 38/39.

[246] Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 192.

[247] Esse é, na doutrina processualística, o *escopo magno da jurisdição*: "A *pacificação é o escopo magno da jurisdição* e, por conseqüência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo *social*, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um." Cfr. CINTRA. A.C.A., GRINOVER. A.P. e DINAMARCO. C.R. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros. 2000, página 24.

própria submissão aos rituais processuais fará com que aqueles ânimos inicialmente aflitos se acalmem ou se conformem com a passagem dos atos, trazendo assim não necessariamente o bem da vida que se pretendia, mas ao menos o reconforto de que a questão estará sendo resolvida da forma *institucionalmente* possível.

Da mesma maneira, quando *institucionaliza* as *lides legislativas*, o processo legislativo leva as disputas entre os determinados grupos sociais para a seara das suas instituições (geralmente o legislativo), fazendo com que os litígios se dêem nos limites dos debates parlamentares e não mais nas ruas. Mais: os anseios por uma norma deverão necessariamente se adaptar aos moldes previstos no ordenamento jurídico – dessa forma, a sua propositura somente poderá ser efetuada pelos entes legitimados para tanto, e dentro dos formatos e nomenclaturas do sistema legislativo; já vimos que a inobservância dessas formalidades traz a necessidade de emendas, quando não levam à nulidade do projeto ou até mesmo da lei pretendida.

Ainda analogamente ao processo judicial, talvez aqui com maior força, o tempo transcorrido na superação das diversas fases do *iter* legislativo arrefece os ânimos, levando determinadas reivindicações tidas por insubstituíveis em certos momentos a caírem no esquecimento, para serem lembradas somente quando a lei está em vias de ser promulgada. Nesse sentido também é que o processo legislativo colabora com a manutenção da *segurança e da ordem*: ele tende a evitar que reivindicações se tornem normas imediatamente, agindo o tempo e a superação de etapas processuais no sentido de *digerir*, *moldar*, *adaptar* os pleitos originais, possibilitando a determinados sujeitos da lei impedir – também pelas vias institucionais – o seu advento ou, sendo isso impossível, se precaver ou se preparar aos desígnios legais vindouros.[248]

Como anunciado, não abarcamos detalhadamente o amplo rol de funções do processo legislativo, nem muito menos nos detivemos no cuidadoso estudo dos institutos atinentes ao *iter* de elaboração de leis. É que nosso foco de estudo, a rigor, não é tanto o

[248] Reforçando as nossas conclusões, José Reinaldo de Lima LOPES expõe tal preocupação do sistema político, escrevendo que "os muitos conflitos da Revolução Francesa impuseram o entendimento de que a lei deveria ser o comando do soberano popular, fruto da vontade expressa pela maioria. Os eventos históricos, entretanto, confirmaram muito cedo que a vontade popular estava sujeita a variações e as maiorias poderiam muito bem ser episódicas, resultado de interesses momentaneamente aliados e paixões despertadas na multidão. Onde buscar então a estabilidade? As soluções institucionais foram para de se criar em todas as constituições liberais e representativas um ou alguns órgãos conservadores (como o Poder Moderador, os Senados conservadores) ou optar por formas de governo misto (freios e contra-pesos – *checks and balances*), em que ao lado de instituições populares (como as assembléias de representantes) a lei se produzisse com o aval de mecanismos oligárquicos ou monocráticos (como os tribunais e o Executivo)." Cfr. LOPES. J.R.L. *As palavras e a lei*. ob. cit., página 126.

procedimento de elaboração de leis em si, sobre o qual já dispomos de extensos e abrangentes tratados, tanto na doutrina pátria quanto alienígena. Ao reverso, tencionamos entabular uma leitura do papel exercido pelo processo legislativo nos *Estados de Direito*, especialmente como se dá a relação de *legitimação da lei*, porque essa análise terá importantes desdobramentos na questão da *participação popular* nesse momento de feitura das regras jurídicas.

Prosseguindo nossa dissertação e encerrando os temas ligados ao ordenamento jurídico – a lei e seu processo de formação – passaremos agora ao estudo do outro elemento fundamental dos *Estados Democráticos de Direito*, qual seja, o instituto da *participação popular* e sua aplicação no Brasil.

CAPÍTULO III – A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ESTADO BRASILEIRO.

***1. A participação popular no Estado: conceitos preliminares. 2. Algumas implicações práticas do sistema democrático de governo. 3. A busca da* aristocracia republicana*. 4. Estado e povo brasileiros: uma relação de hierarquia* paternalista.**

A noção de participação do cidadão nos atos do governo é própria dos Estados modernos; aliás, a separação entre *sociedade civil* e *sociedade política* é retórica própria dos *Estados de Direito*, que personificaram numa pessoa jurídica fictícia a autoridade política, separando-a do restante da comunidade. A seguir estudaremos o *discurso* que circunda e descreve essa participação popular, essencialmente sob o prisma dos governos ditos *democráticos*, que são notoriamente aqueles que têm como pressuposto de existência essa interação entre indivíduo e Estado.

Cumpre ressaltar que este capítulo não será propriamente sobre a *democracia* como forma de governo, pois um longo arrazoado a respeito dessa específica forma de governo, além de desfocado, representaria tediosa repetição de tudo que já foi (e certamente ainda será) dito sobre esse instigante tema. Lembramos, ainda, que nosso objetivo é entender o funcionamento específico de um dos recursos retóricos de legitimação da relação jus-política em nosso auto-proclamado *Estado Democrático de Direito*, qual seja, a participação popular na elaboração das leis. Para alcance de tal finalidade, julgamos necessário apenas compreender como se descreveu a participação

popular nos governos ocidentais, sobre quais fundamentos ela se ergueu e como é exercido o poder nesses sistemas, seguindo a metodologia de análise escolhida para os demais tópicos deste trabalho, ou seja, o estudo no campo do *discurso oficial;* é dizer, quais os discursos pertinentes às razões de sua implementação, as conseqüentes implicações, da forma democrática de governo, do ponto de vista da imposição de normas na sociedade.

1. A participação popular no Estado: conceitos preliminares.

Como dissemos na introdução deste capítulo, a *participação popular* da qual trataremos é aquela que se desenvolveu nas estruturas estatais ocidentais modernas, ou seja, os *Estados Democráticos*.

Nesse contexto, antes de mais nada, é preciso compreender que a distinção entre *sociedade civil* e *sociedade política* foi uma construção ideológica de aspiração variada, tanto liberal[249] quanto marxista.[250] Independentemente da vertente ideológica a ser seguida, fato é que se estabeleceu uma diferença entre os membros de toda a comunidade (cidadãos) e os integrantes das diferentes instituições políticas (Estado), titulares do poder.[251] A partir dessa dicotomia, postula-se que ao Estado caberia a administração das questões políticas (ditas públicas), e à sociedade civil lidar com temas supostamente alheios a essas relações,

---

[249] A visão liberal clássica dessa dicotomia nos é apresentada por Maria Sylvia Zanella di PIETRO: "verificou-se, na Administração Pública do Estado Liberal, uma forte contradição entre a ideologia, segundo a qual o Estado devia atuar o mínimo possível, e o que efetivamente ocorreu, ou seja, o crescimento e robustecimento do Estado e, paralelamente, o crescimento e robustecimento da Administração Pública. Ideologicamente, prega-se a separação entre o Estado e a sociedade civil; dentro de sua órbita de atuação – em especial nas relações internacionais e na manutenção da ordem pública – o Estado devia ser forte, dispondo, inclusive, de aparelhamento coativo indispensável para atingir essas finalidades. Mas na esfera própria da sociedade civil – em especial no domínio econômico – o Estado na devia intervir." Cfr. PIETRO. M.S.Z. *Participação Popular na Administração Pública.* in. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros. 1/1993. páginas 127/128.

[250] Defendendo a origem marxista da separação entre sociedade civil e Estado, temos Norberto BOBBIO: "De todos os significados precedentemente analisados, o mais comum na linguagem política atual é o genericamente marxista." Cfr. BOBBIO. N. *Sociedade Civil*. in. BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. *Dicionário de Política*, 5ª edição, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000. página 1.210.

[251] Norberto BOBBIO descreve essa separação da seguinte maneira: "Na contraposição Sociedade civil-Estado, entende-se por Sociedade civil a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolveram à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais. Em outras palavras, Sociedade civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo como mediador ou suprimindo-os." Cfr. BOBBIO. N. *Sociedade Civil*. ob. cit. página 1.210.

como comércio, relações familiares, etc;[252] inclusive, a separação entre questões de *direito público* e *direito privado* é fruto dessa distinção.[253]

Estabelecida essa diferenciação, temos que nas estruturas políticas ditas *democráticas* possibilita-se aos membros da sociedade civil a *participação* nos atos do Estado (políticos), com diferentes instrumentos e graus, caracterizando-se assim a *participação popular* nos atos do governo.[254] É dessa *participação popular* que trataremos agora, com maior enfoque na atividade político-decisória uma vez que a lei e seu processo de formação, conforme vimos sustentando, é uma decisão política.

A doutrina do *teoria do estado* é quase unânime ao deliberar que as bases do *Estado democrático* moderno foram lançadas no final do Século XVIII, com as Revoluções Liberais.[255] Para esses revolucionários (especialmente os franceses e os americanos), era preciso substituir a figura do Monarca como referência de Soberano, colocando em seu lugar a sociedade, a comunidade, o conjunto de cidadãos, dando lugar ao que se denominou *Estado-nação*. Assim, cremos que a idéia de *soberania popular* deve ser compreendida tendo em cotejo a própria concepção originária da *soberania* do Estado, como fundamento jurídico do poder estatal.

A *soberania*, dentro da teoria política européia, é vista como aquela representação de uma autoridade *una, absoluta* e à prova de quaisquer contestações – seria "a potência absoluta e perpétua de uma República,"[256] nas palavras do já citado Jean BODIN. O Soberano é assim uma figura que *encarna* a autoridade, exercendo-a de forma dupla: por

---

[252] O advento do modelo de *Estado de Bem Estar Social*, partindo dessa premissa, propõe uma intervenção das instituições estatais em assuntos próprios da mencionada sociedade civil o que, segundo nos parece, reforça a diferenciação como teorema.

[253] Exemplificando, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO ensinava que o "Direito Administrativo, como ramo autônomo do direito público, é de recente formação. Realmente, como indagação científica só surgiu no século passado, embora sempre tenham existido normas jurídicas ordenando a atividade do Estado-poder, ou seja, sua organização e sua ação de criação de utilidade pública no Estado-sociedade, de modo direto e imediato, na consecução de seu fim. (...) Constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou, melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas e, outrossim, nas relações com os governados."Cfr. BANDEIRA DE MELLO, O.A. *Princípios gerais de direito administrativo*, volume I. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2007. página 76.

[254] Ilustrando a verbalização desse *discurso*, Maria Sylvia Zanella di PIETRO defende que a participação popular seria uma "característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade." Cfr. PIETRO. M.S.Z. *Participação Popular na Administração Pública*. ob. cit. página 133.

[255] Nesse sentido, apenas para exemplificar, DALLARI, D. A.: "A idéia moderna de um *Estado Democrático* tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores." *Elementos de Teoria Geral do Estado*. ob.cit., página 145, itálicos no original.

[256] Cfr. BODIN, J. *Les Six Livres de la Republique.* Paris: Librairie Générale de France. 1993, página 111, traduzimos.

um lado, impondo suas vontades dentro de seus domínios aos súditos[257] e, de outro, representando o ente estatal perante os seus pares, quais sejam, os demais Estados soberanos. Poderia ser um Rei, uma assembléia de pessoas, um grupo seleto de aristocratas; a questão é que essa soberania se reflete e emana de um órgão *corporificado*, *singularizado*, que detém a prerrogativa exclusiva de comandar a sociedade e impor os seus desígnios. Trata-se, a rigor, de uma criação teórica de juristas e filósofos, uma explicação retórica que busca conferir unicidade ao poder em torno de um só corpo, qual seja, o Estado Monárquico, mas que veio posteriormente a ser transportado e expandido para outras searas, como veremos.[258]

Detemo-nos nessas definições, porquanto essa idéia de autoridade *una* e *absoluta* fincou firmes raízes no *inconsciente político* europeu, de modo que as análises das relações de poder não conseguem escapar desse paradigma ao qual se encontram rigidamente presas. Remetemos aqui aos ensinamentos de Michel FOUCAULT que com razão apontava que "o personagem central, em todo o edifício jurídico ocidental, é o rei,"[259] sendo admissível estender a noção de *Rei* para o *Estado*. É dizer, o *poder* é conceituado, nessa dogmática e especialmente sob seus auspícios jurídicos, como algo único, monopolizado, extraído de uma só fonte, que, como queriam os primeiros intérpretes da soberania, deveria ser o Rei que corporificava o Estado. A relação de poder se resumiria, desta feita, a dois pólos: de um lado, aquele que exerce o poder por meio das leis e da jurisdição (Estado) e, de outro, quem se submete às leis e sentenças (sociedade civil) e, por via de conseqüência, ao próprio soberano.[260]

Já aduzimos que na seara jurídica, essa conceituação da soberania resultou na idéia de que para ser válido, o ordenamento tem de seguir determinada forma (a lei) e advir da *Instituição Soberana*. Se estivermos alheios a essa relação, não haverá Direito; haverá também *Justiça?* Não necessariamente, como muitos hoje admitem, mas essa *inquietante*

---

[257] Na síntese de José Reinaldo de Lima LOPES, a soberania "é o poder de dar leis, no qual se contém o poder de dispensar o seu cumprimento." Cfr. *As Palavras e a Lei*. ob. cit., página 145.

[258] "Os séculos XVII e XVIII", aduz José Reinaldo de Lima LOPES, "são os séculos da afirmação das doutrinas das fontes unitárias do direito, séculos da soberania. Toda lei procede do soberano e a que dele não procede diretamente subsiste apenas por causa da tolerância." Cfr. *As Palavras e a Lei*. ob. cit., página 203.

[259] Cfr. FOUCAULT.M. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard Seuil. 1997. página 23, traduzimos.

[260] Se nos for permitido sintetizar o conceito, diríamos que a relação de poder que se queria estabelecer se daria de modo linear, sem alternativas, sem desvios: tal relacionamento forçaria a obediência pela falta de opções. O sujeito passivo – *súdito* ou *cidadão* – tem de obedecer, e, ao mesmo tempo, o sujeito ativo – *soberano* – tem de mandar, porque esse é o seu papel. Fora disso, não há relação de poder na teoria da soberania.

questão foi cuidadosamente posta de lado pelos juristas e teóricos da soberania,[261] em favor de uma ordem jurídica única, absoluta e, também – talvez principalmente – segura.[262] Essa premissa de monopólio do poder pelo Estado impõe-se em todo o arquétipo jurídico ocidental, isso em detrimento dos diversos apontamentos das ciências sociais, segundo as quais o Estado soberano não é, por certo, a única fonte legiferante e controladora da sociedade.

Não obstante, foi em torno e por força dessa idéia absolutista e unitária de soberania, fundada, em sua origem, em favor dos príncipes, que os próprios opositores da forma monárquica de governo encontraram a solução para suas pretensões: sem abandonar as características acima apontadas, por ocasião das Revoluções Oitocentistas, a soberania deslocou-se da figura do monarca para este ser amorfo, indeterminado e abstrato denominado *povo*,[263] ou sociedade civil, num ambiente posteriormente descrito como sendo os *Estados-Nação*.[264]

Vale ressaltar que as referências ao poder popular são registradas há muito tempo na literatura política européia: de ARISTÓTELES a HOBBES, passando por Marsílio de PÁDUA e São Tomás de AQUINO, a *democracia* sempre foi tratada como forma admissível de governo, ainda que de forma meramente hipotética, ou teórica.[265] Da mesma

---

[261] A partir do Século XIX o Direito Civil – provavelmente a área do direito onde se testemunhou a maior proliferação de diplomas legais – é concebido e teorizado de modo totalmente alheio de questões ligadas à justiça. Conforme narra José Reinaldo de Lima LOPES, "no século XIX a justiça não compareceu mais no discurso introdutório dos cursos de direito civil, muito especialmente, a justiça distributiva. O direito civil construiu-se sobre os direitos individuais, sobre aquilo que Domat chamara de leis naturais, eternas e imutáveis, como uma espécie de desdobramento dos deveres dos seres humanos para com os outros apenas na esfera da coordenação. (...) O direito, segundo Ribas, nada mais é do que uma ordem de coação (Ribas, 1865:20). Os problemas de justiça, por serem problemas de princípio, não são aprofundados. Considerando que as fontes já se haviam convertido em assunto legislativo, a definição de direito mesmo competia ao direito civil propriamente." Cfr. *As Palavras e a Lei*. ob. cit., páginas 234 e 235.

[262] "A necessidade de calculabilidade e da confiança no sistema legal e na administração" leciona NEUMANN, "foi um dos motivos para a restrição do poder dos príncipes patrimoniais e do feudalismo, levando afinal ao estabelecimento do Parlamento com cuja ajuda a burguesia controlava a administração e o orçamento, ao mesmo tempo que participava da modificação do sistema legal." Cfr. NEUMANN. F. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar. 1969. página 49.

[263] Para Hans KELSEN, "o povo não é – ao contrário do que se concebe ingenuamente – um conjunto, um conglomerado, por assim dizer, de indivíduos, mas simplesmente um sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado." Cfr. KELSEN. H. *A Democracia*. 2ª edição. São Paulo: Martim Fontes. 2000. página 36.

[264] Para muitas comunidades esse *reducionismo* simplificador implicou em segregação e marginalização – sobre o advento do elemento teórico *povo* como representante do *Estado-nação*, Marco Antonio BARBOSA, ensina que "por mais de uma razão passou-se a agir sobre muitas identidades específicas (povos) de forma agressiva, desrespeitosa e mesmo etnocida. Um momento evidente do fenômeno é o surgimento e instauração do Estado-nação, sobretudo europeu, que a título de estabelecer uma identidade nacional arrasa outras identidades mais específicas, impondo-se sobre elas e assimilando-as voluntária ou coercivamente." Cfr. BARBOSA. M.A. *Autoderminação: direito à diferença*. São Paulo: Plêiade. 2001. página 58.

[265] De acordo com Georges BURDEAU, "durante séculos, teólogos e publicistas ensinaram que o povo era o detentor originário do poder; a existência das monarquias absolutas não foi nem por isso comprometida." Cfr. BURDEAU. G. *La Démocratie*. Paris: Seuil. 1956. página 35, traduzimos.

sorte, algumas sociedades com relações de poder semelhantes são contabilizadas no Velho Continente, conforme nos mostram os estudos de Robert DAHL.[266] Contudo, não restam dúvidas de que foram as revoluções francesa e estadunidense que deram a atual roupagem aos governos democráticos, como veremos a seguir. Nesses momentos históricos, essa forma institucionalizada de democracia ganhou força, notadamente, por conta da idéia de que a soberania do monarca (de um só) contra a qual se insurgiam seria tirânica e, por essa razão, ilegítima: ao povo – e somente a ele – cumpria exercer essa soberania, pois neste caso a sua vontade não seria despótica, visto que advinha de todos.[267]

Este foi o artifício que, baseado na distinção entre sociedade civil e Estado, colocou a participação da comunidade nos atos estatais como alicerce do exercício legítimo do poder institucionalizado. Como se sabe, é um discurso que, fundado na filosofia individualista liberal, associou a liberdade política à possibilidade de tomar decisões coletivamente dentro do ambiente estatal (*self-government*).[268] A inspiração nos ideais de Jean Jacques ROUSSEAU na elaboração desses modelos é significativa, e em todo momento é possível perceber o reflexo da noção de *volonté générale* nos discursos dos fomentadores da *democracia liberal*. Deveras, na teoria do autor genebrino, somente se justificaria ao cidadão firmar o *contrato social* na hipótese dele não ver tolhidas as suas *liberdades naturais*, o que se daria pela *submissão à vontade geral*, única forma de

---

[266] "Olhando para trás a partir da vantagem que oferece a percepção retrospectiva," escreve DAHL, "podemos ver com facilidade como no começo do século XVIII havia aparecido na Europa as idéias e práticas políticas que se converteriam em importantes elementos das visões e instituições democráticas posteriores." Diz ainda o autor em referência que "favorecidos por condições políticas e oportunidades presentes em alguns lugares da Europa – especialmente na Escandinávia, Flandres, nos Países Baixos, Suíça e Grã-Bretanha – a lógica da igualdade estimulou a criação de *assembléias locais* nas quais os homens livres podiam participar do governo, ao menos até certo ponto." Cfr. DAHL. R. *La Democracia*. Buenos Aires: Taurus. 1999, página 29, traduzimos.

[267] Como exemplo dessa retórica, citamos o discurso proferido por ROBESPIERRE na *Convention*, em 10 de maio de 1793: "A anarquia reinou na França desde Clóvis até o último dos Capetos. O que é a anarquia senão a tirania, que faz descer do trono a natureza e a lei, para ali colocar os homens! Os males da sociedade jamais vêm do povo, mas do governo. Como poderia ser diferente? O interesse do povo é o bem público; o interesse do homem que tem uma boa posição é o interesse privado. Para ser bom, o povo só precisa preferir ele mesmo àquilo que não é ele; para ser bom, é preciso que o magistrado se imole ele mesmo ao povo." E, em outro trecho, discorreu o jacobino: "O governo é instituído para fazer respeitar a vontade geral; mas os homens que governam têm uma vontade individual, e toda vontade procura dominar. Se empregam para esse uso o poder público de que estão armados, o governo não é outra coisa senão o flagelo da liberdade. Concluí, pois, que o primeiro objetivo de toda Constituição deve ser o de defender a liberdade pública e individual contra o próprio governo." Cfr. *Discursos e relatórios na convenção.* ob. cit., páginas 96 e 97. Na mesma seara, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, redigida em 4 de julho de 1786: "A história do presente Rei da Grã-Bretanha é a história de repetidas injúrias e usurpações, todos com a finalidade de estabelecer uma Tirania absoluta sobre esses Estados." Cfr. *Declaration of Independence*, disponível em www.archives.gov/national-archives-experience/charters/declaration_transcript.html, traduzimos.

[268] Segundo Georges BURDEAU, "a democracia é o regime da liberdade política, porque a autoridade é fundada na vontade daqueles que ela obriga." Cfr. *La Démocratie*. ob. cit., página 17, traduzimos.

soberania legítima.[269] E essa *volonté générale* nada mais seria senão a opinião colhida de todos os indivíduos a respeito dos assuntos do Estado – *inalienável, inseparável* e que *nunca erra*.[270]

Por via de conseqüência, foi a busca de um meio de instrumentalização prática do exercício da *soberania popular*, investida das características acima anunciadas, quem promoveu a conciliação da teoria dos *Estados de Direito* com a teoria *Democrática*.

De fato, nos capítulos anteriores vimos como o discurso do *Estado de Direito* pretendeu reduzir as relações de poder entre Estado e cidadão a limites estritamente legais. Considerando o princípio da legalidade (as partes envolvidas – ente estatal e indivíduo – somente podem fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei), as prerrogativas de comando, ou imposição de regras afiançadas ao ente estatal, *somente* poderiam se manifestar por meio da norma jurídica. Para essa visão particular do direito, a lei serviu de fundamento para a legitimação dos atos estatais; e a soberania, dentro da mesma retórica, foi *fonte política* dessa mesma legitimação vista até então em suas acepções apenas jurídicas. Em outros termos, se a norma jurídica é o *meio* pelo qual se legitimam as determinações do Estado, a soberania é a *origem* da capacidade, a identidade que deveria conferir ao agente emissor (Estado) daquelas ordens (leis) a sua autoridade. E é dentro desse mesmo silogismo que o *Estado de Direito* pretende adquirir igualmente a característica de ser *democrático*: seria por meio da promulgação de leis que o cidadão manifestaria sua vontade política; a lei seria *a forma* e a vontade do povo, *fonte* das normas constantes do ordenamento jurídico.

---

[269] Nas próprias palavras do filósofo em questão, "o que o homem perde pelo contrato social, é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e que ele pode alcançar; o que ele ganha, é a liberdade civil e a propriedade de tudo que ele possui. (...) Poderíamos adicionar à aquisição do estado civil a liberdade moral, que é a única capaz de tornar o homem verdadeiramente mestre de si; pois o impulso somente do apetite é escravidão, e a obediência à lei que nos prescrevemos é liberdade." Cfr. *Du Contrat Social*, livre I, ob. cit., página 37, traduzimos.

[270] Em outros termos, numa estrutura onde se implemente tal soberania popular seria devida a obediência ao Estado porque, num primeiro momento, estar-se-á obedecendo a si próprio, afiançando-se a tal liberdade política. Mas, por outro lado, também porque contrariar a determinação estatal não é somente uma agressão ao Estado, mas a toda coletividade. Se alguém desobedece ao soberano estará ofendendo, além de sua própria vontade, a de seus pares, seus vizinhos, seus concidadãos. Desse silogismo é que se extrai a lógica da soberania popular e da sua condição de legitimidade na imposição da vontade estatal: os atos do Estado democrático seriam legítimos porque eles decorreriam da vontade de todos, ou ao menos da maioria. A relação de poder, no momento em que impõe (ou proíbe) ao indivíduo alguma ação, ganha um reconforto, uma atenuação, pois passaria pela idéia de participação, de co-autoria. Não foge ao esquema linear de poder proposto originalmente pelos idealizadores da soberania – continua havendo uma parte que obedece e outra que comanda – só que no esquema democrático elas se confundem: o cidadão deve obediência ao Estado, ao mesmo tempo em que este último lhe é subserviente, ao menos em tese. Notamos, mais uma vez, a noção de absolutismo, de unidade: a vontade geral, tal qual imaginada por ROUSSEAU e inserida no discurso liberalizante democrático, é única e absorve a consciência de todos os cidadãos, e daí é que emergiria a legitimidade política de sua força soberana.

Não por acaso e confirmando a identidade dessa criação doutrinária com a concepção liberal de poder, essa idéia era defendida com ardor nos escritos de ROUSSEAU, para quem "o Povo submetido às leis deve ser seu autor; compete apenas àqueles que se associam de regular as condições da sociedade."[271] Desta feita, para o filósofo genebrino, a lei seria responsável por dar "movimento e vontade" ao corpo político que, para ser legítimo, deveria ser "regido pelas leis, qualquer que seja a sua forma de administração."[272] A veiculação da vontade popular (ou geral) pelas leis estatais, tal qual proposta na filosofia *rousseauniana*, foi um pensamento que, apesar de todas as mitigações sofridas, acabou sendo majoritário nas formações estatais ocidentais que se organizaram a partir do Século XVIII e que ainda hoje se faz presente em quase todas as nações do mundo.

Tal retórica pode igualmente ser facilmente constatada logo na primeira Carta Constitucional erigida sob tais bases teóricas – a Constituição estadunidense de 1787 –, onde lemos que "todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos", cuja Câmara de Representantes "será composta de membros eleitos bianualmente pelo povo dos diversos Estados." Os autores dessa Lei Maior declaravam que o povo era a "fonte primitiva de toda a autoridade,"[273] cabendo-lhe, ainda que de forma indireta, participar da formação do ordenamento jurídico-constitucional de um Estado que se quisesse legítimo.[274] Essa participação, aliás, não se daria somente na escolha dos legisladores, mas também na eleição de membros do poder executivo e judiciário.[275] Confirmando os efeitos práticos da estrutura constitucional criada pelos norte-americanos, Alexis de TOCQUEVILLE, ao reportar suas impressões a respeito da participação popular naquele país no início do Século XIX, afirmou que "lá a sociedade age por si e sobre si mesma."[276] Disse, ainda, que a forma pela qual tal sociedade manifestaria sua vontade seria a lei, sintetizando o discurso teórico que acabamos de mencionar segundo o qual "o povo participa da composição das leis pela escolha dos

[271] Cfr. *Le Contrat Social*, Livre II, ob. cit., página 51, traduzimos.
[272] Cfr. *Le Contrat Social*, Livre II, ob. cit., página 51, traduzimos.
[273] Cfr. HAMILTON. MADISON e JAY. *O Federalista.* Belo Horizonte: Líder. 2003. página 317.
[274] Ratificando tal conclusão, os textos *federalistas*, onde estão expostas as opiniões dos autores da Constituição de 1787, são expressivos elementos. Em determinado momento dessa obra, lemos que "o povo é a única fonte de toda a autoridade legítima e como só a sua vontade pode estabelecer a carta constitucional que dá existência e poder aos diferentes ramos do governo, a esta única fonte é que se deve recorrer, não só para estendê-los, restringi-los e alterá-los, mas ainda para corrigir os efeitos das usurpações recíprocas que tiverem alterado os seus direitos constitucionais." Cfr. HAMILTON. MADISON e JAY. *O Federalista.* ob. cit., página 310.
[275] Cfr. HAMILTON. MADISON e JAY. *O Federalista.* ob. cit. páginas 317 e seguintes.
[276] Cfr. TOCQUEVILLE. A. *A Democracia na América.* São Paulo: Martins Fontes. 1998. página 68.

legisladores, da sua aplicação pela eleição dos agentes do poder executivo; podemos dizer que governa por si mesmo, a tal ponto a importância deixada à administração é fraca e restrita, a tal ponto ela é marcada por sua origem popular e obedece ao poder de que emana."[277]

Das teorias que expusemos gostaríamos de guardar – porque julgamos de maior relevância para nosso estudo – os conceitos de *Estado Soberano*, como única entidade legisladora, e de *vontade do povo*, como fonte dessa soberania. Esses dois elementos são pilares que não sofreram abalos ao longo do tempo. Ao contrário, fortificaram-se na teoria democrática ocidental, como fazem prova, à guisa de exemplo, o alargamento dos direitos de sufrágio (às mulheres, a extinção do voto censitário, etc.), ou dos mecanismos de participação da sociedade civil nos diferentes órgãos da administração pública.[278] Da mesma forma, as instituições políticas (como constituições, por exemplo) de qualquer governo no mundo que queira se ver reconhecido como legítimo procuram ostentar, ao menos em tese, as características descritas.[279]

Assim, evitando alongamentos desse assunto, e na busca de uma clara visão desse sistema de governo que abriria espaços para uma *participação popular* ou, simplesmente, uma *democracia*, reproduziremos as palavras de Norberto BOBBIO para quem ela é "caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos,*" onde "todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente."[280] A *decisão estatal* será então, soberana e, portanto, legítima, desde que

---

[277] Cfr. TOCQUEVILLE. A. *A Democracia na América.* ob. cit. página 68. A imagem utilizada por este autor para concluir seus pensamentos é bastante forte: "O povo reina sobre o mundo político americano como Deus sobre o universo. Ele é a causa e o fim de todas as coisas. Tudo provém dele e tudo nele se absorve." Cfr. TOCQUEVILLE. A. *A Democracia na América.* ob. cit. página 68.

[278] Maria Sylvia Zanella di PIETRO fala em *fases da evolução da Administração pública*, e uma delas seria justamente aquela na qual "a participação do particular já não se dá mais nem por delegação do poder pública, nem por simples colaboração em uma atividade paralela. Ela se dá mediante a atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública." Cfr. PIETRO. M.S.Z. *Participação Popular na Administração Pública.* ob. cit. página 133.

279 A essa conclusão também chegou o pensador francês Raymond ARON, para quem "a soberania não passa de uma ficção jurídica. O povo é soberano?" indaga ele, "a fórmula pode ser aceita indiferentemente pelos regimes ocidentais, pelos regimes fascistas, pelos regimes comunistas. Não há por assim dizer regime contemporâneo que não pretenda, de certa maneira, ser fundado na soberania popular. O que varia são os procedimentos jurídicas ou políticas, pelas quais essa autoridade legítima é transmitidas do povo aos seres reais." E, finalmente, conclui: "Por outras palavras, o que diferencia os regimes, são os procedimentos de escolha dos chefes políticos, os modos de designação dos possuidores do poder de fato, as modalidades segundo as quais se vai da ficção da soberania à realidade do poder." ARON, R. *De la démocratie au totalitarisme*. Paris: Gallimard. 1965, página 56, traduzimos.

[280] Cfr. BOBBIO. N. *O Futuro da Democracia*. 10ª edição. São Paulo: Paz e Terra. 2006. páginas 30 e 31.

tomada por um determinado grupo pré-estabelecido de pessoas (alguns, vários, todos?) consideradas capazes e aptas a tomá-la.[281]

Percebemos nas palavras do pensador italiano que utilizamos como referência a noção de *absolutismo*, de unidade, na medida em que se facultaria ao "grupo social" *participar* das tomadas de decisões que vincularão a todos.[282] E é por esse artifício de linguagem, que reduz a pluralidade de opiniões contidas numa sociedade a um só elemento, qual seja o *povo*, o *corpo social*, ou ainda a *sociedade civil*, que a moderna democracia tenta sobreviver em meio a suas contradições. Por outros termos, o sistema democrático não rompe com a idéia de unicidade estatal porque, muito embora as decisões do governo advenham da união das diversas vontades de todos os cidadãos, todas elas convergem num ponto, ou corpo comum: o *Governo Soberano*.

Desde a Queda da Bastilha e da Declaração de Independência pelos estadunidenses, muito se passou, pensou, escreveu e se realizou no âmbito do *governo democrático* – chegamos, por meio dessas breves linhas, a uma definição mínima do que é participação popular e como ela é entendida e propalada nos Estados ocidentais hodiernamente. Passados mais de dois séculos e apesar de todas as críticas e relativizações que o teorema democrático sofreu, ainda é plenamente possível, muito comum aliás, lermos que a elaboração de leis por representantes eleitos é a forma de exercício mais pungente da Democracia. Nesse sentido, apenas ilustrando, tem-se na clássica doutrina que "a democracia, no plano da idéia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo."[283]

Essa leitura do governo democrático traz consigo várias conseqüências de ordem prática, mas nos concentraremos em três assuntos que nos aparecem como os mais relevantes no que respeita à participação popular no processo legislativo: a *representação política*, a *qualidade da decisão estatal* e, finalmente, a *relação entre maioria e minoria* no ambiente democrático.

---

[281] São muitas as variáveis, tipos e formas de determinação desse *quantum*, que mudam de acordo com fatores igualmente alternáveis. Basta, para demarcarmos os limites teóricos de nossos debates, estabelecermos que o *direito de sufrágio* muda conforme os dados sócio-culturais dos Estados em cotejo.

[282] José Afonso da SILVA leciona que "a democracia, em verdade, repousa sobre *dois princípios fundamentais* ou *primários*, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da *soberania popular*, segundo o qual o *povo é a única fonte do poder*, que se exprime pela regra que *todo o poder emana do povo*; (b) a *participação, direta ou indireta, do povo no poder*, para que este seja efetiva expressão da *vontade popular*." Cfr. SILVA. J.A. *O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa.* in Revista do Advogado. Ano XXIII, novembro de 2003, página 95, itálicos no original.

[283] Cfr. KELSEN. H. *A Democracia*. ob. cit. página 35.

2. Algumas implicações práticas do sistema democrático de governo.

Na obra do cientista político estadunidense Robert DAHL lemos que para que um país se governe democraticamente, ele deverá contar com "certas combinações, práticas e instituições políticas, que significam um avanço importante, ainda que não completo, em direção da realização dos critérios democráticos ideais."[284] Essas combinações são sintetizadas pelo autor em seis elementos que serão nosso sustentáculo na análise dos três temas acima listados no final do item 1, os quais seriam: 1. Cargos públicos eleitos; 2. Eleições livres, imparciais e freqüentes; 3. Liberdade de expressão; 4. Fontes alternativas de informação; 5. Autonomia das Associações e; 6. Cidadania inclusiva.

Os dois primeiros itens - *cargos públicos eleitos* e *as eleições livres, imparciais e freqüentes* – dizem respeito a um aspecto bem característico das democracias liberais: trata-se de uma relação eminentemente *representativa*, em que a participação da população é exercida de forma *indireta*, por meio de mandatários eleitos.[285]

Na breve lição de José Afonso da SILVA, "*democracia representativa* é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente."[286] Opõe-se ao modelo de democracia *direta*, na qual os cidadãos atuariam pessoalmente nos negócios políticos, sem quaisquer intermediários ou representantes, o que teria ocorrido na *mitológica* Atenas, ou ainda nos *lendários landsgemeinde*, que seriam "ainda praticados em raríssimos Cantões da Suissa taes como no de Glaris, Unterwal, e Appenzel."[287] Na via intermediária fala-se em *democracia semi-direta*, que seria a "complementaridade entre representação tradicional" e "formas de participação direta."[288] É inútil nos alongarmos sobre essas terminologias pois, como bem

[284] Cfr. DAHL. R. *La Democracia*. ob. cit., página 97, traduzimos.
[285] Isso em clara contradição ao pensamento de ROUSSEAU, que era frontalmente contrário à representação da *volonté générale*, que ele tinha como *inalienável*.
[286] Cfr. SILVA.JA.S. *O sistema representativo...* ob.cit. página 97.
[287] Cfr. BANDEIRA DE MELLO. O.A. *O Referendum legislativo popular*. São Paulo: RT. 1935. página 21. O mencionado autor descreve assim o funcionamento dos *landsgemeinde*: "Annualmente os cidadãos dessas localidades retomam directamente o poder governamental que, transitoria e muito restrictamente, haviam delegado a certos indivíduos. Assim, cada eleitor é ao mesmo tempo deputado. Os negócios nesse regime são tratados directamente pelo povo, excepto o referente à administração diária, que é conferido aos já mencionados funcionários electivos, sendo desconhecidos os congressos legislativos." Cfr. BANDEIRA DE MELLO. O.A. *O Referendum legislativo popular*. ob. cit. páginas 21 e 22.
[288] BENEVIDES. MV.M *A Cidadania Ativa.* 3a edição. São Paulo: Ática. 2003. página 15.

explica Maria Vitória de Mesquita BENEVIDES, opor umas as outras é exercício infrutífero: não existe hoje democracia nem representativa, nem direta, na pura acepção de seus termos, sendo que na maior parte dos países (especialmente os que serão aqui estudados), encontramos institutos ligados às duas formas de exercício da soberania popular em vigência, com incontestável predomínio de instrumentos afeitos ao formato representativo.[289]

Assim, no âmbito das modernas democracias, a vontade popular, tida como base do edifício da soberania dita *do povo*, não é a reunião de todas as vontades tomadas coletivamente, mas apenas daquele grupo que essa mesma população escolheu para tomar as decisões em seu lugar.[290] A relação de representação firmou-se na convicção de que o mandatário (deputado, presidente) deve ter liberdade plena para agir de acordo com seu alvedrio, de modo que o chamado *mandato imperativo*,[291] segundo o qual à população caberia comandar ou determinar as decisões do representante, sempre foi visto como elemento nocivo à relação político-representativa.[292]

---

[289] Cfr. BENEVIDES. MV.M *A Cidadania Ativa.* ob. cit. páginas 44 e seguintes.

[290] A justificativa mais comum para tal medida é de questão prática: como fazer, de fato, para que cidadãos tão numerosos quanto dispersos geograficamente se manifestem sobre os assuntos políticos? Respondendo à tal indagação, Robert DAHL obtempera que "a única solução factível, ainda que seja muito imperfeita, é que os cidadãos elejam os cargos mais importantes e os submetam a uma prestação de contas mais ou menos eficaz por meio de eleições, despedindo-os, por assim dizer, em eleições sucessivas." Cfr. *La Democracia*. ob. cit., página 108, traduzimos. Não podemos deixar de mencionar, igualmente, as ressalvas de natureza filosófica quando o assunto é entregar ao povo diretamente a titularidade das deliberações estatais; nesse sentido, MONTESQUIEU, antes mesmo de ver instaurada uma democracia na prática, já afirmava: "O povo é admirável quando escolhe aqueles aos quais deve delegar uma parte de sua autoridade. Ele deve ser determinado apenas por coisas que não pode ignorar e por fatos que se encontram à vista. (...) Mas seria ele capaz de conduzir um negócio, conhecer os lugares, as oportunidades, os momentos, e aproveitar-se disso? Não, não seria capaz. (...) Assim como a maioria dos cidadãos, que têm pretensão bastante para eleger, mas não para serem eleitos, o povo, que tem capacidade suficiente para fazer com que se prestem contas da gestão dos outros, não está capacitado para gerir." Cfr. MONTESQUIEU. C. de S., Baron de. *O Espírito das Leis*. ob. cit., página 21.

[291] Segundo Mônica Herman CAGGIANO, "o mandato representativo ingressa no contexto político dos últimos 200 anos com o perfil de *freeies mandat*, ou mandato livre; o congressista, na qualidade de representante de toda a comunidade social, permanece desvinculado dos interesses individuais de seus eleitores. E a configuração do mandato imperativo – a primeira modelagem da representação política, vinculando o representante ao corpo de representados – passou a ser taxativa e expressamente expurgada das constituições." Cfr. CAGGIANO.M.H.S. *A fenomenologia dos trânsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro.* in. LEMBO. C. e CAGGIANO.M.H.S. *O voto nas Américas.* São Paulo: CEPES. 2008, página 227, itálicos no original.

[292] É conhecido o discurso de BURKE ao Parlamento britânico, no qual ele afirmava que aquele local "não é um congresso de embaixadores de diferentes e hostis interesses; cujos interesses cada um deve manter, como um agente e advogado; o Parlamento é uma assembléia deliberativa de uma nação, com um interesse, que é o do todo." Cfr. *apud* CAGGIANO.M.H.S. *A fenomenologia dos trânsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro.* ob. cit. página 227. Da mesma sorte, é igualmente célebre a discussão ocorrida na *Assemblée Nationale* revolucionária, perante a qual cada deputado pretendia defender apenas e tão somente os interesses de seus representados; o abade SIEYÈS saiu-se com a idéia de *interesse da Nação*, em oposição aos interesses deste ou daquele grupo, que começavam a minar qualquer forma de consenso, prejudicando a legitimidade das deliberações daquele Parlamento. Como aplicação prática dessa visão da relação de

O rito decisório do processo legislativo contém parcas previsões para que se dê a intervenção popular direta, que serão objeto de estudo mais acurado à frente – a sociedade agirá, via de regra, por meio de seus representantes, que poderão a qualquer momento propor uma lei ou apresentar emendas ao projeto de lei. Claro que os cidadãos poderão pressionar os seus parlamentares a tomarem uma atitude em determinada norma, afinal de contas, trata-se de uma relação de representação em que um deve prestar contas ao outro – *accountability* (mesmo que no Brasil esse conceito seja de frágil disseminação) –, mas do ponto de vista estritamente *legal*, não existe nenhum liame *obrigacional*. Aliás, bem ao contrário, além da vedação ao mandato imperativo, há muitos casos previstos na legislação parlamentar pátria em que a votação é secreta, o que impede aos cidadãos de nem ao menos saberem como votaram seus representantes.

Quem exerce igualmente um importante papel na questão da representação são os *partidos políticos*, agremiações de vários representantes políticos que se unem por afinidade ideológica ou de interesses.[293] Os *partidos políticos*, que começaram a surgir a partir da metade do Século XIX como clandestinos, logo encontraram seu lugar no sistema democrático contemporâneo, dispondo até mesmo de tratamento legal e constitucional no estado brasileiro.[294] Evidente que há casos em que se faculta ao corpo eleitoral decidir diretamente – como nos plebiscitos e referendos – mas a grande maioria das decisões políticas (seja um ato do poder legislativo ou do executivo) é mesmo tomada pelos mandatários eleitos para tais finalidades, tendo em conta ainda as orientações partidárias.[295]

---

representação política, o artigo 27 da Constituição Francesa de 1958 é incisivo: "Todo mandato imperativo é nulo."

[293] A definição de Raymond ARON é a seguinte: eles são "*agrupamentos voluntários, mais ou menos organizados, cuja atividade é mais ou menos permanente, que pretendem, em nome de uma certa concepção do interesse comum e da sociedade, assumir, sozinhos ou em coalizão, as funções do governo*." Cfr. ARON. R. *Démocratie et Totalitarisme*. ob. cit. página 117, traduzimos, itálicos no original.

294 O Capítulo V da Constituição Federal de 1988 é todo ele dedicado à disciplina dos partidos políticos, constando no artigo 17 o seguinte: "É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei." Da mesma forma, a Lei Ordinária 9.096/95, que "Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal."

[295] Comentando a adoção do método representativo no Brasil, Fábio Konder COMPARATO obtempera que "as características da soberania popular reduziram-se, pois, ao fato de que a vontade do povo é considerada a fonte de todos os poderes políticos, desaparecendo a prerrogativa de uma intervenção direta nos processos de governo. A partir de 1934, todas as Constituições brasileiras se abrem com a proclamação de que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. A solenidade da fórmula encobre o efetivo recuo histórico da soberania popular, pela eliminação de todo o poder ativo do 'soberano.'" Cfr. COMPARATO. F.K. *Para viver a democracia.* ob. cit. página 69.

Há um ponto em que a doutrina da democracia atual se mostra extremamente sensível e demonstra destacado rigor: a exigência de que as eleições – momento de escolha desses mandatários – sejam *livres, imparciais e freqüentes*. Justifica-se o cuidado porquanto um dos fundamentos de legitimidade desse sistema de governo seria a igualdade dos cidadãos na faculdade de fazer as escolhas políticas,[296] e a mera *suspeita* de falta de isonomia ou *fraude eleitoral* seria suficiente para pôr abaixo toda construção legitimadora.[297]

Esses dois elementos combinados (*representantes eleitos* e *eleições livres, freqüentes e imparciais*) serviriam para assegurar um controle do cidadão sobre a *agenda* governamental: por meio da supervisão dos atos dos representantes, combinado com a periodicidade e isonomia das eleições, é que seria possível ao indivíduo acompanhar e, mais do que isso, dirigir as ações estatais. Essa seria, em termos práticos e atuais, a maneira encontrada pelos ordenamentos constitucionais hodiernos para tornar possível o exercício da *soberania popular*.

Ao tema da elaboração de leis a representação política e os direitos de sufrágio mostram-se fulcrais, pois são, ao menos em tese, os representantes escolhidos os titulares das prerrogativas de propor, elaborar, emendar vetar ou sancionar os projetos legislativos. Seguindo os limites impostos pela teoria democrática moderna, a participação popular no processo de elaboração de leis será, em princípio, *indireta*. A manifestação da vontade legislativa dos cidadãos será sempre por meio dos seus representantes, e aos eleitores caberá apenas escolhê-los ou, quando muito, cuidar para que o congressista que tomar medidas que contrariem os desejos do corpo eleitoral não seja re-eleito.

---

[296] Comenta DAHL: "Como visto, se aceitamos a conveniência da igualdade política, *então* todo cidadão deve ter uma *oportunidade igual e efetiva de votar, e todos os votos devem ser contados como iguais.*" Cfr. DAHL. R. *La Democracia*. ob. cit., página 110, traduzimos.

[297] Que fique bem claro que, segundo nosso sentir, a falta de igualdade somente é reconhecida como defeito quando ela vem violar os regramentos pré-estabelecidos. Admitiu-se por muito tempo que às mulheres ou às pessoas menos abastadas não caberia votar, sem que isso constituísse um questionamento significativo do sistema representativo. Deveras, a qualificação das pessoas dotadas de capacidade jurídica para escolherem esses representantes não é um dado fixo, variando de acordo com elementos sócio-culturais de cada país, sendo certo que o alargamento do direito de sufrágio (i.e. do direito de participar da escolha dos mandatários) fruto de modificações que ocorreram em paridade com mutações nas sociedades ocidentais. Aliás, para Fábio Konder COMPARATO, foi "justamente pela delimitação da cidadania que os regimes políticos ditos democráticos têm conseguido conter a soberania popular dentro de proporções adequadas ao efetivo exercício do governo, pelos delegados das minorias poderosas. Voto censitário – igualdade formal de circunscrições eleitorais desiguais em número e classe de eleitores, exclusão do voto das mulheres, dos indígenas e dos analfabetos – são alguns dos processos mais usados para restringir, concretamente, a definição do povo soberano." Cfr. COMPARATO. F.K. Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense. 1989. página 69. Por isso é que o objeto ideal da legitimação dos sistemas eleitorais não é propriamente encontrar um meio de colher a vontade de toda a sociedade, mas assegurar que aqueles habilitados poderão exercer suas escolhas de forma livre e freqüente.

Por outro lado, o que se percebe é que, por maiores que sejam os esforços em fomentar essa ingerência do indivíduo no Estado (a participação popular), o *discurso* esbarra sempre nas *realidades* da representação política. A criação dos partidos políticos, a vedação ao mandato imperativo, a independência sempre reclamada do mandatário são instrumentos que mitigam, por vezes impedem a ação direta do cidadão sobre o governo. O máximo que a *democracia representativa* estabeleceu foi uma relação de *intermediação* e não de *comando* entre o corpo eleitoral e o corpo político, porquanto ao cidadão não cabe determinar ao Estado como agir, mas eleger um representante que, inserido num ambiente institucional determinado, tentará fazer valer essa vontade – isso em detrimento do que propunha Jean Jacques ROUSSEAU e fazem crer os textos constitucionais mais notórios.[298] O centro das decisões políticas – dentre as quais incluímos, evidentemente, a elaboração das normas jurídicas estatais – desloca-se dos cidadãos e se coloca nos membros do estamento político, pois a eles cabe, a rigor, tomar as deliberações.

É claro que esses mandatários não são de todo independentes e devem mesmo, em algum momento e por menor medida que seja, prestar contas aos seus eleitores; várias são, aliás, as interpretações que os estudiosos da representação política nos oferecem para compreender como se dá esse relacionamento, e em todas elas percebemos a preocupação em estabelecer algum liame de responsabilidade ou comprometimento (*responsiveness*) com o eleitorado.[299] Não obstante, o molde representativo parece não cumprir suas promessas de ser um sistema capaz de promover o exercício da soberania popular, quanto menos no que tange à elaboração normativa: fala-se de uma *crise do sistema representativo* caracterizada, sumariamente, pelo distanciamento entre a vontade dos indivíduos e os atos promovidos pelos representantes por eles eleitos.[300] Essa *crise de*

[298] Georges BURDEAU também aponta esse distanciamento, aduzindo que "a democracia clássica admitia como legítima somente uma vontade: a da nação formulada por seus representantes. Hoje existem duas vontades: a do grupo, imperativo fora de toda formatação jurídica, e a dos governos. Segue-se a isso que a potência legal, a potência estatal, pode não corresponder ao poder do povo. E nesse hiato eventual situa-se a explicação do fenômeno capital aos quais os regimes democráticos contemporâneos devem sua fisionomia própria: o surgimento dos poderes de fato." Cfr. *La Démocratie*. ob. cit. página 43, traduzimos.

[299] Estudioso do assunto, Celso Fernandes CAMPILONGO as resume em duas principais vertentes: "Existem duas correntes a respeito do que seja a relação de representação: a primeira encara-a como uma 'relação inter-individual' entre representante e representado; a segunda vê os representantes como um grupo (a assembléia) que representa a comunidade como um todo, isto é, uma relação 'intergrupal.'" Cfr. CAMPILONGO. C.F. *Representação Política.* São Paulo: Ática. 1988. página 15.

[300] Celso Fernandes CAMPILONGO sintetiza cinco fatores que contribuem para a *crise de representação política*. São elas a *i) perda de centralidade do conflito entre trabalho e capital, ii) a excessiva fragmentação dos interesses sociais, iii) o fenômeno das agregações provisórias, iv) a perda de centralidade do circuito Governo-Parlamento como itinerário das decisões políticas* e *v) a redução da política econômica à política conjuntural e de manobra monetária*. Pare ele, "este conjunto de fatores sócio-políticos extremamente vinculados é revelador da incapacidade do modelo tradicional de representação social. Existe um *gap* entre o sistema social e o sistema político, e o direito constitucional não está apto para elaborar um esquema

representatividade pode ser percebida quando miramos para a maioria dos ordenamentos jurídicos mundiais, que não raro se formam verdadeiramente à revelia dos desejos da sociedade. O que poderia, à primeira vista, aparecer como um contra-senso (na medida em que o mandatário deveria, ao menos em tese, acompanhar ou se identificar à vontade de quem o elegeu), consubstancia-se num *lugar-comum* de todos os governos democráticos: a insatisfação dos eleitores com as decisões tomadas pelo corpo político, notadamente a formatação de leis que se mostram inadequadas, débeis ou em desacordo com a vontade dos mandantes.

Por sua vez, a *liberdade de expressão* e as *fontes alternativas de informação* são elementos que podem trazer instigantes implicações, especialmente porque colocam o problema da *qualidade da decisão estatal* nos governos democráticos – e se pensamos em *decisões do Estado*, evidentemente que temos o momento de formação das leis em mente. Vimos que na definição de Norberto BOBBIO "todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros." Aqui é que entra o problema da formação e conteúdo da opinião dos eleitores que escolherão aqueles que vão legislar sobre os temas relevantes da sociedade.

Mesmo considerando a relação de representatividade e suas limitações, fato é que a escolha (eleição) de determinado político ou partido político é um passo firme na fixação de uma postura político-legislativa a ser adotada, que seguirá critérios de ideologia, religião, defesa de determinados grupos de interesses, atendimento de certas reivindicações específicas. A questão é colocada com maior ênfase quando tratamos dos casos em que a provação das leis é feita de modo direto, como nos plebiscitos e referendos.[301]

Todavia, o significativo aumento do escopo de intervenção estatal – especialmente com o advento do modelo de *Estado de Bem-Estar Social* – colaborou para fomentar o clima de *inflação legislativa* do qual falávamos anteriormente, de modo que as normas hodiernamente promulgadas dizem respeito a uma gama enorme de assuntos da comunidade: as leis hoje vigentes abordam temas que variam da regulamentação da taxa de

---

interpretativo que explique os reflexos dessa situação. As interpretações normativistas tendem a reduzir o Estado ao ordenamento jurídico: visualizam a representação política apenas sob o prisma técnico-formal da sua composição, sua situação com referencia à divisão dos poderes e os procedimentos de elaboração legislativa." Cfr. CAMPILONGO. C.F. *Representação Política.* ob. cit. páginas 50 a 55.

[301] Interessante é que alguns teóricos da democracia, especialmente os anteriores à sua implementação prática, sustentavam que essas escolhas nunca seriam prejudiciais à sociedade no ambiente de soberania popular, pois o indivíduo não tomaria decisões que lhes seriam nocivas; No *Contrato Social* de Jean Jacques ROUSSEAU, lemos o que segue: "Sobre essa idéia vemos no mesmo instante que não se pode mais perguntar a quem cabe fazer as leis, já que elas são atos da vontade geral; (...) nem se a lei pode ser injusta, pois ninguém pode ser injusto contra si próprio; nem como somos livres e submetidos às leis, já que elas não passam de registros de nossas vontades." Cfr. *Le Contrat Social,* Livro II, ob. cit., página 51, traduzimos.

juros ao tratamento das pesquisas genéticas com células-tronco. Dessa forma, o ordenamento jurídico-estatal regulamenta, como é cediço, temas tão variados quanto complexos, o que exigiria dos eleitores – que exercem as decisões de forma *direta* (como nos referendos) ou *indireta* (ao escolherem os mandatários que tomarão as decisões por eles) – conhecimentos (em economia, ciência social, biologia, ecologia, etc...) igualmente vastos e, a rigor, impossíveis de serem alcançados.

Impossível olvidar, também quanto ao assunto da *qualidade das escolhas políticas*, a maleabilidade das massas populares, permeáveis a impulsos imediatistas ou diagnósticos precipitados sobre determinadas situações,[302] fazendo com que as regras de direito que pretendem implementar não raro sejam frutos de manipulação demagoga, impressões açodadamente formadas, ou simplesmente despidas de qualquer comprometimento com as conseqüências práticas.[303]

---

[302] Em seus estudos sobre a psicologia em nível coletivo, Sigmund FREUD observou que "um grupo é extremamente crédulo e aberto à influência; não possui faculdade crítica e o improvável não existe para ele." Em outro excerto, o pai da psicanálise moderna aduz que "quando indivíduos se reúnem num grupo, todas as suas inibições individuais caem e todos os instintos cruéis, brutais e destrutivos, que neles jaziam adormecidos, como relíquias de uma época primitiva, são despertados para encontrar gratificação livre." Cfr. FREUD. S. *Psicologia de Grupo e Análise do Ego.* in Obras *psicológicas completas de Sigmund Freud.* Volume XVIII. Rio de Janeiro: Imago. 1996. páginas 88 e 89. Outrossim, Gustave LE BON, principal fonte inspiradora de FREUD para o texto supra retratado, afirma que "os principais traços do indivíduo numa massa são o desvanecimento da personalidade consciente, a predominância da personalidade inconsciente, a orientação num mesmo sentido, por via de sugestão e do contrário, de sentimentos e de idéias, e a tendência a transformar imediatamente em acto as idéias sugeridas. O indivíduo já não é ele próprio, mas sim um autômato cuja vontade se tornou incapaz de guiar." Cfr. LE BON. G. *Psicologia das Massas.* Lisboa: Ésquilo. 2005. página 46.

[303] Nos lembramos da *Lei de Crimes Hediondos* (nº 8.072, de 25 de julho de 1990), que sofreu alteração por meio da Lei 8.930/1994, para incluir no rol do seu artigo 1º o homicídio, fruto de intensa pressão midiática, em virtude do brutal assassinato da filha de uma diretora de novelas do Canal Globo de Televisão. Ainda que não tenha advindo de iniciativa popular (as assinaturas foram colhidas, mas o projeto foi encaminhado pelo Presidente da Comissão Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do Estado do Rio de Janeiro), a inovação legislativa foi notoriamente provocada pela comoção do momento e em resposta a uma grita que se generalizou. Essa alteração legislativa é alvo de críticas acintosas de parte respeitável dos doutrinadores do Direito Penal, para quem ela não atenderia aos requisitos de re-inserção do criminoso em sociedade, o que seria um dos papéis do Estado na aplicação da penalidade. Na mesma seara, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 2º da norma vertente, em acórdão assim ementado: "PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90." Cfr. HC 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23/02/2006, maioria de votos. Não discutimos a qualidade nem da lei e nem da sua crítica: pretendemos apenas demonstrar como num ambiente democrático as leis podem ser promulgadas como resultado de forças momentâneas ou episódicas, aliada a uma bem montada estratégia midiática, ainda que a norma possa não ser socialmente adequada, efetiva ou simplesmente constitucional.

Destarte, a problemática está assim colocada: como se certificar que uma determinada orientação tomada num ambiente democrático será a mais acertada? Não seria necessário ao cidadão que elegerá um (ou vários) candidato, ou deliberará diretamente, ter conhecimentos específicos sobre as matérias a respeito das quais esse político legislará? Como fazer para que os impulsos irracionais das decisões tomadas na seara coletiva sejam domesticados? Em síntese, como saber que as deliberações ou conclusões tomadas por todos e que levarão à formação do ordenamento jurídico serão as melhores para a comunidade?

Quando Robert DAHL coloca a liberdade de expressão e a presença de fontes alternativas de informação como sustentáculo de uma democracia, quer ele mostrar que para se formar uma decisão política de qualidade, é necessário que a população tenha acesso a dados das mais variadas matizes, com vistas a formar seu convencimento sobre os assuntos de seu interesse.[304] A sua preocupação é de assegurar que os cidadãos não estejam permanentemente atrelados à classe política em exercício ou a determinada vertente ideológica, criando um círculo vicioso autoritário e auto-referente do ponto de vista do conhecimento. A *democracia ideal* seria, dessa forma, um ambiente no qual todos poderiam decidir com razoável nível de conhecimento, o que poderia, em tese, evitar manipulações e erros grosseiros.

Contudo, de acordo com nosso pensamento, esse problema parece mesmo ser de dificílima solução, pois é próprio do esquema absolutista dos *Estados de Direito*: a pretensão de ser a única fonte legítima da regulação da vida social, aliada à de não deixar qualquer lacuna ou espaço alheio ao *império do direito positivo*, torna impossível obter um conhecimento amplo, geral, irrestrito, quanto menos *acertado*, sobre todo e qualquer assunto, sobretudo considerando o aprofundamento e especialização pelos quais passaram as ciências nos últimos séculos.

Com efeito, um Prêmio Nobel de economia estará apto a tomar decisões respeitáveis e acatáveis no âmbito de sua especialidade, e que ainda assim poderão ser contestadas (por critérios ideológicos, por exemplo); mas pedir para ele elaborar uma norma que diga respeito a questões de saúde pública provavelmente resultará em calamidade. Mais do que isso: é uma realidade que não existe conhecimento absoluto sobre nenhum assunto. Pressuposto da ciência, aliás, é a possibilidade de questionar-se as

[304] Em suas próprias palavras, a liberdade de expressão é necessária "para que os cidadãos possam *participar* efetivamente da vida política," "adquirir uma *compreensão ilustrada* das ações e políticas governamentais possíveis" e para poder "influir na *agenda* das decisões políticas." Cfr. DAHL. R. *La Democracia*. ob. cit., página 112, traduzimos, itálicos no original.

hipóteses por ventura formuladas. É dizer: qualquer decisão, política ou não, ainda que partir de pressupostos técnico-científicos, será, por definição, questionável; que dizer então de decisões políticas? Finalmente, as melhores decisões políticas muitas vezes não são pautadas pelo critério exclusivamente técnico, pois exigem a acomodação de diversos interesses, e no mais das vezes representam a exclusão de determinado argumento (não raro o técnico-científico) para o acolhimento de outros.[305] Logo, é uma utopia pretender que certa regra positivada será a mais adequada porque atendeu aos *melhores* critérios científicos, porque a verdade de hoje poderá não ser a mesma amanhã. Qual a solução então?

A retórica da democracia responde a essa problemática com a adoção de outro paradigma que o técnico-científico na formação da lei. Nos referimos a esse assunto quando tratamos do processo legislativo, afirmando que, apesar da atenção dada às informações técnicas – as comissões das casas parlamentares têm essa função – o critério de aceitação ou legitimação social não é a qualidade, efetividade ou justiça do ato estatal (lei, naquele caso), mas *a obtenção de uma maioria*. Essa a solução prática dos governos democráticos: se for a vontade da maioria, ela será a adotada pelo Estado, não importando a sua qualidade ou, por vezes, até mesmo sua razoabilidade.[306]

Costuma-se apontar essa problemática geralmente quando se está tratando de instrumentos da *democracia semi-direta*, alertando que os referendos e plebiscitos seriam terrenos férteis para a manipulação dos eleitores, dando ensejo à *demagogia*, forma corrompida de *democracia* na lição primitiva de ARISTÓTELES. De nossa parte, entendemos que os vícios acima apontados que costumam macular a *qualidade das decisões políticas* se fazem presentes, também – talvez até com maior força –, nos ambientes representativos.

Lembrando a lição de Maria Vitória de Mesquita BENEVIDES, os deputados são tão despreparados quanto o cidadão comum para diversos assuntos, o que é fato reconhecido pelo próprio ordenamento, ante a necessidade dos pareceres das comissões

---

[305] Hans KELSEN formula esta questão da seguinte maneira: "Mesmo quando somos agricultores ou advogados, não nos interessamos apenas por questões de caráter agrícola ou jurídico. Desejamos determinada legislação do matrimônio, desejamos determinado regulamento das relações entre Igreja e Estado, enfim, cada um de nós se interessa, fora dos estreitos limites da própria profissão, por uma ordem social justa, oportuna, ou até mesmo apenas suportável: no seio de que grupo profissional poderão ser decididas essas questões vitais?" Cfr. KELSEN. H. *A Democracia*. ob. cit. página 62.

[306] Comentando o direito de resistência no ambiente democrático, Franz NEUMANN colocou o problema com clareza: "A maioria democrática pode violar direitos. O errado não pode tornar-se certo somente porque a maioria assim o quer. É até possível que, assim, se torne muito mais errado." Cfr. NEUMANN. F. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. ob. cit. páginas 172/173.

especializadas; estão também sujeitos a decisões apaixonadas ou desinteressadas; atendem aos mais diversos interesses, muitas vezes contrários ao aclamado *bem comum*; em suma, não são, por certo, *seres superiores*.[307] Por isso, entendemos que esse tema é inerente ao sistema democrático de escolhas políticas – pautado pela vontade da maioria, seja ela colhida num parlamento ou num sufrágio direto – não se caracterizando como uma patologia exclusiva dos institutos da democracia semi-direta.

Não precisamos rememorar os absurdos e abusos perpetrados em *nome do povo*, e a preocupação de Robert DAHL e de outros cientistas políticos e filósofos que estudam a democracia, quanto ao tema da *qualidade das decisões democráticas* vai exatamente nesse sentido: a educação, para o cientista político norte-americano, exerceria o papel de formar cidadãos que tomariam decisões políticas mais adequadas, ainda que ele mesmo admita que erros necessariamente serão cometidos. Alguns, como Georges BURDEAU, sustentam que a teoria da separação de poderes, concebida, em suas origens, para repreender os monarcas autoritários, se prestaria também ao papel de impedir os abusos das maiorias desenganadas.[308] Outros obtemperam que direitos fundamentais constitucionalizados ou objeto de tratados internacionalmente firmados igualmente serviriam de freios a eventuais regramentos erigidos a partir de medidas despóticas das massas populares.[309]

Seja como for, a qualidade das decisões tomadas num ambiente democrático é certamente um dos mais sensíveis problemas desse sistema de governo, para o qual,

---

[307] "No entanto," obtempera a autora em referência, "a incompetência do cidadão como argumento para restringir a democracia semidireta deve ser relativizada, assim como é óbvio que ninguém defende a idéia absurda de que 'todos devem decidir tudo.' Não é apenas o povo – o conjunto do eleitorado – que se torna desqualificado, no mundo contemporâneo, para tomar as grandes decisões públicas, devido ao fato de que tais decisões tornam-se sempre mais técnicas e menos 'políticas.' Esse despreparo (incompetência) atinge, por igual, os próprios representantes do povo, eleitos para o Parlamento. E, no entanto, não se exige 'capacitação técnica' como requisito para o registro de candidatos." Cfr. BENEVIDES. M.V.M. *A Cidadania Ativa*. ob. cit., páginas 82 e 83.

[308] Por suas próprias palavras: "Com efeito, que a entendamos com rigor ou a apliquemos com leveza, a separação do poder sempre teve por objeto frear a impetuosidade da vontade popular: entre a sua fonte tumultuosa e o momento onde o direito positivo registra suas exigências, a divisão dos poderes opõe um filtro; as reivindicações da maioria amolecem e os desejos da minoria re-encontram as suas chances." Cfr. *La Démocratie*. ob. cit. página 146, traduzimos.

[309] Essa a opinião de Fábio Konder COMPARATO, para quem "a tendência predominante, hoje, é no sentido de considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico." Cfr. COMPARATO. F.K. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* ob. cit. página 61. Em outro texto, ele aduz que "passou-se a compreender, a partir do Século XVIII, que a vontade da maioria não tem legitimidade para violar atributos essenciais da pessoa humana, expressos em direitos comuns a todos, independentemente das diferenças de sexo, raça ou condição social." Cfr. COMPARATO.F.K. *Para viver a democracia.* ob. cit. página 9.

evidentemente, não parece haver solução. Apontá-lo nos pareceu pertinente já que, como vimos, o processo legislativo é uma tomada de decisão, e é importante que se saiba que, por melhores que sejam as intenções, os seus resultados poderão não corresponder à melhor escolha técnico-científica, quanto menos a mais adequada ou de maior aceitação social.

O princípio da maioria é traiçoeiro, bastando, para confirmar o argumento, lembrar que foi ele quem levou Jesus Cristo à crucificação e Adolf Hitler, figura hodiernamente demonizada, ao poder.

Por fim, a questão da *cidadania inclusiva*: como exposto, o elemento fundamental para que determinada opção normativa prevaleça sobre todas as demais é a obtenção da maioria. Seja no ambiente do debate parlamentar, ou numa decisão plebiscitária, o fiel da balança nas democracias representativas será sempre a opinião majoritária.

Porém, essa opção política traz uma intrínseca conseqüência em seu bojo, qual seja, o fato de que todos aqueles que não compartilharem da opinião da maioria – a minoria (que nem sempre representa uma parcela ínfima da população) – se verão obrigados a obedecer àquela deliberação tão logo ela seja positivada. Esse é um problema das democracias, especialmente por sua auto-proclamada virtude *pluralista*: são muitas as variáveis, vertentes ideológicas e posicionamentos possíveis a serem acomodados, e a sua proposta, ou *pecado* original, é o de pretender abarcar todos eles, pois é esse o fundamento da teoria moderna de liberdade política, conforme visto.

Como conseqüência, os prejuízos com a massificação das relações sociais podem ser sentidos não apenas pelos integrantes das minorias, mas também por aqueles que, desejando fazer parte da maioria (quaisquer que sejam as razões), acabam por assumirem posturas ou idéias que talvez não lhes sejam próprias ou contraditórias em seus matizes culturais, mas das quais não podem se afastar, pois essa renúncia é pressuposto da integração à maioria dominante nas sociedades contemporâneas.[310]

Aqui é que entra o conceito de *cidadania inclusiva*, que se mostra, a nosso ver, como um *prêmio de consolação* às minorias preteridas.

Os governos teriam a obrigação, por assim dizer, de levarem em conta as necessidades das minorias, porque elas, embora não partilhem das opiniões da maioria, são tão cidadãos quanto os integrantes desta última. Georges BURDEAU propõe a adoção de

[310] É o que nos lembra Fábio Konder COMPARATO quando diz que "as massas representam também o homem sem conteúdo nem raízes, vazio de especificações próprias, mero recipiente a ser enchido com as mensagens de publicidade e propaganda; elas representam o homem desarraigado de seu espaço cultural de origem." Cfr. COMPARATO.F.K. *Para viver a democracia.* ob. cit. página 186.

uma *democracia do poder aberto* como solução, que exigiria dos governantes virtudes heróicas, inquietações e escrúpulos; mais do que isso, admitir o *diferente* ou *oposicionista* não apenas como hipótese retórica, mas como alguém que um dia poderá chegar a ser maioria e, por esse viés, o titular do poder político.[311]

Para o procedimento de elaboração legislativa, essa questão é fulcral, na medida em que a lei a ser formada valerá para todos. É comum tecerem-se loas ao sistema democrático, argumentando que a representação parlamentar asseguraria a todos – maioria e minoria – a liberdade de expressão, a possibilidade de manifestar opiniões e influir na formação da norma jurídica. É essa a opinião de Hans KELSEN, que obtempera que "a consciência de que a lei à qual é preciso submeter-se foi decidida em parte por um indivíduo que elegemos e que essa lei foi elaborada com o seu consentimento, ou que ele, pelo menos, contribuiu mais ou menos para determinar o seu conteúdo, leva-nos talvez a uma certa disposição à obediência, que na ditadura está ausente ou, para dizer melhor, tem outras fontes psíquicas."[312]

A nós, contudo, parece que, não obstante as sobreditas virtudes, mais uma vez a natureza absolutista dos Estados de Direito – todas as normas se impõem a todos os cidadãos – impede uma efetiva preservação dos interesses individuais ou de minorias.[313] Adicione-se a esse elemento a *crise de representatividade* já mencionada, e teremos um sistema político onde as leis da maioria governarão as minorias, ainda que sejam inadequadas, ineptas, ou que contrariem valores culturas há muito arraigados.

Nosso objeto de estudo, até aqui, foi um mosaico de idéias e opiniões que interpretaram e diagnosticaram parte dos problemas da democracia moderna com seu discurso principal, qual seja, o da associação da liberdade política com participação popular nos atos do governo, entendida como a possibilidade de decidir os caminhos a

---

[311] "A democracia do poder aberto" escreveu ele "é aquela onde a vontade popular, que dita seus imperativos aos governantes, é aceita na sua complexidade real. Existe nela o a favor e o contra, e os dois são tidos por igualmente válidos. Sem dúvida o 'a favor' prevalecerá pelo jogo do número, mas o 'do contra' terá sido ouvido: ele terá sido convidado a se fazer ouvir. Mais ainda, o poder não lhe é definitivamente proibido pois resta-lhe a esperança de ganhar a opinião. E mesmo se o 'do contra' não se beneficiou da virada dos votos populares que lhe permitiriam se tornar majoritário, ele tem o direito de esperar que concessões ou compromissos levem em conta as suas exigências. Em suma, com o poder aberto, a partida nunca está ganha porque os dados nunca cessam de rolar." Cfr. *La Démocratie*. ob. cit. páginas 142/143, traduzimos.

[312] Cfr. KELSEN. H. *A democracia*. ob. cit., página 76.

[313] Neste ínterim, as observações de Raymond ARON, que se rende à realidade dos regimes políticos contemporâneos: "*Não se pode conceber um regime que, em um sentido, não seja oligárquico.* A própria essência da política é que as decisões sejam tomadas *para*, não *pela*, coletividade. As decisões não poderiam ser tomadas por todos. A soberania popular não significa que a massa dos cidadãos tome ela mesma, diretamente, as decisões relativas às finanças públicas ou à política estrangeira. É absurdo comparar os regimes democráticos modernos à idéia irrealizável de um regime onde o povo se governaria a ele próprio, trata-se de comparar os regimes de fato aos regimes possíveis." Cfr. ARON. R. *Démocratie et Totalitarisme*. ob. cit. página 134, traduzimos, itálicos no original.

serem seguidos pelo Estado, com recurso aos ditames da lei. O *Estado Democrático de Direito* é, como se vê, aquele no qual os homens são governados sempre por intermédio da norma jurídica, que por sua vez foi formatada seguindo o alvedrio dos cidadãos, ou dos seus representantes.

E o que temos, de concreto, é justamente que a democracia é tudo, *menos concreta*: são os próprios doutrinadores e defensores desse sistema de governo quem sustentam a sua constante mutabilidade. Seja para Georges BURDEAU, para quem o seu conteúdo não seria "imutável,"[314] ou para Fábio Konder COMPARATO que descreve a democratização de um país como "um processo longo e fatigante, mas ordenado e direcionado,"[315] ou ainda, para José Afonso da SILVA, segundo o qual a democracia seria um "processo dialético que vai rompendo os contrários,"[316] argüi-se que as instituições, as doutrinas e práticas atinentes à forma de governo que se diz regido pela soberania popular não cessarão de sofrer mutações.

No nosso entender, todavia, existe um elemento que não sofreu qualquer mitigação ou alteração na retórica da democracia moderna: o princípio segundo o qual a soberania popular – em teoria a fonte única e absoluta de poder – manifesta-se por meio das leis, a quem cabe, com exclusividade, ditar o *direito da sociedade*.

E é dessa premissa, que aparentemente não sofre qualquer questionamento (ao contrário, é sistematicamente reforçada), que decorrem boa parte dos problemas supra-suscitados.

Estabelecidas as premissas acima, examinaremos como se deu a participação popular no Estado brasileiro, com enfoque em alguns aspectos particulares. Direcionamos o estudo para o discurso político (oficial ou não) que se firmou ao longo da formação de nosso Estado, bem como nas soluções institucionais implementadas em resposta a essa retórica, e que resultaram nas atuais formas de participação popular no processo legislativo.

Vale dizer: para sabermos qual o grau, a forma e a incidência de participação do povo na elaboração das leis, julgamos relevante conhecer os meandros dessa relação, analisando, dentro do escopo desse trabalho, a teleologia do ordenamento democrático pátrio, ao longo da sua história política.

---

[314] Cfr. *La Démocratie.* ob. cit. página 180, traduzimos.
[315] Cfr. COMPARATO.F.K. *Para viver a democracia*. ob. cit. página 82.
[316] Cfr. SILVA. J.A.*Curso de Direito Constitucional Positivo*. ob. cit., página 194.

3. A busca da aristocracia republicana.

Identificamos um dado comum aos regimes políticos brasileiros, que se impregnou tenazmente na ideologia do Estado como um todo: a tentativa de implementação de uma forma de governo que chamaremos de *aristocracia republicana*.

A retórica desse discurso é relativamente simples e se apóia em dois fundamentos: o primeiro é o de que a população brasileira, devido a falta de costume, a inadequação dos mores, por preguiça, ignorância, ou simplesmente incapacidade, não estaria apta a tomar decisões políticas; o segundo, que decorre imediatamente do primeiro, caberia ao Estado, assumindo uma postura paternalista, protetora e tutelar, cuidar e zelar por essa população, decidindo por ela, escolhendo por ela e agindo em seu lugar. Essa tese da *aristocracia republicana* é a grande responsável, segundo nos parece, pela formação peculiar da *nossa* democracia, com suas características e especificidades únicas, tendo sido descrita por Sérgio Buarque de HOLANDA como um "lamentável mal-entendido," em trecho tão clássico quanto repetido.[317]

Assim é que, apesar da efervescência de teorias democráticas no mundo ocidental a partir do Século XIX, a proclamação de nossa independência não significou um rompimento com o modelo monárquico de governo, aliás, ao reverso, foi sua consagração. Seguindo à risca a receita, comentada neste estudo, do uso *instrumentalizado da lei*, os políticos que se diziam liberais, e cujos ideais comandaram a implantação do Brasil independente, ao mesmo tempo em que defendiam a liberdade do comércio e diversos direitos ditos fundamentais consagrados nas Revoluções Francesa e Estadunidense, emudeciam quanto à participação popular no governo, com exceção de algumas vozes isoladas.

Ilustração do mencionado paradoxo encontrado em nossas elites, José Bonifácio de ANDRADA E SILVA defendia o fim da escravidão, mas negava o direito de participação popular às camadas menos abastadas, por quem nutria verdadeiro asco.[318]

---

[317] Obtemperou o autor: "A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semi-feudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos." Cfr. HOLANDA. S.B. *Raízes do Brasil*. ob. cit. página 160.

[318] Uma explicação para essa visão de mundo pode ser encontrada nas experiências pessoais vividas pelo Estadista Santista; nesse sentido, Isabel LUSTOSA aduz que "José Bonifácio passara os dez últimos anos do Século XVIII viajando pelas universidades européias com uma bolsa do governo português. Estava na França durante os primeiros anos da Revolução. Escaldado pelo espetáculo do assembleísmo que vira levar a Revolução Francesa ao estágio a que chegou, ele preferia que d. Pedro desse uma Carta para o Brasil, tal

Nosso *Patriarca da Independência* via com desconfiança o povo, temendo abertamente a anarquia, e o que ele chamava o "caos do assembleísmo." Ele advogava pela implantação de uma "aristocracia republicana," ou "governo dos sábios e honrados," que seria segundo ele o único governo "que pode durar e consolidar-se."[319] Eis aí o germe desse discurso da *aristocracia republicana* em nossa sociedade; se José Bonifácio de ANDRADA E SILVA não foi propriamente seu inventor, representa, ao menos, a voz que verbalizou esse temor elitista da *vontade popular,* num dos momentos cruciais de nossa história, que foi a fundação política de nosso país.

Não por outra razão, defendia ele que o poder estatal fosse concentrado na figura do Imperador, a quem caberia a condução dos assuntos de Estado. O mesmo José Bonifácio, quando percebeu até onde chegaram os atos autoritários do Imperador (especialmente o que determinou o seu exílio), lamentou tal desmedida confiança, depositada em D. Pedro I. Dizia ele: "Enganei-me: julguei que só Pedro era o homem que podia efetuar as reformas políticas que nos convinham, firmar o governo que requeriam nossos costumes, nossos vícios, e funestas divisões de partidos."[320] Nota-se em suas palavras, além de confessado arrependimento do político que cometeu um equívoco estratégico, a tese de que contra "nossos vícios e funestas divisões," *somente* a mão forte de um Imperador daria solução, tamanha era a desconfiança em "nossos costumes."

Na mesma senda e anos mais tarde, o debate a respeito da *descentralização do Poder Imperial* refletiu argumentos onde transparecem a visão da elite imperial a respeito da possibilidade de se facultar alguma participação popular nos atos estatais.

O exercício do poder imperial repousou sob uma premissa: a de que a autoridade ficaria concentrada no Imperador, seja por meio do exercício do *poder moderador*, ou ainda pela centralização administrativa do governo. A Carta Constitucional de 1824 reconhecia "o direito de intervir todo o Cidadão nos negocios da sua Provincia, e que são immediatamente relativos a seus interesses peculiares" (art. 71), o que se faria por meio dos *Conselhos Geraes de Provincia*, órgãos eletivos de representação regional. E foi nas discussões a respeito dos poderes dessas câmaras regionais que se manifestou de forma mais franca o tema do direito dos cidadãos influenciarem as decisões do governo. Se por um lado impôs-se o pensamento da ala conservadora, por outro, como ilustração da

---

como Luís XVIII dera para a França." Cfr. LUSTOSA. I. *D. Pedro I: um herói sem nenhum caráter*. São Paulo: Companhia das Letras. 2006, página 143.

[319] Cfr. ANDRADA E SILVA. J.B. *José Bonifácio de Andrada e Silva.* São Paulo: Editora 34. 2002. páginas 208/209.

[320] Cfr. ANDRADA E SILVA. J.B. *José Bonifácio de Andrada e Silva.* ob. cit. página 213.

contrariedade das elites quanto ao assunto, a defesa de autonomia dos *Conselhos Geraes de Provincia*, em busca de uma administração e de adoção de leis socialmente adequadas, se deu apenas como artifício argumentativo da corrente liberal, que desejava atenuar a influência do governo central, dando mais poder às forças políticas locais.[321]

Visconde de URUGUAY, defensor da centralização administrativa, não escondia seu desprezo pelos governos locais e via as sociedades provinciais como inadequadas e incapazes de gerir autonomamente os assuntos políticos. Escrevia ele: "É certo que o poder central administra melhor as localidades quando estas são ignorantes e semibárbaras e aquele ilustrado; quando aquele é ativo e estas inertes; e quando as mesmas localidades se acham divididas por paixões e peculiaridades odientas, que tornam impossível uma administração justa e irregular."[322]

De outra sorte, o argumento do liberal TAVARES BASTOS a respeito da *provincialização* da Lei, tornando-a mais efetiva, não passava de retórica: quando ele fala em "democratisar nossas instituições"[323] refere-se à necessidade de outorgar aos administradores e Câmaras Municipais a autoridade para legislar, não em aumentar o acesso aos direitos de sufrágio. Queria-se, em realidade, dar mais força às elites locais (os *homens bons* do período colonial), e uma das formas de expressão dessa força era a produção legislativa, sem falar na adoção de medidas administrativas. Ou seja, a adequação das leis à realidade social, alardeada como argumento em favor da descentralização, não era *fim*, mas sim um *meio*: era por esse artifício que se tentava majorar a influência política das lideranças locais.

---

[321] Destacam-se duas conquistas dos Liberais, no sentido de descentralizar o Poder Imperial, "arrancadas à reação e partejadas com dor," (FAORO, R. *ob. cit.*, página 351), proporcionadas pelo vácuo deixado pelo abandono de D. Pedro I: i) o Código de Processo Criminal de 1832, que garantia certa autonomia aos Juízes de Paz locais, para decidirem as causas e; ii) o Ato Adicional (Lei 12 de Agosto de 1834), que outorgava às Câmaras Municipais razoável liberdade legislativa. Vitórias significativas, porém pontuais e que pouco se relacionaram com um anseio por uma maior participação popular. Não custa lembrar, nesta senda, que o acesso aos Tribunais do Júri e às Câmaras Legislativas era restrito àqueles indivíduos severamente selecionados pela metodologia censitária e aristocrática da Constituição de 1824 e esse aspecto nunca foi questionado. Pior, as reformas foram sumariamente revogadas pela ala Conservadora, tão logo ela retomou o poder: a lei 3 de dezembro de 1841 esvaziou as competências dos Juízes de Paz, enquanto a Lei de Interpretação (de 12 de maio de 1840), para a qual colaborou ativamente o Visconde de Uruguai, criada alegadamente para *esclarecer* o conteúdo do Ato Adicional descentralizador, "infunde ao estatuto de 1834 alma oposta ao seu contexto," (FAORO, R., ob. cit., página 379). A queda de braço entre o Partido Liberal – afeito a uma maior autonomia – e o Conservador – que preferia manter intacta e unitária a soberania da Capital do Império – se desenrolaram ao longo de todo o Reinado, com nítido êxito das pretensões dessa última agremiação até a instauração da República Federativa.

[322] Cfr. URUGUAY. V. *Visconde do Uruguay*. São Paulo: Editora 34. 2002. página 437.

[323] Cfr. TAVARES BASTOS A.C., *A Província: estudo sobre a descentralização do Brasil*. Brasília: Senado Federal. 1996., página 110.

De qualquer modo, a leitura dos argumentos do Visconde de URUGUAY, aliada à *instrumental* contestação dos liberais, mostram bem as restrições feitas contra as localidades "ignorantes e semi-bárbaras." E se assim o era quanto às elites provinciais, que dizer da opinião a respeito das pessoas menos favorecidas daquelas regiões?

Essa linha de raciocínio pode ser percebida igualmente no espírito que guiou a formação da elite no período imperial, entendida neste caso como o conjunto de ocupantes de cargos políticos, ou seja, o perfil social dos sujeitos escolhidos para administração da burocracia e representação popular.

Vale ressaltar que a formação dos quadros políticos e administrativos no Império foi uma empreitada – das primeiras *políticas públicas* – encabeçada pelo Estado, que investiu na criação de cursos jurídicos, com vistas exclusivamente a municiar aquela sociedade nascente de indivíduos capazes de assumir postos nas instituições que se formavam.[324] Não é exagero afirmar que em nossa fase estatal monárquica as vagas dos funcionários públicos em geral – e não apenas os cargos legislativos – foram loteadas, reservadas, divididas pelo Estado entre seletos membros letrados e que partilhavam o mesmo perfil profissional, representando apenas 0,1% da população total.[325] Em outros termos, 99,99% da população no período imperial estava totalmente alijada e alheia aos cargos e, conseqüentemente, de uma participação política efetiva, uma vez que os seus ocupantes (eleitos ou não), guardavam com ela pouca ou nenhuma relação de afinidade social. Esta situação levou José Murilo de CARVALHO a concluir, não sem razão, que "os representantes da sociedade eram ao mesmo tempo representantes do Estado," bem como que, "exatamente por isso tiveram êxito na tarefa de construção do poder nacional, embora tivessem fracassado na tarefa de ampliar as bases do poder."[326]

De nossa parte, observamos que a busca de uma *aristocracia republicana* não ficou somente no discurso político, mas converteu-se numa efetiva política pública altamente excludente e segregacionista, que privilegiou uma seleta parcela da população no

[324] É dessa realidade que Raymundo FAORO trata ao escrever que o sistema político imperial "assenta sobre a tradição teimosa na sua permanência de quatro séculos, triturando, nos dentes da engrenagem, velhas idéias importadas, teorias assimiladas de atropelo e tendências modernizadoras, avidamente imitadas da França e Inglaterra." Contudo, "a tradição não se alimenta apenas da inércia, senão de fatores ativos, em movimento e renovação, mas incapazes de alterar os dados do enigma histórico." E, concluiu o autor, "sobre as classes que se armam e se digladiam, debaixo do jogo político, vela uma camada político-social, o conhecido e tenaz estamento, burocrático nas suas expansões e nos seus longos dedos." Cfr. *Os Donos do Poder*, ob. cit. página 445.

[325] Os dados são de José Murilo de CARVALHO – Cfr. CARVALHO. J.M. *A Construção da Ordem: a elite política imperial*. ob. cit., página 98.

[326] Cfr. CARVALHO. J.M. *A Construção da Ordem: a elite política imperial*. ob. cit., página 116.

acesso às esferas administrativas de poder, criando, nos dizeres do historiador acima citado, uma classe de "representantes do Estado."

Essa doutrina fincou firmes raízes no imaginário do poder estatal, tanto é assim que no mesmo sentido e mesmo após a consolidação da República, lêem-se em tratados clássicos do direito constitucional lições que refletem tal visão. Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, notório jurista da área do Direito Público, escrevia que o "povo, considerado na generalidade, é medíocre, sem capacidade para resolver os altos e significativos problemas regulados pela lei."[327] Para o festejado autor, a classe política, ante a sua avantajada qualificação, seria a mais apta a tomar as decisões políticas – dizia ele que estaria comprovado "serem os deputados de nível superior" ao da população, "e, além disso, com tempo disponível para dispenderem longas horas no exame de questões especializadas."[328]

Por sua vez, a doutrina *nacionalista-autoritária* que emerge no Brasil no primeiro quartel do Século XX, deixou bem claras suas restrições quanto à *capacidade* da população brasileira de se auto-governar, alegando uma alienação política e a ausência de uma "identidade nacional," ensejando a necessidade de um governo forte para suprir essas lacunas. Expoente desse pensamento, Oliveira Viana "se dizia um admirador das instituições representativas inglesas e americanas, mas considerava que elas eram um produto de uma sociedade muito diferente da nossa,"[329] de acordo com relato de Bóris FAUSTO. Na mesma senda, Francisco Campos, Ministro da Justiça de Getúlio Vargas e co-autor da Constituição de 1937, apresentava suas críticas ao *sufrágio universal*, que denominava "sufrágio promíscuo."[330] O elitismo também podia ser testemunhado nas lições de Azevedo Amaral, segundo o qual "o exercício da liberdade para exercer o pensamento deve ser diretamente proporcional à elevação intelectual e ao grau de apuro cultural da forma dada ao pensamento expresso."[331]

As críticas daqueles pensadores ao sistema democrático, que num primeiro momento se voltavam contra as teorias liberais que abundaram na Primeira República, não escondiam os questionamentos quanto à *aptidão* da população de deliberar e participar das decisões estatais: viam no Estado autoritário, e nas suas propostas de *representação*

[327] Cfr. BANDEIRA DE MELLO. O. A. *O Referendum Legislativo Popular.* ob.cit. página 125
[328] Cfr. BANDEIRA DE MELLO. O. A. *O Referendum Legislativo Popular.* ob. cit. página 126.
[329] Cfr. FAUSTO. B. *O Pensamento Nacionalista Autoritário*. ob. cit. página 45.
[330] Cfr. FAUSTO. B. *O Pensamento Nacionalista Autoritário*. ob. cit. página 54.
[331] Cfr. FAUSTO. B. *O Pensamento Nacionalista Autoritário*. ob. cit. página 62.

corporativa, a solução para esse despreparo.[332] Não por acaso, foi nesse momento histórico que se fomentou o fenômeno do *peleguismo*, pelo qual os membros e dirigentes de sindicatos, que em tese deveriam representar e defender os interesses da classe trabalhadora, eram robustamente submissos às autoridades estatais, reduzindo-se a "a instrumentos de manobras políticas às vezes totalmente alheias aos interesses dos assalariados."[333]

Em suma, não fugiam os pensadores acima mencionados, e o próprio Estado guiado por essas doutrinas, da proposta de *aristocracia republicana* defendida por José Bonifácio de ANDRADA E SILVA, para o interesse geral, em oposição ao governo democrático liberal que era, segundo o discurso nacionalista-autoritário, "controlado por políticos profissionais, porta-vozes de oligarquias mesquinhas, presas a seus interesses específicos."[334]

Tomemos, ainda como exemplo do quanto esse discurso da *aristocracia republicana* vem se repetindo com insistência na doutrina política brasileira, a tese jus-política usada pelo regime de governos militares instaurados em março de 1964: defendia-se aquela intervenção autoritária que suprimiu pela via formalmente institucional (os *Atos Institucionais*) diversos direitos civis, em defesa contra uma anunciada insurreição subversiva, nos moldes da Revolução Cubana ou Soviética. Ocorre que esse discurso não encontrava fulcro somente na doutrina militar: ecoou, igualmente, em diversos setores da sociedade civil, dentre os quais incluímos ilustres constitucionalistas pátrios, igualmente *defensores* da democracia. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, em obra intitulada *A Democracia Possível*, datada de 1972, argumentava que "a Revolução de início julgou realizar sua obra política, através de uma breve intervenção cirúrgica que eliminasse as causas de perversão e corrupção das instituições."[335] Não discutiremos se esse temor tinha, ou não, razão de ser, pois o que nos importa aqui é a análise desse discurso doutrinário estatal. Ele se mostrou alarmista e emergencial num primeiro momento, dando lugar

---

[332] Segundo Bóris FAUSTO: "Os ideólogos autoritários, como já fizemos referência, promoveram o culto do Estado, como única instituição capaz de elevar o país ao nível de uma verdadeira nação." Cfr. FAUSTO. B. *O Pensamento Nacionalista Autoritário*. ob. cit. página 60.

[333] Na descrição de Otávio IANNI, "trata-se de uma prática inerente à estrutura da legislação trabalhista. Mantinham-se os sindicatos operários e dos setores médios dependentes do Ministério (inicialmente Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, depois, apenas, Ministério do Trabalho) pelo controle dos recursos financeiras exercidos por este. O *imposto sindical* – importância equivalente ao salário de um dia de trabalho, em cada ano – criado pelo governo, depositado e controlado pelo Ministério do Trabalho, é a fonte dos recursos financeiros do sindicato. Aí está um dos elementos mais importantes do peleguismo. Acresce que os dirigentes sindicais são eleitos, em geral, com base na anuência e fiscalização do Ministério, isto é, do Governo." Cfr. *O Colapso do Populismo no Brasil*. ob. cit., página 56, itálicos no original.

[334] Cfr. FAUSTO. B. *O Pensamento Nacionalista Autoritário*. ob. cit. página 60.

[335] Cfr. FERREIRA FILHO. M.G. *A Democracia Possível*. São Paulo: Saraiva. 1972. página 124.

posteriormente a uma postura de *higienização* de costumes degradantes e contrários aos *interesses do povo*, que eram fartamente praticados antes da intervenção militar.

Vale dizer, nos primórdios do governo militar, o argumento em favor das medidas tomadas, à semelhança do que ocorrera na Era Vargas, era a guerra contra a insurreição subversiva comunista; vencido esse perigo, sustentava-se o regime na criação de um ambiente saudável, pautado no "saneamento da administração e da economia,"[336] e apropriado para a re-fundação da democracia brasileira. Num caso como no outro, a estrutura política brasileira que até então contava com instituições democráticas foi totalmente modificada, por força de medidas que permitiam aos governantes alterar a constituição, cassar mandatos legislativos, estabelecer eleições indiretas, proibir manifestações de natureza política, vetar o *habeas corpus* para crimes contra a segurança nacional, dentre outros. Ou seja, todas essas medidas contrárias a uma fórmula que permitisse a participação popular no governo, o que era feito *em defesa* da própria democracia.

O que estava por trás dessa visão defensiva ou protetiva, a razão de ser, aliás, desse pensamento, era a certeza da *incapacidade* do povo brasileiro de se resguardar contra essas ameaças. Seja no caso do medo comunista, ou dos desvios da corrupção, revelava-se uma idéia de que os cidadãos não poderiam, ou não conseguiriam, por si mesmos, enfrentar essas questões, sendo necessária a intervenção governamental para resguardá-los. Da incompetência, quase incapacidade do eleitor brasileiro, é que viriam as justificativas dos governos militares para suas ações anti-democráticas. Essa cúpula de ilustres governantes (*aristocracia republicana*) governaria o país de modo paternal e ao mesmo tempo eficaz, recolocando-o no caminho do que seria a *verdadeira democracia*.

Nos casos relatados acima, percebemos um discurso de reprovação, negação e temor que se volta contra a participação popular nos atos do governo. Vale notar que a reação não é propriamente contra alguma vertente política, ou até mesmo contra o sistema de participação das massas populares: a questão é de descrença na *capacidade* da população de tomar decisões políticas. Essa foi a resposta da classe política brasileira – voluntariamente ou não – à problemática da *qualidade das decisões estatais*: para evitar decisões equivocadas ou passionais, excluiu-se o povo do âmbito dessas escolhas; melhor seria entregá-las a uma *aristocracia republicana*. Ilustrando mais uma vez essa doutrina, o já citado Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO escreveu que "na sociedade industrial

[336] Cfr. FERREIRA FILHO. M.G. *A Democracia Possível.* ob. cit. página 126.

contemporânea, onde tão complexa é a ação do Estado e, portanto, a Política, parece fora de dúvida que o homem comum não tem capacidade, seja para assimilar a informação, seja para decidir, racionalmente, sobre os problemas políticos de cada dia."[337] Por outros termos, percebemos nessa retórica a rejeição não do modelo democrático propriamente dito, ou de suas instituições, mas dos próprios membros da sociedade (a *voz das ruas*) como sujeitos capazes de tomarem decisões políticas, por conta de uma alardeada peculiaridade: a "má-qualidade" do povo brasileiro.

O elemento questionado nessa retórica, que vem desde nossa independência, é a *capacidade*, entendida como *preparo* dos cidadãos de não apenas decidirem, mas formularem conclusões a respeito das questões políticas. É sem dúvida um discurso que põe em cheque a aptidão da sociedade brasileira de lidar com um ambiente democrático, motivo pelo qual ela deveria ser afastada deste âmbito decisório. Ao reverso dos reclamos da ciência política, corporificada em Robert DAHL, que postulava um fomento da *liberdade de expressão* e *das fontes alternativas de informação* como forma de implementar os modelos democráticos, promoveu-se justamente uma alienação sistemática e institucional do corpo eleitoral. Negam-se as práticas democráticas por que elas seriam *boas demais* para nossa população *débil e despreparada*.

Ao contrário de outros países que assumiram o critério da *vontade da maioria* como *proposição aceitável* para o dilema da *qualidade das decisões tomadas em ambiente democrático,* o discurso institucional, e em boa parte da doutrina da democracia brasileira, escolheu outra via diametralmente oposta à essa solução: o melhor, dentro dessas ideologias, em contraposição ao sistema de *sufrágio promíscuo*, que levaria o país ao caos, desordem ou simplesmente sub-desenvolvimento, seria a busca de uma *aristocracia republicana*, que seria *plenamente capaz* de decidir os assuntos políticos. E foi precisamente essa a opção adotada pelo Estado brasileiro, muito embora o êxito de suas conquistas ao longo dos anos para a sociedade seja bastante questionável, sendo certo que essa retórica mantém-se incólume, até hoje, apesar das bases sobre as quais se fundou a ordem constitucional a partir da Carta de 1988.[338]

---

[337] Cfr. FERREIRA FILHO. M.G. *A Democracia Possível.* ob. cit. página 11.

[338] O colunista Reinaldo Azevedo da Revista Veja, semanário de maior circulação no Brasil, escreveu o seguinte, após a re-eleição do candidato Luis Inácio Lula da Silva no pleito de 2006, onde o pensamento da *aristocracia republicana* está perfeitamente caracterizado: "Eu não tenho o menor interesse na opinião do povo. Quase sempre ele está errado. Aliás, a opinião de muito pouca gente me interessa. A democracia sempre foi salva pelas elites e posta em risco justamente pelo "povo", essa entidade. Vai acontecer de novo. Lula, reeleito, tende a levar o país para o buraco. E uma elite política terá de ser convocada para impedir o desastre. O "povo", nos assuntos realmente importantes, não apita nada. É uma sorte! Aqui e no mundo inteiro. Não apitou quando se fez o Plano Real. Ou nas privatizações. Teria votado contra a venda da

Por fim, vale ressaltar que em contraposição a esse discurso da *aristocracia republicana* desenvolveu-se no Brasil uma resposta, uma sorte de contra-ataque contra essa leitura, que interpretaremos aqui como um discurso de "otimismo democrático." De fato, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que veio romper com modelo de Estado autoritário pós-64, nota-se a germinação de um pensamento segundo o qual a forma democrática de governo, por si só, seria responsável por sensíveis melhoras sociais.

É a opinião, por exemplo, de Fábio Konder COMPARATO, quando tratou da dificuldade de implementação dos direitos humanos no Brasil; escreveu o ilustre jurista que a alteração do quadro "francamente desfavorável dos direitos humanos, na América Latina, só pode iniciar-se, a meu ver, com o estabelecimento de um processo – necessariamente lento e não isento de percalços – de instituições adequadas de democracia direta ou participativa."[339] Sem desmerecer a opinião do pensador retratado, entendemos que ela se dá, em boa parte, por conta do *otimismo democrático* do qual falamos: vimos como o próprio autor asseverou que a vontade da maioria muitas vezes representa ameaça aos direitos fundamentais, e não a sua consagração; deveras, o fato de um Estado ser dirigido com maior participação popular não garante, por si só, a proteção de direitos fundamentais – há muitos casos, inclusive, em que normas erigidas para atender à pressão popular mostraram-se retrocessos e cassação de diversos direitos fundamentais. As conclusões feitas sob a égide do *otimismo democrático*, segundo nos parece, fazem parte de uma retórica que coloca a participação popular como uma ferramenta alheia a falhas ou implicações negativas, como se esse sistema de governo fosse uma *cura*, a *solução* para todas as mazelas políticas, culturais, econômicas e sociais do país. Aproxima-se esse tema, a rigor, daquela discussão que travamos a respeito do processo mimético de criação de leis, que copia institutos jurídicos ocidentais, mesmo que eles guardem escassas relações com a realidade social à qual eles se aplicarão, gerando problemas e contradições em muito prejudiciais.[340]

Telebrás ou da Embraer. Junto com Lula. Estaríamos sem telefones e sem produzir aviões. Os petralhas sabem: fico aqui queimando as pestanas, tentando achar um jeito de eliminar o povo da democracia. Ainda não consegui. Quando encontrar, darei sumiço no dito-cujo em silêncio. Ninguém nem vai perceber... Povo pra quê?" Cfr. http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/lula-novo-com-culpa-povo/ - acesso em 11/11/09.

[339] Cfr. COMPARATO.F.K. *Para viver a democracia*. ob. cit., página 43.

[340] *Mutatis mutandis*, essas eram as observações de Sérgio Buarque de HOLANDA, quando falava da questão da alfabetização que era vista, também e à sua época, como solução para todos os problemas do Brasil: "É bem característico, para citar um exemplo, o que ocorre com a miragem da alfabetização do povo. Quanta inútil retórica se tem desperdiçado para provar que todos os nossos males ficariam resolvidos de um momento para o outro se estivessem amplamente difundidas as escolas primárias e o conhecimento do ABC. (...) A muitos desses pregoeiros do progresso seria difícil convencer de que a alfabetização em massa não é

Hoje, no plano político, o adjetivo *democrático* é colocado lado a lado com toda sorte de atos, medidas e leis, às vezes até mesmo em ambientes ou instituições não estatais, como que para chancelar a sua legitimidade. Da mesma forma, diz-se que o que é *anti-democrático* deve ser imperativamente descartado. Explicando melhor nosso posicionamento: quando a democracia é analisada e apresentada com esse entusiasmo cego e acrítico, mascaram-se sérios problemas dos quais apontamos alguns exemplos, e que se apresentam quando submetidos a esta forma de Estado, criando situações que acabam por agredir até mesmo a própria democracia, conceitualmente falando.[341] Para sermos mais precisos: falamos da *crise de representatividade* das democracias, do tema da *qualidade das decisões* tomadas em ambiente democrático, ou ainda do respeito às *características e individualidades das minorias*, sendo eles apenas algumas das implicações da adoção de um sistema democrático nos moldes ocidentais, e que não podem ser ignorados, sob pena de cairmos no mesmo raciocínio falacioso promovido pelo discurso da *aristocracia republicana*.

Contudo, mesmo contando com manifestações de *otimismo democrático*, o fato é que o discurso político-institucional brasileiro, desde a independência, tem mesmo se guiado pela tese da *aristocracia republicana*, que se mostrou preponderante. Analisaremos a seguir as conseqüências dessa retórica na relação entre cidadão e estado, mormente sob a ótica dos diplomas legais e constitucionais produzidos, que deram forma às instituições democráticas brasileiras.

4. Estado e povo brasileiros: uma relação de hierarquia paternalista.

Já podemos ver que a lógica de que o governo democrático se legitima pela realização da vontade popular sofre uma substancial mitigação no contexto brasileiro: a

---

condição obrigatória nem sequer para o tipo de cultura técnica e capitalista que admiram e cujo modelo vamos encontrar na América do Norte. (...) Cabe acrescentar que, mesmo independentemente desse ideal de cultura, a simples alfabetização em massa não constitui talvez um benefício sem-par. Desacompanhada de outros elementos fundamentais da educação, que a completem, é comparável, em certos casos, a uma arma de fogo posta nas mãos de um cego." Cfr. *Raízes do Brasil*. ob. cit. páginas 165 e 166.

341 Que fique bem claro que não estamos nos colocando contra a implementação de instituições democráticas no Brasil, repetindo os discursos elitistas que apontamos acima. O que estamos tentando asseverar são as mazelas vividas em decorrência desse discurso otimista, quiçá cândido, que ignora problemas elementares e historicamente arraigados na sociedade. Os cientistas políticos europeus e norte-americanos se debruçam em análises e estudos a respeito das implicações das democracias em seus governos; temas como o abstencionismo nos pleitos eleitorais, direito de expressão de grupos xenófobos ou racistas, são assuntos discutidos e pensados pelos especialistas. Aqui, salvo melhor juízo, sentimos uma ausência de debates talvez não desses mesmos assuntos, que não são de nosso interesse (não ao menos por enquanto), mas daqueles que realmente dizem respeito à nossa sociedade, dos quais demos alguns exemplos.

idéia que se encontra nas entrelinhas da tese da *aristocracia republicana* é a de que as decisões estatais devem se guiar pelo *bem comum*, mas os cidadãos que compõem a sociedade não estão aptos ou capacitados a participar da formação desse atributo coletivo.

A resposta institucional decorrente desse discurso, encontrada ao longo dos anos – que é aquela que propriamente nos interessa –, refletiu na a criação de estruturas estatais que excluíram a população dos núcleos fundamentais de decisão.

Mais do que isso: os atos do governo sempre partiram de iniciativas desse mesmo governo, sem consultar ou nem ao menos levar em conta os anseios da população, levando a relação que seria representativa à uma relativização que não raro a tornou simplesmente inexistente. Como escreveu Sérgio Buarque de HOLANDA, "os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram quase sempre de cima para baixo: foram de inspiração intelectual, se assim se pode dizer, tanto quanto sentimental. Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política vieram quase de surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência, ou hostilidade. Não emanavam de uma predisposição espiritual e emotiva particular, de uma concepção da vida bem definida e específica, que tivesse chegado à maturidade plena."[342]
A *crise de representação política* comentada acima recebeu, no Estado Brasileiro, especial acentuação, sendo possível afirmar que os momentos em que houve efetiva representação, nos moldes da teoria democrática clássica, foram exceções, e não a regra.

Com efeito, a tomarmos a nossa emancipação política como ponto de partida, vemos que, conquanto haja divergência na historiografia a respeito da participação da população no movimento de independência,[343] as instituições criadas para o Brasil no Império explicitam a fórmula monárquico-aristocrática escolhida, onde o *demos* foi totalmente afastado do âmbito das decisões políticas.

A fonte primária e teórica do poder não era nem *teocrática*, nem tampouco popular: originava-se a legitimidade do poder do Estado imperial numa relação patriarcal, tutelar, onde o Imperador seria como um pai, o *Defensor Perpétuo* do País, em cujas mãos encontravam-se os destinos da Nação recém-nascida.

---

[342] Cfr. HOLANDA. S.B. *Raízes do Brasil*. ob. cit. páginas 160 e 161.
[343] Defendendo a tese de ampla participação popular temos, por exemplo, Sérgio ADORNO, *Os Aprendizes do Poder*. ob. cit., páginas 45 a 48). Em sentido contrário, FAUSTO. B e DEVOTO. F.J. *Brasil e Argentina: um ensaio de história comparada (1850/2002)*. São Paulo: Editora 34. 2004. página 30.

Um claro exemplo dessa imagem de D. Pedro I apresentado em sua faceta de mentor da Nação pode ser testemunhado na gravura ao lado. Na litografia intitulada "Constituição de 1824," vemos o Imperador, com a espada em punho, com uma placa de mármore atrás representando a Carta Constitucional. A força da sua autoridade – arma em riste – encontra-se bem representada na imagem em comento, assim como o personalismo de seu poder.

Ou seja, o sobredito *pacto social*, que servia para legitimar a condição de Estado independente, forte na autoridade do monarca, tinha como fonte do poder do Imperador muito mais a *tradição*[344] e a confiança na sua capacidade de governar corretamente, do que de um expresso movimento de adesão popular. Criou-se um conceito de *Soberania Nacional* em torno de D. Pedro, e não do povo que a ele se sujeitava.

Prova adicional disso foi o modo de promulgação do documento que selaria o contrato social, a Constituição de 1824: resolveu o Imperador *outorgar* a Constituição,[345] ainda que contrariando tanto liberais quanto conservadores.[346] Nossa primeira Constituição começou como obra de poucos aristocratas para terminar como projeto escrito por monocrática pena. A Carta de 1824 dispunha que o Imperador era o representante da "Nação Brasileira" (art. 11), em conjunto com a Assembléia Geral sobre a qual ele tinha amplo domínio, cabendo a ele com exclusividade o exercício do *Poder Moderador*, na qualidade de "Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante," para que sempre

---

[344] Raymundo FAORO obtempera que "as concessões e as transações, timidamente propostas e subitamente revogadas, não afastam o imperador de seu curso: governo para o povo e não pelo povo. A preservação da cidadela monárquica estendia-se aos instrumentos de poder, assentada sobre a realidade, reformada na aparência mas não na substancia, da tradição bragantina. Fora do credo realista, absolutista no fundo e ornamentado de liberalismo, não percebia o imperador nenhum meio de sustentar o trono." Cfr. *Os Donos do Poder – Formação do patronato político brasileiro*. ob. cit., página 341.

[345] A Assembléia Constituinte convocada para a criação da Carta Maior, composta de deputados indiretamente eleitos pelo voto censitário, representando "em grande parte, os interesses da aristocracia rural" (LUSTOSA, I. *D. Pedro I...* ob. cit. página 160), iniciou seus trabalhos em 3 de maio de 1823. Os debates e reuniões desta *assembléia de notáveis* duraram pouco mais de seis meses, ante a abrupta interrupção promovida por D. Pedro I, com a invasão do plenário em 12 de novembro daquele mesmo ano. Pouco depois, em 25 de março de 1824, a Carta era entregue pelo Imperador.

[346] A *Confederação do Equador*, movimento liberal que possuía dentre principais mentores o Frei Caneca, eclodiu por conta da autoritária condução e outorga da Carta Constitucional. Por sua vez, o conservador José Bonifácio foi retumbante: "A dissolução da Assembléia foi mais que um crime, foi um erro palmar." Cfr. ANDRADA E SILVA. J.B. ob. cit., página 217.

velasse "sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos" (art. 98).

Por outras palavras, era D. Pedro, o *Defensor Perpétuo*, o autor da Constituição, o garantidor das liberdades, vale dizer, a própria imagem e fonte legítima da autoridade estatal. O Estado formalizado pela Constituição de 1824 era a "a associação Politica de todos os Cidadãos Brazileiros," nos termos de seu artigo 1º, contando inclusive com um governo "Monarchico Hereditario, Constitucional, e Representativo" (art. 3º), mas se mostrava o reflexo de um governo fundado *para o povo, e não pelo povo*, na expressão de Raymundo FAORO.[347] As deliberações foram tomadas de modo vertical, do Estado para os súditos; para Sérgio ADORNO, a adoção de um regime aristocrático e monárquico refletia não apenas preconceito contra os mais pobres e dos questionamentos a respeito de sua *capacidade* de decidir, como vimos acima, mas, sobretudo o temor das elites rurais da perda de influência e da adoção de medidas igualitárias, como o fim dos privilégios ou até mesmo da escravidão, alicerces daquela estrutura sócio-econômica extrativista.[348]

De qualquer modo, a postura do Estado ao longo do período monárquico (praticamente todo o Século XIX) revela uma relação patriarcal de poder, onde o soberano exerce sobre os súditos um papel de protetor, tutor, ou ainda, condutor, pois era o Imperador, auxiliado por seus ministros e Conselho de Estado, quem melhor sabia os desígnios e caminhos mais sábios para a Nação. Por essa razão, quando analisava a estrutura política do Império nascente, o liberal TAVARES BASTOS foi tão enfático quanto clarividente ao dizer: "Não somos um povo, somos o *Império*."[349] O Estado Imperial se apresentava como uma autoridade suprema, robusta e rígida, mas inalcançável, inacessível ao súdito – nessas condições, "o cidadão só percebe, no poder público, o bacamarte, no dia da eleição; o voraz cobrador de impostos, na vida diária."[350] A lei é para todos, mas não é aplicada igualmente a todos: Sérgio ADORNO noticia que para a população mais pobre e não-proprietária, "o Estado foi quase sempre um grande mistério e

[347] Cfr. FAORO, R. *Os Donos do Poder*. ob. cit., página 341.
[348] O citado autor afirma que esses temores, aliados ao apego aos privilégios dos quais desfrutavam, adiaram até mesmo a adesão de membros da elite brasileira ao movimento de independência: "O temor de que os movimentos antecipatórios assumissem o cunho de reivindicações populares em torno da liberdade e da igualdade, colocando em risco a propriedade escrava, contribuiu seguramente para que aqueles estratos sociais privilegiados adiassem o quanto possível a ruptura com a monarquia portuguesa, conquanto pretendessem a liberdade de comércio, as prerrogativas econômicas conquistadas com a quebra do exclusivo metropolitano e o direito de representação junto às Cortes." Cfr. ADORNO. S. *Os Aprendizes do Poder*. ob. cit., página 46
[349] Cfr. TAVARES BASTOS. A. C. *A Província: estudo sobre a descentralização do Brasil*. ob. cit. página 81.
[350] Cfr. FAORO. R. *Os Donos do Poder*.ob. cit. página 446.

uma grande ficção, pois prevaleceu o mandonismo local, a face nua e crua da violência, independentemente de quaisquer abstrações e mediações ideológicas."[351]

Fica claro que nesse contexto, não cabia à população opinar, quanto menos participar ativamente das resoluções adotadas pelo ente estatal, especialmente as normas jurídicas que se promulgavam. Ao percorremos a formação de nosso ordenamento jurídico nesse período, mostramos que a adoção de modelos importados tinha muito mais importância do que a elaboração de regras apropriadas à nossa realidade social (o mimetismo jurídico já comentado).

Outrossim, aproximadamente um século depois da Revolução Francesa, com a proclamação da República, o Estado brasileiro reconhece o conceito de *soberania popular*, sendo que a fonte do poder se deslocava do Imperador para a "Nação brasileira," governada "sob o regime representativo." (art. 1º da CF de 1891).

Apesar dos dizeres da Carta Republicana, que parecia anunciar uma estrutura política onde a participação popular seria facultada, ela permanecia extremamente oligárquica, contando com a participação de apenas 3 a 6% da população nos pleitos eleitorais, por força das limitações impostas ao direito de acesso aos sufrágios.[352] A exclusão da população das esferas decisórias nesse período é notória: ainda que se dissesse democrática, a *República Velha* foi um período dominado por oligarquias regionais, que comandaram o país por meio de acordos e acertos, onde os poucos que votavam o faziam em troca de algo, sendo ele terreno fértil para a proliferação de toda sorte de desvios como o *coronelismo*, a *política do café com leite*, ou ainda o *voto de cabresto*.

Há, contudo, uma significativa alteração, ao menos no *discurso* estatal: até o advento do governo republicano, as *razões do Estado* eram as *razões do Imperador*; suas decisões e ações estavam escoradas no respeito, carisma e tradição monárquica herdada dos colonizadores. Asseveramos que, mais do que um líder, o Imperador era o *Defensor Perpétuo* da Nação brasileira. Na República, por outro lado, a fonte da autoridade se encontrava no "povo brasileiro," que pretendia "organizar um regime livre e democrático," nos termos do preâmbulo da Constituição Federal de 1891. A maturação dessa mutação oficialmente aconteceu por meio de mero *Decreto*, no caso o de nº 1, de 15 de novembro

[351] Cfr. ADORNO. S. ob. cit., página 62.

[352] Muito embora as limitações do voto censitário tenham sido reduzidas pela Constituição de 1891, podendo participar do sufrágio os maiores de 21 anos, excluíam-se ainda "1º) os mendigos; 2º) os analfabetos; 3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior; 4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual," conforme dispunha o artigo 70 da Carta Republicana.

de 1889, que dispunha, em seu primeiro artigo: “Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira - a República Federativa.”

Apesar da mudança de regime, a *burocracia*, o *formalismo*, o *elitismo*, *eurocentrismo* e o *personalismo* do poder não foram extirpados. O preconceito aristocrático das elites manteve-se intocado, fruto mais uma vez de uma visão anárquica da democracia ou da participação do povo no Estado, que desestabilizaria a ordem, causando prejuízos de quem dela se beneficiava. Não seria exagerado afirmar que para a grande maioria da população, a alienação do Estado quanto à sua representatividade, sentida sob a Monarquia, permaneceu incólume na República.

Percebe-se talvez com maior clareza essa hierarquização, que contraria os mais comezinhos princípios de um Estado supostamente governado pelo povo, na notória *Revolta da Vacina* (1904) no Rio de Janeiro: o governo desejou implementar uma política pública sanitarista, que incluiu a desalojamento de centenas de pessoas por força de uma reforma urbanística, além da invasão de casas para desinfecção e extermínio de mosquitos transmissores de febre amarela e de ratos. Não nos interessamos pela pertinência dos argumentos dos revoltosos ou dos governantes, mas pela forma pela qual o Estado agiu e como foi percebida pela sociedade. Ao invés de protegida, a massa das ruas se viu acuada; ao invés de defendida pelo ente estatal, atacada, ofendida.

Ilustração desses sentimentos, a Revista *A Semana*, de outubro de 1904, foi impressa com a ilustrativa capa ao lado. De um lado, vemos o “Povo,” um “jeca”, magro, prostrado, pedindo misericórdia; de outro, o “Congresso” maiúsculo, autoritário, segurando em uma mão um grilhão e na outra a seta da vacina. Não há relação de *representação política*, mas de *subordinação*, *opressão* e *despotismo* exercida pelo Estado.

Tais intervenções não foram bem recebidas pela população carioca, que promoveu uma verdadeira revolta popular, ao tomar conhecimento da campanha de vacinação forçada contra a varíola, que se pretendia impor.

Exemplos desse distanciamento e abandono podem ser testemunhados de várias formas, e encontrados em diferentes momentos e manifestações sócio-culturais brasileiras, onde o Governo, embora denominado *Republicano*, apresentou-se não como *prestador de serviços públicos*, mas como figura despótica e opressora.

Lembramo-nos de um trecho do clássico *Vidas Secas* de Graciliano RAMOS, no qual o protagonista Fabiano é violentamente atacado por uma autoridade policial – o *soldado amarelo* – simplesmente porque havia deixado um bar "sem se despedir."[353] O resultado do entrevero é a prisão do pai de família, cujo crime foi reagir à injustas agressões.

Os motivos de sua consternação e desapontamento é que nos chamam a atenção: a revolta do personagem fraco, pobre, desgraçado, é expressa com dificuldade, e não diz respeito propriamente à sua condição, vez que "acostumara-se a todas as violências, a todas as injustiças;" o que lhe causava profunda incompreensão era o fato que o desleal e imotivado ataque partia de um representante do Estado. Deveras, "por mais que forcejasse, não se convencia de que o soldado amarelo fosse governo." Prosseguindo no desconcertante raciocínio, pensava Fabiano que o "Governo, coisa distante e perfeita não podia errar. O soldado amarelo estava ali perto, além da grade, era fraco e ruim, jogava na esteira com os matutos e provocava-os depois. O governo não devia consentir tão grande safadeza."[354]

A descrição do autor da relação entre estado e cidadão, bem como da visão da população mais necessitada tem do ente estatal chama-nos a atenção, eis que ilustra a inversão dos valores republicano-democráticos propagados no discurso oficial, especificamente no que respeita à postura autoritária e agressiva do Estado. Neste contexto, a consolação que Fabiano costumava dar aos "conhecidos que dormiam no tronco e agüentavam cipó de boi" é reveladora do quadro descrito: "Tenha paciência. Apanhar do governo não é desfeita."[355]

E se assim o era em momentos de declarada liberdade democrática, que dizer então dos períodos autoritários *de fato e de direito*? Referimo-nos ao Estado Novo e aos

[353] Cfr. RAMOS. G. *Vidas Secas*. 98ª edição. Rio de Janeiro. Record. 2005, página 30.
[354] Cfr. RAMOS. G. *Vidas Secas*. ob. cit., página 33.
[355] Cfr. RAMOS. G. *Vidas Secas*. ob. cit., página 33.

acontecimentos que o antecederam (1930-1945) e aos Governos dos Militares (1964-1985), que foram regimes que afastaram jurídica e institucionalmente o corpo eleitoral como um todo das decisões políticas.

Com efeito, como se lê em seu preâmbulo, a Constituição de 1937 foi promulgada pelo Presidente da República (e não pelo povo como é de costume na retórica dos *Estados Democráticos de Direito*), a quem se denominava a "autoridade suprema do Estado" (art. 73), com o intuito de "assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade." Naquele contexto, o poder legislativo era eleito de forma indireta (art. 46), e era exercido "pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República" (art. 38). Por fim, competia ao Presidente e com exclusividade, "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua execução." Instituições políticas, pois, que reduziam, quando não negavam, as práticas da democracia liberal ocidental.

Justificava-se o afastamento dos instrumentos de participação popular por conta do "estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente," sendo certo que "sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo," como se lê no preâmbulo da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937. E, por mais irônico que pareça, a autoritária Constituição vertente, editada pelo governo de Getúlio Vargas, vigeu no período em que surgiu no Brasil a chamada *política de massas*.[356]

Nesse período a sociedade brasileira passou por intensos processos de urbanização e industrialização,[357] criando um contingente populacional que, por estar concentrado e em vias de se organizar, poderia se tornar um potencial e significativo foco de conflitos sociais.[358] *Poderia* porque, segundo nos relatam os estudiosos desse momento

[356] Otávio IANNI escreve que "o populismo brasileiro surge sob o comando de Vargas e os políticos a ele associados. Desde 1930, pouco a pouco, vai se estruturando esse novo movimento político. (...) Inicialmente esse populismo é exclusivamente getulista. Depois, adquire novas conotações e, também, denominações. Borghismo, queremismo, juscelinismo, janguismo e trabalhismo são algumas das modulações do populismo brasileiro." Cfr. IANNI. O. *O Colapso do Populismo no Brasil.* 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1975, página 206.

[357] Estaria, também segundo Otávio IANNI, "relacionado tanto com o consumo em massa como o aparecimento da cultura de massa." Cfr. IANNI. O. *O Colapso do Populismo no Brasil.* ob.cit. página 207.

[358] "A política de massas" aduz Otávio IANNI, "foi a vida e morte do modelo getuliano de desenvolvimento econômico. Durante uma das etapas mais importantes das lutas pela industrialização no Brasil (1914-1964)

histórico, o que se viu foi uma forma de atuação política do Estado que se *apropriou* e *institucionalizou* as reivindicações sociais que se multiplicavam, sem que tenham sido facultados meios de participação popular. Tal *política de massa* seria, em verdade, "uma técnica de organização, controle e utilização das classes assalariadas, particularmente o proletariado,"[359] conforme testemunhou Otávio IANNI. Em outros termos, o *populismo* foi um movimento político – a primeira *forma política assumida pela sociedade de massas no país*, nos dizeres do sociólogo acima mencionado[360] – diretamente decorrente da *massificação* da sociedade brasileira, pelo qual, para dar cabo de suas exigências, o Estado *populista* criou as *instituições* e *símbolos* populistas, erguidas justamente sob a égide do pensamento *nacionalista-autoritário* do qual falávamos previamente, que nutria verdadeiro asco pelas instituições políticas liberais. Ou seja, *o Estado se servia das massas, e não as massas do Estado.*

A contradição entre a adoção de políticas *populistas*, em concomitância com a manutenção da distância do *demos* das decisões estatais pode em parte ser explicada justamente pela forma como o ente estatal lidou com essa *massificação* das relações, especialmente as manobras institucionais criadas para controlar e direcionar as reivindicações (de setores populares, industriais e externos) que pululavam naquela sociedade em expressa mutação. Deveras, "ao mesmo tempo em que os governantes atendem a uma parte das reivindicações do proletariado urbano," afirmou Otávio IANNI, "vão se elaborando as instituições e os símbolos populistas," nos quais "as massas passam a desempenhar papéis políticos reais, ainda que secundários."[361] O autoritarismo da Constituição de 1937 é claro sinal disso.

A *política de massas* é um capítulo importante de nossa história, merecedor de vastos e qualificados estudos, não nos cabendo completar ou agregar conteúdo ao tema tão amplamente analisado. O que nos interessa é apenas apontar como mesmo em um período em que a vontade das *massas populares* foi considerada um elemento relevante pelo Estado brasileiro, não lhes foi facultada a possibilidade de intervirem ativamente em seus

---

criaram-se as condições institucionais, políticas e culturais mínimas para a consolidação de uma civilização propriamente urbana-industrial." Cfr. IANNI. O. *O Colapso do Populismo no Brasil.* ob.cit. página 53.

[359] Cfr. IANNI. O. *O Colapso do Populismo no Brasil*. ob.cit., página 63. Prossegue o autor dizendo como essa política serviu para o desenvolvimento econômico brasileiro: "De um lado, situam-se as exigências e poupanças para investimentos destinados a desenvolver o setor secundário. No outro, coloca-se a 'revolução nas expectativas' dos trabalhadores. Essas duas tendências conjugam-se no sentido de provocar e efetivar redefinições sucessivas das relações dos segmentos urbanos-industriais com os segmentos tradicionais e com os segmentos externos." Cfr. IANNI. O. *O Colapso do Populismo no Brasil*. ob.cit., página 63.

[360] Cfr. IANNI. O. *O Colapso do Populismo no Brasil.* ob.cit. página 206.

[361] Cfr. IANNI. O. *O Colapso do Populismo no Brasil.* ob.cit. página 206.

desígnios. Aliás, pelo contrário: justamente os momentos em que as pressões exercidas pelas classes trabalhadoras, ou menos abastadas, eram mais pungentes, foram considerados *crises* do estado populista.[362] Deveras, "o populismo foi pontilhado de crises," provocadas pela "politização dos assalariados," constatada na "participação dos trabalhadores dos centros urbanos e industriais nas campanhas eleitorais (...), nos movimentos nacionalistas, nas lutas antiimperialistas, e nos debates das reformas de base (...)."[363]

Como conseqüência das *crises populismo*, o governo militar que tomou o poder em março de 1964 implementou notórias e seguidas medidas que minavam as formas de participação popular. Extinguiu os partidos políticos, impôs um sistema bi-partidário, permitiu a cassação de direitos políticos e limitou liberdades civis. Essas medidas, como dissemos em outro momento, foram todas tomadas com vistas "a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo," nos termos do preâmbulo do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Ou seja, eram preteridos instrumentos mínimos de qualquer governo que se quisesse democrático, com o declarado objetivo de combater "processos subversivos e de guerra revolucionária."

Neste contexto também podemos perceber – com a rigidez comparável apenas ao nosso período imperial - a postura distanciada, auto-suficiente, do Estado em relação à sociedade. Os anos que antecederam o Governo Militar foram de grande agitação popular, o que parece ter criado o cenário perfeito para reforçar a necessidade que alguns setores da sociedade sentiam de um Estado forte e ao mesmo tempo alheio às pressões das massas.[364]

---

[362] "A verdade é que foi um movimento político em permanente crise. Numa sociedade burguesa, é sempre muito difícil legitimar a participação política das massas trabalhadoras. Os donos do poder político e os grupos dominantes sempre foram obrigados a enfrentar duas ordens de pressões, quanto aos seus vínculos e jogos com as massas. De um lado, os setores mais conservadores e reacionários da sociedade brasileira sempre protestaram com violência contra o jogo político com as massas. Eles viam nesse jogo o prenúncio da destruição do poder burguês e das suas ligações externas. Além disso esses mesmos setores protestavam e lutavam contra a política de massas porque compreendiam que estas eram utilizadas para reforçar a capacidade de barganha (interna e externa) da burguesia industrial interessada no mercado brasileiro. Por outro lado, a própria burguesia comprometida com o populismo sempre foi ambígua e dividida, com relação aos limites do seu jogo com as massas." Cfr. . IANNI. O. *O Colapso do Populismo no Brasil.* ob.cit. página 207.

[363] Cfr. IANNI. O. *O Colapso do Populismo no Brasil.* ob.cit. página 208.

[364] No relato de Otávio IANNI, "foi uma ampla campanha de opinião pública, dirigida especialmente à classe média, que preparou as populações urbanas de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, etc. para aceitarem antecipadamente a derrubada do Governo de João Goulart, a modificação drástica das instituições políticas e a reformulação completa da política econômica. Todos esses objetivos foram alcançados por meio de uma operação político-militar organizada para combater o *comunismo* e a *corrupção*, envolvendo ao mesmo tempo os interesses econômicos e os processos políticos em jogo. A 'Marcha da Família com Deus, pela Liberdade' que antecede e prepara a opinião pública para o golpe, foi realizada dez dias antes." Cfr. IANNI. O. *O Colapso do Populismo no Brasil*. ob. cit. página 130.

E mesmo com o implemento de instrumentos institucionais francamente democráticos a partir da Constituição de 1988, essas características não arrefeceram: o Estado continua sendo visto como autoridade distante, intocável e que surte o sentimento de desconfiança generalizada.

Exemplificando, reproduzimos abaixo parte dos resultados de uma pesquisa realizada em 1996 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE, que abordou diversas questões atinentes à representação política no Brasil.[365] Um dado que julgamos relevante e retratamos a seguir, é o conhecimento que os cidadãos entrevistados têm do nome do Presidente da República, do Governador do seu Estado e do Prefeito do seu Município (nas regiões metropolitanas de Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre); em outras palavras, quando realizada a pesquisa, queria se saber apenas se os eleitores conheciam os respectivos chefes de governo nas diferentes esferas da federação.[366] E o resultado é realmente impressionante, no nosso entendimento.

Quadro 2. Pessoas de 18 anos ou mais de idade, por conhecimento do nome do Presidente da República, do Governador do Estado e do Prefeito do Município (Regiões Metropolitanas de Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre).[367]

Sexo e Grupos de idade	Total (1)	Pessoas de 18 anos ou mais de idade: conhecimento do nome do governante					
		Presidente da República		Governador do Estado		Prefeito do Município	
		Conhecem	Não conhecem	Conhecem	Não conhecem	Conhecem	Não conhecem
Total (1)	25 243 433	18 616 115	3 858 397	16 251 638	6 222 874	17 533 231	4 941 282

(1) O total pode não ser a soma das parcelas, por questões de aproximação, decorrentes do uso de pesos fracionários para a expansão das amostras.

Do total, aproximadamente 15% dos eleitores não sabiam quem era o Presidente da República, 25% não sabiam quem era o Governador de Estado e 20% não conheciam o Prefeito de sua cidade, o que é de todo considerável. Se um quarto da população com direito de voto sequer conhece o indivíduo responsável pela condução dos assuntos ligados ao estado da federação onde vive, existe uma séria crise de legitimidade das estruturas

[365] Ainda que realizada há certo tempo, seus dados nos parecem de interesse, na medida em que trazem informações a respeito de uma realidade social constatada após a re-inserção de instrumentos de participação popular no governo, com a promulgação da Constituição de 1988. É de se indagar, também, se essa realidade teria se alterado substancialmente nos dias atuais.

[366] Destacamos que não se estava indagando a respeito da política adotada pelo governo, da ideologia dominante do seu partido, dos campos de maior destaque da administração, ou ainda os feitos de determinado governo. Perguntou-se apenas e tão somente o nome do ocupante do cargo no executivo. Outrossim, as pessoas foram entrevistadas nas seis maiores capitais do Brasil, em outros termos, bem longe de alguma área rural, sem acesso a informações, ou alheia a qualquer discussão política relevante.

[367] Fonte: IBGE - Pesquisa Mensal de Emprego - Tema Representação de Interesses e Intermediação Política - abril de 1996. Obtido no sítio do IBGE na rede mundial de computadores: www.ibge.gov.br – acesso em novembro de 2007.

estatais.[368] Ora, se parte significativa dos cidadãos nem ao menos conheciam os mandatários por eles nomeados, é certo que eles não tinham qualquer interesse ou conhecimento das políticas públicas em curso, o que é gravíssimo, sobretudo levando em conta que os representantes agem na qualidade – é sempre bom recordar – de representantes desse mesmo corpo eleitoral. E essa ausência de comprometimento, ou alienação política, traduz não apenas desilusões de uma população com o Estado que a comanda, mas também uma séria dúvida quanto à sua própria legitimidade política.

Outrossim, a pesquisa constante do Quadro 3 abaixo, extraído da mesma pesquisa do IBGE acima retratada, revela outro agudo sintoma da *crise de representatividade* estatal. A pesquisa apurou quais seriam as entidades que, na visão dos pesquisados, melhor defenderiam os seus interesses. O dado obtido é de toda relevância para o tema ora debatido, pois ilustra a confiança do cidadão nas diferentes instituições governamentais e não governamentais.

Quadro 3. Pessoas de 18 anos ou mais de idade, por grupos de anos de estudo, segundo as entidades que consideravam que melhor defendiam seus interesses (Regiões Metropolitanas de Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre).[369]

Entidades que melhor defendiam seus interesses	Pessoas de 18 anos ou mais de idade				
		Grupos de anos de estudo			
	Total (1)	Sem instrução e menos de 4 anos	4 a 7 anos	8 a 10 anos	11 anos ou mais
Total (1)	25 243 433	4 745 812	8 351 486	4 360 970	7 785 167
Apontaram alguma entidade (2)	8 651 487	1 532 673	2 805 413	1 448 312	2 865 088
Políticos	1 175 969	209 013	374 353	193 220	399 384
Presidente da República	1 180 614	264 362	440 300	182 806	293 149
Juizes	969 280	159 001	322 110	162 766	325 402
Sindicatos	2 024 316	215 420	529 095	363 849	915 950
Associações profissionais	1 004 235	42 361	139 834	133 284	688 757
Associações de bairro	1 445 634	201 233	496 938	280 130	467 333
Igrejas ou cultos religiosos	2 466 817	666 367	948 847	384 396	467 211
Nenhuma	13 822 851	2 602 068	4 694 883	2 476 121	4 049 779
Sem declaração	2 769 096	611 071	851 191	436 536	870 299

(1) O total pode não ser a soma das parcelas, por questões de aproximação, decorrentes do uso de pesos fracionários para expansão das amostras.
(2) O total não é a soma das parcelas por tratar-se de quesito de múltipla marcação.

Da leitura das informações ali contidas, percebemos que apenas 4% do total dos ouvidos creditavam aos políticos a melhor forma de defesa de seus interesses.[370] Para 54%

[368] Cumpre lembrar, ainda, que sendo o voto obrigatório no Brasil, esses eleitores ao menos no dia da votação tiveram acesso ao nome dos candidatos.
[369] Fonte: IBGE - Pesquisa Mensal de Emprego - Tema Representação de Interesses e Intermediação Política - abril de 1996. Obtido no sítio do IBGE na rede mundial de computadores: www.ibge.gov.br – acesso em novembro de 2007.

das pessoas, nenhuma entidade representaria seus interesses e aquelas que melhor o faziam seriam as igrejas ou cultos religiosos (quase 10%) e os sindicatos (8%). Entre as pessoas com 11 anos ou mais de escolaridade, apenas 3,7% indicaram o Presidente da República e pouco mais de 4% os Juízes (ou Poder Judiciário), como entidade que melhor defendiam seus interesses, sendo ainda notável a parcela que acreditava nos sindicatos (11,7%) e nas associações profissionais (8,8%) como entidades capazes de protegê-los. No caso das pessoas sem escolaridade, ou com menos de 4 anos de ensino (que podem ser consideradas semi-analfabetas), a proporção se inverte em favor do líder do executivo federal que contava com a confiança de 5,5% dos entrevistados, ficando em segundo lugar na lista de autoridades sugeridas, atrás apenas das igrejas e cultos religiosos, que detinham a confiança de significativos 14% dos entrevistados.

Interpretando os números acima expostos, constatamos que, no ano de 1996, uma minoria da população vislumbrava nos membros do Estado – Presidente da República, políticos em geral, juízes – entidades defensoras de seus interesses. Como se admitir, nessas condições, uma efetiva relação de proximidade e, acima de tudo, participação entre a sociedade civil e o ente estatal? Notamos que o sistema de representação política estatal, apesar da retórica constante da Magna Carta de 1988, padece indubitavelmente de uma séria patologia, ligada à sua própria essência, que é a confiança do cidadão no se papel de defensor de seus interesses individuais.

Seja no que tange ao conhecimento dos mandatários pela população (Quadro 2) ou ainda na crença de que os entes estatais são capazes de defender os direitos dos cidadãos (Quadro 3), percebe-se que a relação entre Estado e cidadão é distante, mutuamente desconfiada, e expressivamente hierarquizada.

Infindável seria nosso trabalho se pretendêssemos reproduzir todos os casos em que o Estado apresentou-se como opositor ou até mesmo opressor dos anseios da população cujos interesses sempre declarou representar. O levantamento que fizemos acima, baseado em elementos de história, sociologia e até mesmo literatura, nos basta, assim pensamos, para ilustrar a relação entre a retórica estatal e a realidade social que se produziu. Acima disso, que o governo fundado no discurso da *aristocracia republicana* assumiu uma feição na qual, muito mais do que simplesmente cercear os canais de

[370] Mesmo analisando esse dado levando em conta a variação dos grupos de anos de estudo, a tendência se mantém entre 4 e 5%, alcançando esse pico de confiança entre aqueles que possuem a maior escolaridade (5,13% para aqueles que têm 11 anos ou mais de estudo).

participação da população nos atos estatais, fomentou uma idéia geral de intangibilidade das esferas de poder. Vale dizer, o modelo de estado participativo foi mimetizado, muito embora nunca tenha sido implementado, porquanto os supostos despreparo, inadequação, desinteresse, ou simplesmente a incapacidade da população não coadunavam com essa forma de governo. Outrossim, desenvolveu no imaginário popular o conceito de que os serviços e instituições públicas seriam bens inalcançáveis, ou ao menos cujo acesso somente poderia ser uma dádiva das entidades estatais.

A participação política popular, como mostramos no começo do capítulo, pressupõe intersecção de vontades, uma comunicação entre os diferentes pólos (sociedade civil e Estado). Mais do que isso, necessita, para atender aos seus escopos, de uma valoração mútua, que reconheça no participante um colaborador capaz e respeitável e, no objeto de participação, uma entidade acessível, acolhedora: e esse não aparenta ter sido o caso do Estado brasileiro.

De tudo que foi dito até agora, parece evidente que as instituições estatais brasileiras nunca se mostraram como entidades à serviço, ou ainda comandadas pelos desígnios dos cidadãos. A razão para isso talvez seja que os diferentes mecanismos da democracia clássica não foram consolidados, como visto, com o objetivo de garantir o acesso da maioria da população às instâncias de decisão política, mas justamente para selecionar, pasteurizar e, por que não, domesticar os anseios desse corpo social, *massificado* e circunscrito ao que seria a *vontade da maioria*. Dessa soma de filtros resulta que as leis, na forma por que são elaboradas, não atendem ou não se adaptam à multiplicidade de identidades e valores contidos em nossa sociedade – *pluri-étnica, pluriracial e pluricultural* –, mas apenas ao alvedrio da classe política, ou no máximo àquilo que esse Estado oligárquico e burocratizado acredita ser o *melhor para o eleitor*.[371]

Observando nossa história política, especialmente sob a ótica dos diplomas legais mais fundamentais, percebemos que o Estado manteve-se dentro da lógica paternalista: o discurso da ação defensiva e protetora do povo pelo ente estatal permanece até hoje,

[371] Nesse sentido, Luis Felipe MIGUEL, ao falar do discurso que guiou a formação do pensamento democrático contemporâneo, aduz que a "teoria da democracia, hoje predominante, adotou os pressupostos de uma corrente de pensamento destinada precisamente a combater a democracia: o elitismo. O principal ideal da democracia, a autonomia popular, entendida no sentido preciso da palavra, a produção das próprias regras, foi descartado como quimérico. No lugar da idéia de poder do povo, colocou-se o dogma elitista de que o governo é uma atividade de minorias. A descrença na igualdade entre os seres humanos – igualdade que, tradicionalmente, era vista como um quase-sinônimo da democracia – levou, como corolário natural, ao fim do preceito do rodízio entre governantes e governados." Cfr. MIGUEL. L.F. *A democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo*. Revista de Ciências Sociais. Vol. 45. 2006. página 505.

criando um relacionamento político auto-referente, ainda que num ambiente *declaradamente* democrático. O sistema auto-suficiente do qual falamos não criou instituições políticas efetivamente atuantes no sentido de defender os interesses concretos (vontade) dos cidadãos, ou ao menos de lhes franquear acesso às esferas de decisão políticas (participação popular). Se, aqui e ali, encontramos elementos que nos dão a impressão de uma atuação populista e no interesse das massas populares (caso da abolição da escravidão, criação de direitos trabalhistas, ou ainda medidas desenvolvimentistas), fato é que a relação entre cidadão e ente estatal no Brasil é tudo menos de confiança ou proximidade, ainda menos de interação.

Ao reverso, a impressão geral que temos ao final de nossa exposição é que, ao longo de nossa história política, o ente estatal sempre se apresentou como figura distante, autoritária e agressora dos direitos ou simplesmente vontades políticas dos cidadãos, mascarando, muitas vezes, tais atos em ações paternalistas ou populistas. Essas questões nos remetem ao tema da *cultura jurídica*, analisado anteriormente quando tratamos da criação de nosso ordenamento jurídico: não é – nunca foi – de nossa *cultura jurídica* a prática de medidas participativas de governo, haja vista as ações excludentes e autocráticas, tomadas ao longo da história por nosso Estado e aparentemente aceitas.

Assim é que, neste capítulo, tentamos estabelecer premissas que nos guiarão no que se segue, quando estudaremos com maior precisão as formas institucionais de participação popular dos brasileiros no processo de elaboração de leis. Veremos a aplicação dos conceitos apreciados até aqui quanto à participação popular direta no processo legislativo. Vale dizer, já detalhamos os conceitos de lei como legitimadora jurídica dos atos estatais, do processo legislativo como legitimador formal dessas leis, e da democracia como legitimadora política dos atos do Estado. Cabe-nos agora definir qual o espaço efetivamente facultado à população para participar da elaboração das normas jurídicas no ordenamento constitucional pátrio sem quaisquer intermediários, segundo a conceituação que a auto-declara um *Estado Democrático de Direito.*

CAPÍTULO IV – A PARTICIPAÇÃO POPULAR DIRETA NA ELABORAÇÃO DAS LEIS.

1. Iniciativa popular de leis. 2. Referendos. 3. Do direito de petição. 4. A participação em audiências públicas.

No Capítulo II definimos o processo legislativo como sendo a *relação jurídica constituída de uma seqüência de atos que, uma vez atendidos os requisitos de formalidade, competência e acolhimento no ordenamento pré-existente, resultará na criação de uma norma estatal.* Naquela ocasião apontamos, ainda que de modo sucinto, as diferentes fases a serem superadas para aprovação de uma norma jurídica positiva, seja no âmbito do processo legislativo *ordinário* (leis ordinárias, leis complementares ou emendas à constituição) ou ainda *extra-ordinário* (medidas provisórias, normas de agências reguladoras, súmulas vinculantes, tratados internacionais, etc...).

Nesses dois casos, suficientemente discutidos no Capítulo II, examinamos o desenrolar do procedimento à luz de institutos eminentemente *representativos;* hipóteses em que a atuação na elaboração da lei se dá por parte de agentes do Estado, eleitos diretamente ou não. Cabe agora apreciar, de maneira mais detalhada, as formas de participação popular *direta* no procedimento formal de elaboração de leis positivas brasileiras, ou seja, como se faculta ao cidadão atuar na formação da norma sem a intermediação de um membro do ente legislador (seja ele um mandatário eleito ou não). Retomando a distinção feita no Capítulo III, serão os institutos da chamada *democracia semi-direta* que serão abordados, por intermédio dos quais o indivíduo age sem

intermediários, exercendo e manifestando sua vontade diretamente, mesmo porque as principais características da intervenção *indireta*, ou *representativa* no procedimento legislativo já foram estudadas

Vale ainda ressaltar que, por *forma* ou *ato de participação*, entendemos toda e qualquer *atitude* capaz de promover algum *impulso*, ou *agir* de forma *decisiva* no andamento do *iter* procedimental. Em outros termos, analisaremos as possibilidades do cidadão *atuar efetivamente* no andamento, na *marcha adiante* do procedimento de elaboração da norma (*procedere*), e não simplesmente *influenciar* os agentes legisladores, como ocorre, por exemplo, com *lobbies* ou *grupos de pressão.*

Da mesma forma, limitaremos a análise aos institutos ligados ao procedimento legislativo, excluindo as ferramentas que, mesmo sendo instrumentos de *participação direta*, não dizem respeito ao tema estudado neste trabalho. Assim sendo, não analisaremos conhecidos mecanismos da *cidadania ativa* tais quais o *mandato imperativo, "recall" de candidatos* ou a *ação popular*, porquanto não representam instrumentos de atuação *especifica* no processo de formação da norma jurídica.

Feitas essas premissas, temos que a participação popular *direta* na elaboração das leis é facultada pelo ordenamento jurídico brasileiro das seguintes maneiras: a *iniciativa popular de leis* e os *referendos*, regulamentados nos artigos 14 e 61, § 2º da Magna Carta,[372] bem como as *petições* e *audiências públicas*, previstas em normas ordinárias ou regimentais. Abaixo trataremos de cada um deles.

1. Iniciativa popular de leis.

A iniciativa popular de leis é uma modalidade de participação dos cidadãos eleitores, exercida no momento de iniciação do processo legislativo:[373] faculta-se a determinado número de indivíduos formularem um projeto de lei ordinária e encaminhá-lo

372 Sua redação é a seguinte: "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular." "Art. 61. (...) § 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles." Não consideramos o plebiscito uma forma de participação no processo legislativo, o que será explanado no momento adequado.

373 Embora não constasse da legislação nacional que lhe era contemporânea, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO a definiu, com fulcro nos exemplos colhidos no direito alienígena, como sendo a "faculdade outorgada aos cidadãos activos de suggerirem um projecto de lei, seja constitucional ou ordinária, bem como de lembrar modificações ou abrogações de textos legislativos." Cfr. BANDEIRA DE MELLO. O.A. *O Referendum Legislativo Popular*. ob. cit., página 22.

diretamente à Câmara dos Deputados, sem a necessidade da intermediação de qualquer um dos entes políticos enumerados no artigo 61 da Magna Carta. As Constituições pregressas nunca previram tal possibilidade, de modo que essa forma de ação da população na formação das normas foi introduzida em nosso ordenamento jurídico na Carta de 1988 (arts. 14 e 61, §2º), mas não sem intensas e acaloradas disputas.[374]

A retomarmos a teoria da *lide legislativa*, pode-se afirmar que se trata de uma forma de *provocação* do Estado-legislador realizada *diretamente* por uma parcela da sociedade civil; o litígio legislativo terá sido impulsionado pelos próprios cidadãos que forçarão a instituição responsável pela feitura da lei a discutir, avaliar e, eventualmente, aprovar a norma ofertada seguindo esta via.[375]

A iniciativa popular de leis é definida no artigo 13 da Lei 9.709/98 que, segundo José Afonso da SILVA "praticamente reproduziu o conteúdo do artigo 61, §2º da Constituição,"[376] obtemperando que ela "consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados." Caracteriza-se como instituto próprio do procedimento *ordinário* (parlamentar) de formação das leis, não tendo lugar nas demais ferramentas de criação de regramentos estatais; tangenciaria, talvez, o direito de petição, que incide igualmente nos procedimentos *extraordinários*, mas com ele guarda diferenças que abordaremos oportunamente.

---

374 À exemplo do que ocorreu com a idéia de um *referendo constitucional*, a iniciativa popular de leis era alvo de robusta suspeição, tanto é assim que, muito embora tenha sido aprovada na Constituinte de 1988, o foi com severo revés: a exigência de quórum de assinaturas correspondente a 1% do corpo eleitoral pátrio mostra-se um obstáculo de difícil superação imposto pelo legislador constituinte a este instituto. Consta que "em meio à tensão gerada pela abertura participativa até então inédita, que não era bem tida por membros conservadores da sociedade, pelos militares e pelo Senado Federal, o relator Flávio Bierrenbach surpreendeu com um parecer apoiado em um relatório elaborado por juristas de São Paulo. Dando coro ao ostensivo desejo de participação popular, propunha a realização de um plebiscito para que o povo se definisse por uma Assembléia exclusiva ou congressual. Também em seu texto encontrava-se inserta a não-coincidência da eleição constituinte com a dos governadores, e a criação de sugestões populares por meio das Câmaras Municipais. (...) O Congresso não se mostrou sensível ao projeto, sendo apresentado um substituto que houve por ser aprovado, e que mantinha a proposta originária de uma Assembléia Congressual." Cfr. DUARTE NETO. J. *A Iniciativa Popular na Constituição Federal.* São Paulo: RT. 2005. página 91. Ainda de acordo com o autor retro-citado, "ao final da votação do primeiro turno, o Projeto de Constituição já apresentava a atual redação, e de maneira desditosa elevava o número de subscrições da iniciativa popular legislativa para 1% do eleitorado nacional, excluindo aos cidadãos a iniciativa constitucional. Essa teria sido a redação vencedora, e, não sem um pouco de pesar, não há como desconsiderar que foram desprezadas propostas e emendas que com boa técnica haviam enfrentado o instituto, tornando-o adequado e eficiente para a realidade que a Constituição pretendia instaurar com o enunciado do artigo 1º, parágrafo único." Cfr. DUARTE NETO. J. *A Iniciativa Popular na Constituição Federal.* ob. cit. página 104.

375 "O que deve ser enfatizado, no entanto,apesar de se constatar a supremacia dos projetos do Legislativo," aduz Maria Vitória de Mesquita BENEVIDES, "é que a simples existência de projeto de iniciativa popular já obriga o Parlamento a tomar uma posição e, eventualmente, legislar sobre um assunto sobre o qual era indiferente, omisso ou francamente hostil. A iniciativa popular tem, portanto, o importante papel de pressionar o Legislativo, mesmo que não ganhe em todas as ocasiões (muitas vezes os interesses populares são atendidos pelos contra-projetos)." BENEVIDES. MV.M *A Cidadania Ativa.* ob. cit. página 168.

376 Cfr. SILVA. J.A. *O Sistema Representativo*... ob.cit. página 107.

Consignemos que, diferentemente de alguns ordenamentos alienígenas (Suíça, Itália, Bolívia, Venezuela), o escopo desta intervenção está adstrito a leis infra-constitucionais, sendo vedada a propositura de *emenda à constituição*, cuja iniciativa, nos termos da própria Constituição, é reservada ao Presidente da República, ao Congresso Nacional e às Assembléias Legislativas (CF, art. 60).[377]

Deverá, pois, ser apresentado diretamente sob a forma de *projeto* (e não como *sugestão* de projeto de lei),[378] cujos requisitos objetivos formais, além daqueles pertinentes a quaisquer projetos de lei, são: a) que ele seja "subscrito por no mínimo um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles." (art. 13, *caput*) e; b) que ele se circunscreva "a um só assunto" (art. 13, §1º). Quanto a este mister, aproxima-se a legislação brasileira da italiana que, no artigo 71 da Carta de 1947, estabelece que o projeto de lei a ser apresentado pelo povo há de ser "redigido em artigos." Por igual razão, distancia-se da Constituição Suíça de 1999, que determina no artigo 139 que as iniciativas populares de lei feitas com o intuito de alterar a Constituição Federal podem ser apresentadas tanto como projeto redigido ou "concebidas em termos gerais;" neste último caso, cabe à Assembléia Federal elaborar a revisão parcial de tal sugestão, e submetê-la ao voto do povo e dos cantões e, sendo ela aceita, essa mesma instituição redigirá o respectivo projeto de lei (art. 139).

Precisamente em virtude dessa peculiaridade, esta forma de participação popular distingue-se do simples direito de petição, na medida em que o seu exercício requer o atendimento de formalidades mais rigorosas; a apresentação de petitório às autoridades públicas e por sua vez, como veremos, não se submete a ritos ou exigências ritualísticos: basta a sua formulação pelo cidadão por meio de carta, *e-mail*, fax, etc, sem maiores formalidades.

---

[377] Maria Vitória de Mesquita BENEVIDES questiona com veemência os defensores de tal limitação, argüindo que lhe parece ser evidente que "nenhum argumento sólido possa ser levantado para restringir o âmbito temático. Além da discussão teórica sobre a soberania, já existe suficiente interesse da população em ver a questão debatida e votada, pois pressupõe um processo de campanha e coleta de assinaturas bastante complexo. Em segundo lugar, trata-se de uma iniciativa, e não de uma decisão; a questão em causa só será deliberada após o debate na instância parlamentar." BENEVIDES. MV.M *A Cidadania Ativa*. ob. cit. página 140.

[378] Neste sentido, observa-se que as propostas populares "deverão ser apresentados na forma de projeto, termo empregado pela norma em análise, e assim redigidos na forma sistematizada e esquematizada (iniciativa formulada). Isso difere, portanto, de outros ordenamentos, em que bastaria a apresentação da idéia básica, de um princípio, sendo deixada a tarefa de redação ao legislador (iniciativa não formulada)." Cfr. DUARTE NETO. J. *A Iniciativa Popular na Constituição Federal.* ob. cit. página 131.

De se ressaltar que a norma brasileira, talvez desejando transparecer tolerância, *acessibilidade*, ou até mesmo certa *informalidade*, aduz no §2º do supramencionado artigo 13 que "o projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a "correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação." Resta evidente a intenção do legislador em evitar o arquivamento dos projetos de iniciativa popular por tais motivos, mas tal cuidado é um tanto redundante, vez que até mesmo na hipótese de lei de iniciativa parlamentar essas imperfeições não acarretariam a exclusão sumária da proposta. Essa é, ao menos, a previsão do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução 17/1989), que permite a *Emenda de redação*[379] para remediar essas incorreções, cabível desde a tramitação perante as comissões, passando pela discussão plenária,[380] até o momento de redação final do texto legal.[381]

De qualquer modo, feitas essas curtas e lacônicas determinações, a lei ordinária remete ao retro-citado Regimento Interno da Câmara dos Deputados a condução da referida propositura popular (art. 14).[382]

Tal Diploma cuida do tema no Capítulo I do Título VIII, especificamente no artigo 252. Repete mais uma vez a redação do §2 do artigo 61 da Magna Carta, mas traz como novidade, em relação aos textos legais mencionados acima, as exigências procedimentais respeitantes à verificação da idoneidade e veracidade das assinaturas necessárias para apresentação do projeto de lei.[383] Da mesma forma, deixa claro que uma

379 É essa a descrição do § 8º do artigo 118 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: "Denomina-se emenda de redação a modificativa que visa a sanar vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto."

380 Artigo 120 e seu parágrafo 2º: "As emendas de Plenário serão apresentadas: I - durante a discussão em apreciação preliminar, turno único ou primeiro turno: por qualquer Deputado ou Comissão; II - durante a discussão em segundo turno: a) por Comissão, se aprovada pela maioria absoluta de seus membros; b) desde que subscritas por um décimo dos membros da Casa, ou Líderes que representem este número; III - à redação final, até o início da sua votação, observado o quorum previsto nas alíneas a e b do inciso anterior. (...) § 2º Somente será admitida emenda à redação final para evitar lapso formal, incorreção de linguagem ou defeito de técnica legislativa, sujeita às mesmas formalidades regimentais da emenda de mérito."

381 Artigo 194: "Terminada a votação em primeiro turno, os projetos irão à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania para redigir o vencido. Parágrafo único. A redação será dispensada, salvo se houver vício de linguagem, defeito ou erro manifesto a corrigir, nos projetos aprovados em primeiro turno, sem emendas."

382 Essa não teria sido uma opção feliz do legislador; para José Afonso da SILVA, "submeter o assunto às normas do Regimento Interno não foi uma boa solução. A má vontade dos parlamentares em relação aos institutos de democracia participativa acaba por protelar a regulamentação regimental da matéria, que assim torna inoperante não só as previsões da lei, mas também as determinações da própria Constituição." Cfr. SILVA. J.A. *O Sistema Representativo*... ob. cit., página 108.

383 Essa a redação dos cinco primeiro incisos: "I - a assinatura de cada eleitor deverá ser acompanhada de seu nome completo e legível, endereço e dados identificadores de seu título eleitoral; II - as listas de assinatura serão organizadas por Município e por Estado, Território e Distrito Federal, em formulário padronizado pela Mesa da Câmara; III - será lícito a entidade da sociedade civil patrocinar a apresentação de

vez recebida a propositura de lei, seu trâmite seguirá exatamente as mesmas regras dos demais projetos, devendo ser designado Deputado para exercer os poderes ou atribuições ordinariamente conferidos ao Autor de proposição comum.[384] Logo, as características diferenciadas do projeto de lei proposto por iniciativa popular se esgotam na *fase introdutória* do procedimento, de modo que prosseguirão exatamente o mesmo ritual quanto às demais etapas.

Realizando agora uma análise crítica das determinações legais pertinentes à *iniciativa popular de leis*, o primeiro comentário que nos permitimos fazer diz respeito ao rigor do legislador constitucional quanto ao número de assinaturas necessário para recebimento da proposta: acaso um determinado grupo deseje promover a provocação do Poder Legislativo para que ele inicie o processo de elaboração de determinada lei, deverá ser recolhida a assinatura de no mínimo "um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles." Esse número corresponderia, atualmente, a aproximadamente 1.314.814 (um milhão, trezentos e quatorze mil, oitocentos e quatorze)[385] pessoas, o que representa um obstáculo considerável.

No caso italiano, esse número cai para cinqüenta mil eleitores, (art. 71 da Constituição de 1947), e na Suíça são cem mil cidadãos, seja para se fazer uma alteração total da carta constitucional – o que equivale a realizar nova assembléia constituinte – ou para realizar alterações parciais na Carta vigente (art. 138 e 139 da Constituição Suíça de 1999). Vale retratar também, a título ilustrativo, o que dispõem as Cartas Magnas recentemente promulgadas na Bolívia e na Venezuela: o artigo 162 da Constituição boliviana aduz que a iniciativa legislativa incumbe em primeiro lugar às cidadãs e aos cidadãos, sem impor um quociente mínimo de assinaturas; um pouco mais rigorosa é a

---

projeto de lei de iniciativa popular, responsabilizando-se inclusive pela coleta das assinaturas; IV - o projeto será instruído com documento hábil da Justiça Eleitoral quanto ao contingente de eleitores alistados em cada Unidade da Federação, aceitando-se, para esse fim, os dados referentes ao ano anterior, se não disponíveis outros mais recentes; V - o projeto será protocolizado perante a Secretaria-Geral da Mesa, que verificará se foram cumpridas as exigências constitucionais para sua apresentação."

384 "VI - o projeto de lei de iniciativa popular terá a mesma tramitação dos demais, integrando a numeração geral das proposições; VII - nas Comissões ou em Plenário, transformado em Comissão Geral, poderá usar da palavra para discutir o projeto de lei, pelo prazo de vinte minutos, o primeiro signatário, ou quem este tiver indicado quando da apresentação do projeto; (...) X - a Mesa designará Deputado para exercer, em relação ao projeto de lei de iniciativa popular, os poderes ou atribuições conferidos por este Regimento ao Autor de proposição, devendo a escolha recair sobre quem tenha sido, com a sua anuência, previamente indicado com essa finalidade pelo primeiro signatário do projeto."

385 Seguindo dados obtidos no sítio do Tribunal Superior Eleitoral na Internet, o eleitorado brasileiro em setembro de 2009 seria de 131.481.361 pessoas - www.tse.jus.br/internet/eleicoes/distr_etaria_blank.htm - acesso em 2/12/09.

Carta Venezuelana, que possibilita a iniciativa de leis de reforma constitucional a um "número não menor do que dez por cento dos eleitores e eleitoras." (art. 74).

A justificativa oficial brasileira para adoção de tal restritiva porcentagem é um alegado temor de que a redução do número de assinaturas tornaria o instituto banal e levaria a uma *enxurrada* de projetos de lei sobre assuntos nem sempre pertinentes, inviabilizando os trabalhos parlamentares.[386] Outra linha de pensamento, que foi inclusive objeto de discursos na Assembléia Constituinte de 1987, sustentou a imposição desse número expressivo de assinaturas por conta da hipotética desnecessidade de se lançar mão desse expediente, ante a possibilidade de se encaminhar sugestão de lei aos representantes do povo, sob pena de tornar seu ofício obsoleto.[387]

Seja como for, e independentemente do acerto da opção constitucionalmente exercida, a exigência do número de subscritores tal qual formulada leva boa parte da doutrina a afirmar que, se não chega a inviabilizar o uso de tal instituto, dificulta o seu uso sobremaneira.[388] Nessa senda, concordamos com a maioria dos autores quando tratam do assunto, afirmando de forma praticamente uníssona que o número de signatários em espeque torna a prática de propositura popular de leis não apenas complexa, mas de dubitável aplicabilidade prática.[389] De fato, reunir esse número de assinaturas em diversos estados, seguindo ainda as formalidades previstas no artigo 252 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados é tarefa hercúlea e que requer organização e comprometimento incomuns.

---

[386] A esse respeito, José Afonso da SILVA obtempera que "o exercício da iniciativa popular deve ser devidamente regulado, de modo que não venha contribuir para perturbar o processo legislativo. A doutrina, de fato, observa que a iniciativa popular introduz certa dose de incerteza que é dificilmente suportável aos poderes, porque ela perturba de modo inopinado a ordem do dia da agenda política." Cfr. SILVA.J.A. *O Sistema representativo...* ob. cit., página 100. Esse argumento há de ser devidamente sopesado, considerando a realidade dos projetos de lei que usualmente são propostos perante a Câmara dos Deputados pelos representantes eleitos. Exemplificando, somente no ano de 2009 e até dezembro, foram apresentados 2.034 projetos de lei, que tratam de temas que variam da irrelevante "obrigatoriedade do uso em latas de cerveja, refrigerante, sucos ou similares de lacre protetor higiênico removível" (PL 6590/2009) até o "o apoio financeiro da União aos Estados e Municípios que sofrem danos decorrentes de calamidades públicas." (PL 5.404/09). Cfr. http://www2.camara.gov.br/proposicoes - acesso em 11/12/09.

[387] O Deputado Constituinte Samir Uchoa proclamou: "Quanto à iniciativa dada à população, acho que constitui um desrespeito ao próprio Parlamento, porque ninguém há de negar que, se qualquer cidadão aqui chegar e me apresentar um projeto, posso não concordar com ele, mas o encaminho." Cfr. *apud* BENEVIDES. M.V. M. *A Cidadania Ativa*. ob. cit. página 126.

[388] "Se no capítulo anterior asseveramos que o constituinte foi comedido quando não estendeu a iniciativa popular para promover a alteração da Constituição, a mesma tibieza é válida quando se tem em conta os requisitos para a propositura dos tipos legislativos de que tratamos agora. Fora não somente lacônico quanto a eles, situação que não é de todo prejudicial, como inviabilizou o instituto quando exigiu número de subscrições um tanto elevado para a tão incipiente e inexperiente participação política na sociedade brasileira (...)" Cfr. DUARTE NETO. J. *A Iniciativa Popular na Constituição Federal.* ob. cit. página 128.

[389] Nesse sentido: SILVA.J.A. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. ob. cit. páginas 161 e seguintes; FERREIRA FILHO. M.G. *Do Processo Legislativo*. ob. cit., página 203; PAULO.V e ALEXANDRINO. M. *Processo Legislativo*. ob. cit. página 40.

Todavia, essa limitação imposta à *iniciativa popular de leis* pelas normas que a regem não nos afigura como sendo aquela que mais esvazia a utilidade do instituto sob exame. Como afirmado, uma vez ingressado na Casa Legislativa, o projeto de lei seguirá o trâmite ordinário, ou seja, submeter-se-á às comissões, poderá ser objeto de emenda ou veto, não terá tramitação preferencial ou sumária, não havendo qualquer diferença de tratamento com relação aos demais projetos de lei.

Tal situação não se verifica, por exemplo, em outros ordenamentos legais que adotaram a *iniciativa popular de leis.* Na já mencionada Suíça, quando o projeto de reforma constitucional é oriundo de iniciativa popular, ele é submetido à aprovação "do povo e dos Cantões," sendo facultado à Assembléia federal sugerir a aceitação ou rejeição, ou ainda apresentar um contra-projeto, caso em que se votarão em conjunto as duas propostas em disputa (art. 139 da Constituição Suíça). Do mesmo modo, de acordo com o relato de Maria Vitória de Mesquita BENEVIDES, na maioria dos Estados que compõem a federação estadunidense, "uma iniciativa popular constitucional só pode ser modificada por outra iniciativa; uma iniciativa popular legislativa pode ser emendada, mas apenas por maioria e em nova apreciação popular."[390]

Porém, nos termos da legislação brasileira, a proposta poderá sofrer alterações a ponto de desnaturar a idéia originalmente sugerida.

Como exemplo das implicações conseqüentes desse tratamento, citamos o Projeto de Lei Popular nº 518/2009, apresentado pelo *Movimento de Combate à Corrupção.* O projeto propõe alterar a Lei Complementar nº 64/90, para instituir a "chamada 'Ficha Limpa' obrigatória para os candidatos nas eleições em todos os níveis." Seguindo a mesma toada, "aumenta para 8 (oito) anos o período de inelegibilidade e suspende a exigência do trânsito em julgado nos casos em que a representação for julgada procedente pela Justiça Eleitoral." O cerne, pois, da proposta, seria a possibilidade de se considerar inelegível o candidato a cargo eletivo que fosse condenado em primeira instância, independentemente de trânsito em julgado da decisão. Ocorre que, tão logo entregue à Câmara dos Deputados, o próprio Presidente daquela Casa – Deputado Michel Temer – cuidou de ressaltar que o projeto certamente sofrerá alterações, especialmente para que se exija que a condenação que proibirá a candidatura se dê em órgão colegiado (decisões de segunda instância).[391]

---

[390] BENEVIDES. MV.M *A Cidadania Ativa.* ob. cit. página 169.

[391] Afirmou o Deputado em entrevista para o jornal Folha de São Paulo, datada de 29/9/09: "É claro que, quando um deputado ou senador apresenta um projeto de lei, ele vem para cá ser examinado e modulado pelo Congresso. O Congresso terá a liberdade de sugerir modificações." Cfr. http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u630730.shtml - acesso em 2/12/09.

Sem exercermos qualquer juízo de valor a respeito dessa norma proposta por iniciativa popular (especialmente quanto a sua constitucionalidade, que é bastante questionável), o fato é que, para muitos, a modificação vertente esvaziaria o projeto de lei de seu objetivo principal.

Assim, não se verifica vínculo que prenda os deputados ao projeto de lei oriundo de iniciativa popular, o que lhes permite alterar seus termos como bem entenderem – a Comissão de Constituição e Justiça pode até mesmo arquivá-los sem sequer levá-los a plenário.[392] Vale dizer: sendo a iniciativa da lei de um parlamentar ou diretamente de proposta de parte dos eleitores, o processamento e encaminhamento do projeto serão exatamente os mesmos que aqueles ofertados pelos entes autorizados pelo artigo 61 da Constituição Federal.[393] E mais, é perfeitamente possível – até mesmo provável – a alteração dos termos da norma originariamente propostos pelos cidadãos.

De nossa parte, entendemos que tal tratamento se justificaria parcialmente porquanto o simples fato de ter sido proposta por meio de iniciativa popular não fará com que certa lei esteja eivada de maior legitimidade, ou ainda que ela seja tida como de melhor qualidade, ou mesmo imediatamente aprovável *de per si*. Um por cento do eleitorado não representa, evidentemente, os noventa e nove por cento restantes – aliás, não passa de porcentagem ínfima se considerarmos todo o contingente populacional que será atingido pelas normas promulgadas em nível federal. Provavelmente por essa razão, notamos um cuidado diferenciado de todas as instituições estatais quanto à aceitação e integração dos projetos de lei com origem popular. Ilustra essa afirmação o exemplo estadunidense onde, segundo os levantamentos realizados por Maria Vitória de Mesquita BENEVIDES, "as Cortes americanas – tanto as estaduais quanto a federal – são muito rigorosas no exame da constitucionalidade das iniciativas populares, mesmo quando vitoriosas (e sobretudo). Entre 1960 e 1980, por exemplo, de dez iniciativas aprovadas na Califórnia, seis foram invalidadas pelos tribunais."[394] Outrossim, já vimos que as decisões

[392] É o que se depreende da leitura do artigo 54, inciso I em conjunto com o 57, inciso IV, ambos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: "Art. 54. Será terminativo o parecer: I - da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria;" "Art. 57. No desenvolvimento dos seus trabalhos, as Comissões observarão as seguintes normas: (...) IV - ao apreciar qualquer matéria, a Comissão poderá propor a sua adoção ou a sua rejeição total ou parcial, sugerir o seu arquivamento, formular projeto dela decorrente, dar-lhe substitutivo e apresentar emenda ou subemenda."

[393] "Colocado o problema em seu lugar devido, teríamos que aos cidadãos é dado dispor sobre o impulso legislativo, sendo-lhes alheios os destinos da iniciativa legislativa. Pelo menos nos termos da legislação pátria que, diferentemente de outras, não conta com recurso algum para impor a seus representantes a obrigatoriedade de acolher anteprojeto por ele feito." Cfr. DUARTE NETO. J. *A Iniciativa Popular na Constituição Federal.* ob. cit. página 117.

[394] BENEVIDES. MV.M *A Cidadania Ativa.* ob. cit. página 167.

políticas tomadas em âmbito democrático não são necessariamente as melhores, mas apenas aquelas que atendem ao agrado da maioria.

Destarte, é de se indagar: qual a vantagem de se promover a propositura normativa sob tal modalidade? Não seria mais fácil e prático encarregar algum representante de ultimar tal providência?

Pragmaticamente falando, é evidente que acionar um representante é a melhor opção.[395] Alguns afirmam que o projeto de lei iniciado por meio de *iniciativa popular* teria uma força política maior, ante uma hipotética coação moral que os seus signatários poderiam exercer. Bem, não é isso que mostram as estatísticas colhidas da Câmara dos Deputados: nenhum, repitamos, absolutamente nenhum dos projetos de lei originados de *iniciativa popular* foram aprovados enquanto tais até hoje – todos tiveram de ser subscritos e encaminhados por deputados para que tivessem seguimento.[396]

Concluindo, consideramos que a não ser pelo fato que ela consta de nossa Carta Maior, a *iniciativa popular de leis* nunca foi verdadeiramente considerada pelo sistema processual legislativo brasileiro. A norma infra-constitucional responsável por sua regulação – Lei Ordinária nº 9.709 de 18 de novembro de 1998 – somente foi publicada dez anos após a promulgação da Constituição que introduziu tal instituto em nosso ordenamento; seus termos são quase tão lacônicos quanto os da norma constitucional da qual, aliás, eles foram copiados. Ademais, limitou-se o escopo de iniciativa a normas ordinárias, impedindo a intervenção do cidadão para promover emendas à constituição, que seriam medidas que talvez promovessem uma mobilização bem mais significativa.

Esses são elementos que vêm demonstrar que, a despeito da suposta intenção do legislador constituinte em outorgar à sociedade civil oportunidades para que atue diretamente na iniciação do procedimento de elaboração de leis, até hoje tal forma de participação tem sido inócua. E isso se dá, certamente, pelas rígidas disciplinas e

---

[395] Vicente PAULO e Marcelo ALEXANDRINO ponderam que "se a Constituição permite que apenas um congressista apresente projeto de lei, torna-se muito menos trabalhoso (e portanto muito mais provável) convencer um deputado ou um senador a encampar a matéria que determinado grupo social pretende ver transformada em lei e dar início ao processo legislativo." Cfr. PAULO.V. e ALEXANDRINO. M. *Processo Legislativo.* ob. cit., página 40.

[396] É o que afirma Luiz Cláudio Alves dos SANTOS em artigo publicado na *Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados*: "Com relação aos resultados da aludida pesquisa, observou-se que, no âmbito federal, desde a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, até o encerramento da 52ª Legislatura, em 31 de janeiro de 2007, nenhum projeto de lei ordinária ou complementar que tenha sido apresentado com fundamento no § 2º do art. 61 da Constituição tramitou no Congresso Nacional sem que a sua autoria fosse atribuída, no mínimo, a um representante do povo eleito para a Câmara dos Deputados ou ao Presidente da República." Cfr. SANTOS. L.C.A. *A Iniciativa Popular das Leis.* E-Legis, n.01, 2º semestre, 2008, página 9.

limitações impostas pelo Estado, que delimitaram, sobremaneira, a eficácia e efetividade do mecanismo vertente.

Com efeito, o desdém da classe política se reflete nos estudiosos do tema, que chegam a denominar a iniciativa popular de leis um "instituto decorativo."[397] E a prática tem demonstrado que essa corrente não está de todo enganada.

2. Referendos.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê outra forma de atuação direta dos cidadãos na formação da norma positiva: consultas populares, consubstanciadas, por sua vez, na modalidade de *referendos.*

Evitaremos nos imiscuir da discussão doutrinária a respeito da correta denominação dos referendos ou plebiscitos, ou ainda se a terminologia adotada pelo legislador constituinte estaria adequada, porquanto a própria norma cuidou – acertadamente ou não, pouco importa – de definir e classificar os dois institutos. Segundo o artigo 2º da Lei 9.709/98, "plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa," sendo certo que o "plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido" (§1º) enquanto o "referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição" (§2º).

A diferença entre um e outro se daria, em princípio, unicamente com relação ao *momento* da consulta: os plebiscitos antes da elaboração da norma e os referendos após a sua formação. Na linha do que expusemos ao iniciar este item, trataremos apenas dos referendos, concordando com José Afonso da SILVA, para quem o plebiscito não é fase do processo legislativo, uma vez que "seu resultado pode exigir a adoção de lei para ser implementado, mas isso é uma coisa posterior."[398] Os plebiscitos não constituem, pois, um ato do procedimento de elaboração de leis: é ato isolado e sem liame com o nosso objeto de estudo, e por essa razão será deixado de lado.

Desta feita, abordando exclusivamente o instituto de nosso interesse, tomaremos emprestada a definição de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, para quem "o

[397] FERREIRA FILHO.M.G. *Do processo legislativo*. ob. cit., página 203.
[398] Cfr. SILVA. J.A. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. ob. cit. página 246.

referendum é o systema de governo que permitte ao povo participar na formação das leis, aceitando ou rejeitando, por meio do voto, as deliberações dos órgãos legislativos. São seus elementos caracterizadores: a) a collaboração directa dos eleitores na actividade legislativa; b) a intervenção dos eleitores constitue apenas um dos requisitos na elaboração das leis; c) a resolução dos eleitores é decisiva."[399] O referendo tem incidência nos processos legislativos *ordinários* e *extraordinários*, na medida em que o §2º do artigo 2º da Lei 9.709/98 concede-lhe a prerrogativa de opinar sobre "ato legislativo ou administrativo," o que inclui todas as espécies de procedimentos legislativos por nós estudados, exceção feita apenas às Súmulas Vinculantes, pois estas são atos *jurisdicionais*, não contemplados, portanto, no texto legal em espeque.

O artigo 3º da Lei 9.709/98, determina que as consultas são convocadas "mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional." Após essa convocação, cumprirá à Justiça Eleitoral "I – fixar a data da consulta popular; II – tornar pública a cédula respectiva; III – expedir instruções para a realização do plebiscito ou referendo; IV – assegurar a gratuidade, nos meios de comunicação de massa concessionários de serviço público, aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas pela sociedade civil em torno da matéria em questão, para a divulgação de seus postulados referentes ao tema sob consulta." (art. 8º e seus incisos). Não há, assim, previsão para convocação do referendo por iniciativa popular, como ocorre na Itália (art. 75 da Constituição italiana[400]), ou na Suíça (art. 141 da Constituição suíça[401]). Tampouco existe previsão legal de ocorrência compulsória das consultas, à exemplo dos referendos constitucionais, tidos por obrigatórios em certos países nos casos de reforma da carta constitucional,[402] ou ratificação

[399] Cfr. BANDEIRA DE MELLO. O.A. O Referendum Legislativo Popular. ob. cit., páginas 27 e 28, itálicos no original.

400 "Art. 75 – Um referendo popular será fixado para decidir a adoção, total ou parcial, de uma lei ou de um ato tendo valor de lei, quando quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais o solicitem. O referendo não será admitido para tratar de leis fiscais e de orçamento, de anistia ou de remição de penas, de autorização de ratificalção de tratados internacionais. Todos os cidadãos chamados a eleger a Câmara de Deputados detêm o direito de participar do referendo. A proposição submetida a referendo será aprovada desde que a maioria dos eleitores tenha participado do escrutínio, e se a maioria dos sufrágios validamente expressos tenha sido alcançada. A lei determina as modalidades de aplicação do referendo."

[401] "Artigo 141 – Referendo Facultativo. 1. Serão submetidos ao voto do povo, à pedido de 50.000 cidadãos e cidadãs com direito de voto ou de oito cantões: a) as leis federais; b) as leis federais declaradas urgentes cuja duração de validade tenha passado de um ano; c) as portarias federais, na medida em que a Constituição ou a lei o prevejam; d) os tratados internacionais que: 1. sejam de duração indeterminada e não sejam denunciáveis; 2. prevejam a adesão a uma organização internacional; 3. ensejem uma modificação unilateral do direito."

[402] "A obrigatoriedade de consultas populares, em determinados casos, está prevista em várias constituições contemporâneas. O referendo *constituinte* (para ratificar Constituição) ou *constitucional* (para emenda ou revisão) é obrigatório na Suíça, na Austrália, na Dinamarca, na Irlanda e no Japão; é facultativo na Espanha,

de tratados internacionais que envolvam temas ligados à formação de comunidades supra-nacionais,[403] como ocorre na França (artigo 88-5 da Constituição de 1958).

Deveras, no ordenamento brasileiro, a administração e organização dos referendos incumbem respectivamente aos órgãos do Poder Legislativo e Judiciário, conforme as atribuições previstas na norma de regência, qual seja, o artigo 3º da Lei 9.709/98. Nele se afirma que haverá consulta "nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal." Logo, exceção feita à "incorporação de Estados entre si, subdivisão ou desmembramento para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais" (§3º do artigo 18 da Carta Constitucional), em que os plebiscitos são requisitos para a realização dos atos ali previstos, a legislação brasileira não obriga a convocação de consultas referendarias para nenhuma matéria (seja ela constitucional ou não). Assim como ocorre em países com notória aversão a instrumentos de participação popular direta, como a França[404] ou a Espanha,[405] e em franca oposição a outros ordenamentos jurídicos como a

---

na França, na Itália e na Áustria. Nos Estados Unidos, é obrigatório em 49 Estados; na Suíça é obrigatório no plano federal e no âmbito dos cantões." BENEVIDES. MV.M *A Cidadania Ativa*. ob. cit. página 142.

[403] Essa hipótese é notoriamente recorrente nos países-membro da Comunidade Européia, onde diversos países condicionaram a adoção da *Constituição Européia* à ratificação referendária; é o caso do artigo 88-5 da Constituição Francesa de 1958: "Todo projeto de lei autorizando a ratificação de um tratado relativo à adesão de um Estado à União Européia e às Comunidades européias será submetido ao referendo pelo Presidente da República. Todavia, pelo voto de uma moção adotada em termos idênticos por cada assembléia com maioria de três quintos, o Parlamento pode autorizar a adoção do projeto de lei seguindo o procedimento previsto na terceira alínea do artigo 89." Até hoje a Constituição Européia foi aprovada em referendo ocorrido na Espanha (em 20/2/05) e em Luxemburgo (em 10/7/05), e recusada também pela via referendária na França (em 29/5/05) e Holanda (em 1º/6/05),

[404] A ojeriza aos referendos se dá em parte pela tradição essencialmente parlamentarista do Estado francês, firme desde a Revolução Francesa, mas também pelas experiências traumáticas vivenciadas por ocasião dos *plebiscitos cesaristas* de Napoleão ou de Charles de Gaulle (Cfr. BENEVIDES, M.V.M., *A Cidadania Ativa*. ob. cit. Página 58). As restrições do constitucionalismo francês são visíveis, especialmente quando analisamos os termos legais assentes na Carta de 1958, que impedem que a convocação para referendos seja feita diretamente pelo corpo eleitoral; confiramos, neste sentido, o que dispõe o artigo 11: "O Presidente da República, seguindo proposta do Governo na constância das sessões ou seguindo proposta conjunta das duas assembléias, publicadas no Jornal Oficial, pode submeter ao referendo todo projeto de lei que trate da organização dos poderes públicos, das reformas relativas a política econômica, social ou de meio-ambiente da nação e dos serviços públicos a elas pertinentes, ou tendente a autorizar a ratificação de um tratado que, sem ser contrário à Constituição, incidiria no funcionamento das instituições. Quando o referendo é organizado por iniciativa do Governo, este último fará, perante cada assembléia, uma declaração que será sucedida de um debate. Um referendo que tenha por objeto os assuntos mencionados na primeira alínea poderá ser organizado por iniciativa de um quinto dos membros do Parlamento, sustentada por um décimo dos eleitores inscritos em listas eleitorais. Essa iniciativa tomará a forma de uma proposta de lei e não poderá ter por objeto a revogação de uma disposição legislativa promulgada a menos de um ano."

405 Constituição espanhola de 1978, que foi inclusive ratificada pela população por meio de referendo datado de 6 de dezembro de 1978, dispõe em seu artigo 92 que "as decisões políticas de grande importância podem ser submetidas a referendo consultivo de todos os cidadãos," que será por sua vez "convocado pelo rei sob proposta do presidente do governo, com a concordância prévia do Congresso de Deputados."

Suíça (artigo 140 da Constituição[406]) ou certos países latino-americanos (artigos 411 da Constituição Boliviana e 341 da Carta Venezuelana), deixou-se ao exclusivo arbítrio dos parlamentares a opção pela realização dessas consultas, desde que eles considerem a matéria "de relevância nacional."

E aqui cabe a indagação: o que seria *relevância nacional*?

Entendemos que em face da ausência de parâmetros, o enquadramento de determinada situação como sendo de "relevância nacional" caberá à vontade discricionária dos mandatários e quando eventualmente eles forem confrontados com tais questionamentos, o que esvazia o preceito legal de conteúdo mandamental.[407]

Por outro lado, uma vez convocado e realizado, não nos parece ser possível à classe legislativa ignorar ou tentar interpretar a decisão sufragada: muito embora o ordenamento pátrio seja omisso quanto ao efeito vinculativo dos referendos, entendemos que a *mens legis* da Lei 9.709/98 é semelhante àquelas encontrada nos Estados Unidos e na Suíça, onde "os referendos, mesmo facultativos, têm efeitos diretos sobre a questão em causa – são, portanto, sempre vinculantes."[408]

Nesse ínterim, a lei de regência dispôs, quase como uma sugestão, que "o referendo pode ser convocado no prazo de trinta dias, a contar da promulgação de lei ou adoção de medida administrativa, que se relacione de maneira direta com a consulta popular" (art. 11). Ou seja, nesta hipótese e segundo a lição de José Afonso da SILVA, o referendo tampouco faria parte do *processo legislativo*, tendo em vista que no momento de sua realização a lei já teria sido promulgada, caracterizando-se o *referendo ab-rogativo*,[409]

---

[406] "Artigo 140 – Referendo obrigatório. 1. São submetidos ao voto do povo e dos cantões: a) as revisões da Constituição; b) a adesão à organizações de segurança coletiva ou comunidades supra-nacionais; c) as leis federais declaradas urgentes que são desprovidas de base constitucional e cujo tempo de validade passe de um ano; essas leis devem ser submetidas ao voto no prazo de um ano a contar de sua adoção pela Assembléia Federal. 2. São submetidos ao voto do povo: a) as iniciativas tendentes à revisão total da Constituição; b) as iniciativas populares concebidas em termos gerais que tendem à revisão parcial da Constituição e que foram rejeitadas pela Assembléia Federal; c) o princípio de uma revisão total da Constituição em caso de desacordo entre os dois conselhos."

[407] Maria Vitória de Mesquita BENEVIDES observa que a norma constitucional "não menciona, explicitamente, o domínio do referendo" e, com isto, "suscita sérias dúvidas sobre o âmbito de incidência do instituto." Questiona, ainda: "a intervenção popular deve ser limitada? O que seria 'fundamental,' o que seria 'o mínimo insuprimível'? E quem definiria esse 'excepcional' ou 'fundamental' num dado momento?" Cfr. BENEVIDES. M.V.M. *A Cidadania Ativa*. ob. cit. página 137.

[408] BENEVIDES. MV.M *A Cidadania Ativa.* ob. cit. página 135.

[409] Esta hipótese igualmente prevista nas normas constitucionais italianas, especialmente o artigo 138 da Carta de 1947: "As leis de revisão da Constituição e as outras leis constitucionais serão adotadas por cada uma das duas Câmaras por meio de duas deliberações sucessivas separadas por um intervalo de três meses ao menos e elas serão adotadas, no segundo turno do escrutínio, com o colhimento da maioria absoluta dos membros de cada uma das duas Câmaras. Essas leis serão submetidas a um referendo popular quando, três meses após a sua publicação, um quinto dos membros de uma das duas Câmaras ou quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais o demandarem. A lei submetida a referendo não será promulgada se ela não

que "permite aos cidadãos oporem-se a uma lei já em vigor."[410] Ainda segundo o pensamento do autor retro-mencionado, para ser efetivo partícipe do procedimento de formação da norma jurídica, o referendo deveria se revestir da forma de *veto popular* ou *constitutivo*, que é "uma consulta popular sobre um projeto de lei ainda não sancionado, com o objetivo de impedir que ele se transforme em lei."[411] Cumpre destacar que segundo a legislação pátria, a escolha de se realizar um *referendo ab-rogativo* ou na forma *constitutiva* caberá aos titulares da *iniciativa parlamentar*, estando eles livres para agirem como bem entenderem, vez que não há disposição normativa vedando ou impondo qualquer uma das duas possibilidades.

De nossa parte, concordamos parcialmente com o constitucionalista supra-citado: se, por um lado, os referendos *ab-rogativos* realmente se realizarão quando o procedimento legislativo estiver encerrado (a lei já terá sido promulgada), de outro, a previsão de sua realização é formalidade que coloca a vigência da lei em *sursis*. Sendo essa uma escolha dos fomentadores da norma vindoura, parece-nos que, uma vez feita a opção pela realização de referendo *ab-rogativo* no bojo do procedimento legislativo, condiciona-se o aperfeiçoamento desse procedimento à aprovação em sufrágio referendário – em outros termos, enquanto não suprida a condição imposta pelos próprios legisladores de que se faça uma consulta popular, não se poderá considerar encerrado o fomento da norma: a validade plena da regra jurídica estará condicionada à sua aprovação em referendo. Por essas razões e com o devido respeito ao entendimento divergente, sendo o referendo *ab-rogativo* ou *constitutivo*, em ambos os casos pensamos ser ele efetivo participante do processo legislativo, ainda que essa interação se dê em momento posterior.

Pelas razões acima apontadas, temos que o tratamento normativo dispensado aos referendos no âmbito do procedimento legislativo brasileiro é de caráter nitidamente secundário ou, melhor colocando, *acessório*.

---

for adotada pela maioria dos sufrágios validamente expressos. Não haverá referendo se a lei for adotada no segundo turno do escrutínio por cada uma das duas Câmaras com a maioria de dois terços de seus membros."

[410] Cfr. Cfr. SILVA. J.A. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. ob. cit. página 247. Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO utiliza diferente terminologia; para ele, "podem-se distinguir duas espécies de *referendum* – o constitutivo e o ab-rogativo. O primeiro é o que intervém como constitutivo da lei, sendo assim fase do procedimento de sua elaboração. O segundo, posterior à lei, destinando-se a ab-rogá-la, total ou parcialmente." Cfr. FERREIRA FILHO.M.G. *Do processo legislativo*. ob. cit. página 149.

[411] Cfr. Cfr. SILVA. J.A. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. ob. cit. página 247. Para o autor em referencia, a convocação do referendo *ab-rogativo* "não tem qualquer efeito sobre o ato a propósito do qual se invoca o pronunciamento popular. A lei promulgada, se já estava em vigor, segue vigorando; se ainda não estava, a convocação, em si, não impedirá que entre em vigor, caso o prazo, para tanto, previsto ocorrer antes da decisão do referendo se esta for no sentido de rejeição, porque, se for no de sua aprovação, tudo seguirá tal como já vinha seguindo." Cfr. Cfr. SILVA. J.A. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. ob. cit. página 247.

Não sendo condição ou requisito de validade dos atos normativos – a opção por sua convocação não passa de *faculdade* – os referendos tornam-se *instrumentos políticos*, e não propriamente fases ou ritos para realização dos procedimentos legislativos. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO assevera que "o *referendum* reclamado por membros do próprio Parlamento significa normalmente a resistência contra a prepotência de uma maioria cega à opinião pública," ou "pode não passar de um recurso para escapar à responsabilidade por alguma medida."[412] A aplicação dessas ferramentas nessas condições é episódica e largada ao sabor das oportunidades; para ser utilizada como um *plus*, não propriamente como etapa ou fase do procedimento legislativo, em busca de eventual legitimação da norma pela participação direta dos eleitores.

Outrossim, a omissão de disposição legal que imponha a sua realização seguindo critérios objetivos reflete o fato dos referendos não serem benquistos pelo estamento político, ante as ameaças que eles representam, especialmente à aparente segurança e fiabilidade que o processo legislativo clássico asseguraria.[413] De acordo com parte da doutrina do direito constitucional, mormente aquela afinada com a ideologia parlamentarista, o referendo seria um "mecanismo lento, complexo e custoso, cujo funcionamento propicia mais o desencadeamento das paixões que o esclarecimento das razões," não se podendo afirmar que "sua experiência revele trazer ele qualquer contribuição positiva e maior para o aperfeiçoamento do processo legislativo contemporâneo."[414] Essa crítica toca, ainda que por vias transversas, ao tema da *qualidade das decisões estatais*, pois o referendo no âmbito do processo de elaboração de leis é hodiernamente tido como ferramenta perigosa, geralmente a serviço de políticos

[412] Cfr. FERREIRA FILHO.M.G. *Do processo legislativo*. ob. cit. página 150.
[413] Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, em obra datada do começo do Século XX por nós citada, fez um interessante levantamento das principais críticas aos referendos, que reproduziremos a seguir: "§1º A decisão fica entregue a autoridade incompetente; §2º Mau processo para se obter a expressão real da opinião pública; §3º Constitue a evocação do governo das massas; §4º Desconsidera e faz desaparecer a responsabilidade do parlamento; §5º Fatiga os eleitores e o governo fica na Mao de um número insignificante delles; §6º É uma instituição reaccionária; §7º Perturba a unidade nacional; §8º Difficulta a obtenção racional das finanças públicas; §9º Põe em perigo as liberdades públicas; §10º Mecanismo governamental entravado e custoso; §11º Applicavel somente às pequenas localidades; §12º Instituição facilmente burlavel, sendo portanto inútil; § 13º Incompatível com o regime parlamentar" Cfr. BANDEIRA DE MELLO. O.A. *O Referendum Legislativo Popular*. ob. cit., páginas 125 e seguintes. Anos mais tarde, Maria Vitória de Mesquita BENEVIDES retoma parte desses elementos, e rebate cuidadosamente as críticas feitas a esse instrumento de participação direta do cidadão. Cfr. BENEVIDES. M.V.M. *A Cidadania Ativa*. ob. cit. páginas 80 e seguintes.
[414] Cfr. FERREIRA FILHO.M.G. *Do processo legislativo*. ob. cit. página 151.

demagogos e interessados somente em confirmar seus atos autoritários com fulcro na *vontade popular*.[415]

Quanto à problemática do referendo como arma em favor de medidas meramente populistas, alguns países desenvolveram certas *blindagens* para *proteção* de determinados institutos ou princípios jurídicos. De fato, como apontado nos estudos de Maria Vitória de Mesquita BENEVIDES, "a Itália exclui do domínio referendário, além das leis fiscais, as leis de anistia e a possibilidade de se autorizarem ou ratificarem tratados internacionais;"[416] e, de igual modo, "em alguns Estados americanos, excluem-se do referendo a convocação de eleições especiais, as medidas de desapropriação no interesse social, as leis que criam tributos e as leis ou medidas de urgência."[417]

Por fim, ainda quanto à visão pessimista que recomenda o desuso dos referendos no procedimento de elaboração de normas positivas, é nítido o seu caráter de *revisor* ou *vetador* das deliberações governamentais (com origem no Parlamento ou no Executivo), o que coloca senão em xeque, ao menos em dúvida, a relação de representação: toda consulta referendária será uma oportunidade de opor a vontade do mandatário à do mandante, o que é incômodo, considerando as implicações para a legitimidade das leis oriundas das Casas Legislativas ou dos atos do Executivo.[418] Há de se lembrar que segundo o discurso político encontrado nas Cartas Constitucionais hodiernas (inclusive a brasileira) *soberano* é o povo, e não o corpo político que ele elege. Por isso a decisão tomada por meio de referendo causa tantas controvérsias: seria possível ou desejável colher sistematicamente a vontade do

---

[415] Vale reproduzir a visão pessimista de Michelangelo BOVERO quanto à manipulação da autoridade nas *democracias plebiscitárias*: "Em muitos casos, o apelo direito à 'vontade do povo' esconde perigos antidemocráticos: o verdadeiro poder não é aquele do 'povo' que escolhe, mas aquele de quem propõe as alternativas entre as quais escolher. Não deveríamos nos esquecer de que muitos regimes autoritários se sustentam no plebiscito. A expressão 'democracia *plebiscitária*' é na realidade um oximoro, o adjetivo contradiz o substantivo. E a profusão de microplebiscitos – uma verdadeira tempestade eletrônica – que é a assim denominada 'democracia das pesquisas' é uma caricatura da democracia, e quando comparada aos procedimentos institucionais da decisão democrática, ou pior, quando é convidada a substituí-las, transforma-se em colossal engodo: uma contínua manipulação, uma tentativa sistemática e constante de idiotizar os cidadãos, dos quais finge reconhecer-lhes a autonomia de juízo, acrescentando os problemas em termos toscamente simplificados e distorcidos, e fornecendo critérios de avaliação maquiados. A freqüente e ridícula incoerência percebida entre os resultados de um mesmo grupo de pesquisas – efetuados em uma mesma ocasião sobre uma mesma amostra de público – constitui uma grotesca confirmação de qe o trabalho de idiotização pode chegar a níveis impressionante." Cfr. BOVERO.M. *Contra o Governo dos Piores – uma gramática da democracia.* Rio de Janeiro: Campus. 2002, página 41, itálicos no original.

[416] BENEVIDES. MV.M *A Cidadania Ativa.* ob. cit. página 138.

[417] BENEVIDES. MV.M *A Cidadania Ativa.* ob. cit. página 138.

[418] "A autoridade é entregue nos casos concretos aos homens e estes são susceptíveis de exorbitar. Se não houver um meio de contrastá-los através da pressão pública, poderão disvirtuar o governo desviando-o de seu legítimo fim para agir em seus próprios interesses. O referendum é um processo technico que se impõe para evitar esses abusos. Na sua fórma facultativa e organizado de modo a ser usado só em ocasiões extraordinárias, como último recurso legal de que o povo possa lançar mão contra os excessos dos legisladores, parece-nos ser uma grande garantia de paz e progresso." Cfr. BANDEIRA DE MELLO. O.A. *O Referendum Legislativo Popular.* ob. cit., páginas 163 e 164.

corpo eleitoral? Certamente que não. Mas ninguém se atreveria a dizer que essas decisões não seriam *legítimas*, a se tomar a lógica dos *Estados Democráticos*. Não obstante, o fato da deliberação dos representantes mostrar-se destoante da dos representados é revelador de, no mínimo, uma significativa *crise de representatividade*, senão das próprias instituições democráticas, e a reprovação de certo ato estatal em referendo é prova incontestável dessa situação.[419]

Quanto à disputa a respeito da melhor forma de se utilizarem os referendos, há quem sustente se tratarem de instrumentos excepcionais, *recursos* dos cidadãos contra o mal-uso dos poderes conferidos aos representantes. Exemplo dessa corrente pode ser encontrado nos ensinamentos de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO que obtempera que se "como nas questões judiciaes o poder judiciario é chamado para amparar os direitos dos indivíduos e das collectividades naturaes existentes no Estado pela applicação do direito legal aos casos particulares, constituindo a ultima instancia de recurso que os indivíduos, membros da collectividade, podem empregar para defesa de seus direitos; assim nas questões discricionárias entregues ao poder legislativo, é razoável que se estabeleça também uma ultima instancia de recurso."[420] O referendo aplicado nesses moldes seria assim "*the gun behind the door*" ou um "elemento de contraste" entre a deliberação estatal e a vontade popular, teoricamente soberana.[421]

Trazendo novamente à tona a teoria da *lide legislativa*, o referendo *constitutivo* teria o condão de deslocar a última palavra a respeito da disputa social pela positivação de determinada norma da seara deliberativa parlamentar diretamente para a coletividade, sem intermediários. Agindo por essa via, a última instância de discussões do *litígio sócio-legislativo* não seria mais o Parlamento. A se seguir a tese ora exposta – o referendo como *the gun behind the door* – as instituições legiferantes perderiam a prerrogativa de encerrarem os debates e o próprio litígio social ao elaborar a norma jurídica, o que poderia ser visto como insuportável *capitis diminutio* dos legisladores.

Certamente por todas essas razões, há nítido desconforto – contrariedade mesmo – da classe política quanto ao uso dos referendos em geral, quanto mais no processo

[419] No referendo realizado na França em 29 de maio de 2005, a adoção da Constituição Européia proposta pelo Presidente Francês em 19 de junho de 2004, com o apoio maciço dos partidos políticos (inclusive de oposição), foi rejeitada por 54,67% dos eleitores. Esse resultado foi sucedido por um clima negativo e de questionamentos quanto à legitimidade não apenas da inclusão da França na União Européia (uma das líderes do movimento de integração supra-nacional), mas também do próprio governo.
[420] Cfr. BANDEIRA DE MELLO. O.A. *O Referendum Legislativo Popular.* ob. cit., página 164.
[421] Cfr. BANDEIRA DE MELLO. O.A. *O Referendum Legislativo Popular.* ob. cit., página 166, itálicos no original.

legislativo, mesmo nos casos em que esteja verificada a presença de matéria indiscutivelmente de *relevância nacional*.

Reforçando nossas impressões, o artigo 12 da Lei que regulamentou o uso dos referendos remeteu "às normas do Regimento Comum do Congresso Nacional" a "tramitação dos projetos de plebiscito e referendo," assim como no caso da iniciativa popular de leis. Mas ao contrário desse último instituto, até hoje nenhuma das duas casas cuidou de alterar os seus regimentos para abarcar a organização dos referendos, de modo que a sua regulamentação é refletida exclusivamente naquelas lacônicas disposições assentes na Lei 9.709/98. Da mesma forma, o uso das consultas populares na vigência da Constituição de 1988 é pífio, tendo ocorrido, até hoje, apenas duas vezes: o plebiscito previsto no artigo 2º do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*,[422] que dizia respeito à forma e sistema de governo a serem implementados, e o referendo a respeito do artigo 35 da Lei 10.826/05 (que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição). Na primeira, não houve qualquer surpresa, tendo sido aprovada a forma republicana de governo e o sistema presidencialista.

No referendo relativo à comercialização das armas, no entanto, o resultado da consulta popular foi surpreendente. O artigo 35 que se pretendia ratificar dizia: "É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei" e era o próprio parágrafo primeiro desse dispositivo quem previa a realização do referendo popular, que no caso seguia o modelo *ab-rogativo*.[423] A pergunta a ser respondida com um "sim" ou com um "não" era: "O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?"

Apesar da intensa campanha midiática pela ratificação daquele dispositivo proibitivo, as urnas apontaram que significativa parcela da população não concordava com tal vedação: 63,94% pelo não contra 36,06% pelo sim, de acordo com os dados colhidos no Tribunal Superior Eleitoral.[424]

Muitas foram as interpretações a respeito desse desfecho, mas a que mais se destacou foi aquela que apontava para uma suposta forma de expressão da indignação da

[422] "Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País." O plebiscito acabou ocorrendo em 21 de abril, e não 7 de setembro como previa a norma constitucional.

[423] A norma foi versada nos seguintes termos: "§ 1o Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005."

[424] Cfr. http://www.tse.jus.br/internet/eleicoes/referendo_2005/quad_geral_uf_blank.htm - acesso em 4/12/09.

população contra as políticas públicas do governo em relação à segurança pública.[425] Independentemente do acerto dessas análises, o que nós temos de concreto e que nos interessa para nosso objeto de estudo é que tivemos a promulgação de uma norma pelos representantes parlamentares (Deputados e Senadores), posteriormente sancionada pelo representante do executivo (Presidente) – todos eleitos pelo corpo eleitoral, frise-se –, que foi formalmente rejeitada pela coletividade.

Por outras palavras: a vontade do Estado-legislador de vedar a comercialização de armas de fogo não correspondeu à da maioria população.

Permitimo-nos afirmar que essa experiência somente veio reforçar os temores e inseguranças envoltos no uso dos referendos, de maneira que se o resultado serviu para escancarar – mais uma vez – a *crise de representatividade*, igualmente terá sido ótimo argumento para manter tal instituto no ostracismo, ante os riscos políticos que ele oferece.

3. Do direito de petição.

A prerrogativa de encaminhar solicitações e pedidos às autoridades públicas está prevista no artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, que dispõe: "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder." Esse direito compreende, de acordo com a clássica doutrina constitucional "a reclamação dirigida à autoridade competente para que reveja ou eventualmente corrija determinada medida, a reclamação dirigida à autoridade superior com objetivo idêntico, o expediente dirigido à autoridade sobre a conduta de um subordinado, como também qualquer pedido ou reclamação relativa ao exercício ou à atuação do Poder Público."[426]

---

[425] Nesse sentido, declaração colhida para reportagem do jornal Folha de São Paulo, de 26/10/05: "O secretário-geral da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), dom Odilo Scherer, afirmou ontem que a vitória do "não" no referendo sobre a proibição da venda de armas e munições no país demonstra que a população brasileira 'não confia' na segurança pública e que considera o Estado "ineficiente" para prover a segurança das pessoas." Cfr. http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u114541.shtml - acesso em 4/12/09. Na mesma esteira foi a opinião de Deputados ligados à base do governo: "O presidente da Câmara dos Deputados, Aldo Rebelo (PC do B-SP), afirmou nesta segunda-feira que o resultado do referendo reflete a insatisfação da sociedade com a política de segurança pública. Para o presidente da Câmara, a vitória do "não" foi um recado para os governadores e não para o governo federal." Cfr. http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u114492.shtml - acesso em 4/12/09.

[426] Cfr. MENDES. G., COELHO. I.M. e BRANCO P.G.G. *Curso de Direito Constitucional*. ob. cit. página 566.

No que respeita especificamente à intervenção direta do cidadão no procedimento legislativo, há algumas possibilidades franqueadas pelo ordenamento positivo que se inserem nessa modalidade de atuação.

Assim, por exemplo, o artigo 254 do *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*, que prevê que "a participação da sociedade civil poderá, ainda, ser exercida mediante o oferecimento de sugestões de iniciativa legislativa, de pareceres técnicos, de exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea *a* do inciso XII do art. 32."[427] Tão logo recebida a sugestão, e desde que receba "parecer favorável da Comissão de Legislação Participativa," será ela transmutada em "proposição legislativa de sua iniciativa, que será encaminhada à Mesa para tramitação." (§1º) Havendo parecer contrário, contudo, a sugestão será arquivada (§ 2º).

Essas características reforçam o que dissemos anteriormente: as petições apresentadas nesses moldes diferem dos projetos de iniciativa popular de leis, pois têm caráter meramente sugestivo. Para que fique bem clara a distinção: o projeto de lei apresentado sob os auspícios da *iniciativa popular*, além de se submeter a requisitos mais rigorosos de admissibilidade, dará início *necessariamente* ao processo legislativo, obrigando os Deputados a analisá-lo, ainda que ele venha a ser rejeitado, enquanto que o direito de petição do qual falamos atualmente não tem esse condão. Poder-se-ia, aqui também, atribuir-lhes eventual *coação moral* sobre a Comissão de Legislação Participativa, dependendo do tema abordado e do autor da petição, mas nada além disso. A adoção dessas sugestões dependerá de parecer da referida Comissão, estando ela entregue à sua vontade discricionária.

Reproduzimos aqui nossas críticas formuladas quanto à forma de participação prevista no inciso III do artigo 14 da Magna Carta (iniciativa popular de leis): do ponto de vista prático, a influência de tais pedidos é mínima, senão inexistente, pois não há qualquer disposição que vincule ou obrigue os parlamentares a acatarem as preposições formuladas nesses moldes.

Por outro lado, essa prerrogativa afigurasse-nos como igualmente passível de ser exercida nos procedimentos legislativos *extra-ordinários*.

De fato, o direito de petição previsto no dispositivo constitucional se estende a todos os órgãos da administração pública direta e indireta; algumas Agências Reguladoras

427 Essas entidades são as seguintes: "associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto Partidos Políticos."

até contêm disposições expressas que tangenciam este tema.[428] Da mesma forma, a edição de Súmula Vinculante poderá ser proposta "de ofício ou por provocação," nos exatos termos do artigo 2º da Lei 11.417/2006.

Ocorre que, se no processo legislativo ordinário, no qual atuam os *mandatários do povo*, a eficácia desses pleitos formulados pelos mandantes é questionável, que dizer desses entes cujo ofício legislador é exercido sem qualquer relação de representação (*responsivness*)? Nessa hipótese, a formulação de petição aparece mais como sugestão – cujo acatamento incumbe apenas à autoridade legisladora, e segundo o seu próprio julgamento quanto à pertinência ou relevância do petitório –, do que propriamente como exercício de um direito ligado a atributos da cidadania.

De outra banda, ligado ao tema da *prerrogativa de petição*, está o direito também garantido na Carta Republicana de *acesso à Justiça*, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.[429] Deveras, outra forma de controle da sociedade sobre o procedimento legislativo que seria *em tese* admissível, e que por isso nos permitimos incluir aqui, é a *atuação jurisdicional*: tratando-se o processo legislativo de um conjunto de atos da administração pública, poder-se-ia cogitar a possibilidade de seu controle pelo cidadão por intermédio da atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário.[430]

Isso se daria com o ajuizamento das ações (exercício do direito de peticionar) previstas no ordenamento jurídico para coibir eventuais desvirtuamentos do *iter* procedimental, como o mandado de segurança, que é o meio próprio para coibir atos da autoridade pública que violem direitos líquidos e certos.[431] Consigne-se que aqui estamos falando da impugnação de atos praticados no bojo do processo legislativo, e não a própria

428 Caso da Resolução 270/01, que aprovou o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, e que no inciso IV de seu artigo 48 inclui entre as formas de "proposta de ato normativo" aquelas encaminhadas "por pessoa, física ou jurídica," que "depois de analisada pela área competente da Anatel," será "submetida à apreciação do Conselho Diretor."

429 "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

430 Confirmando essa tendência, o seguinte trecho de decisão monocrática proferida pelo Supremo Tribunal Federal, já referida por nós em outra oportunidade: "É certo, ainda que em caráter excepcional, que o processo de formação das espécies normativas revela-se suscetível de controle pelo Poder Judiciário, sempre que houver possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional. (...) Desse modo, e em princípio, torna-se possível o controle jurisdicional do processo de criação dos atos normativos, desde que instaurado para viabilizar o exame de sua compatibilidade com o texto da Constituição da República. A possibilidade dessa intervenção jurisdicional, ainda que no próprio momento de elaboração das normas pelo Congresso Nacional, tem por finalidade garantir a efetiva supremacia da Constituição, respeitados os aspectos discricionários concernentes às political questions e aos atos interna corporis (RTJ 102/27 - RTJ 112/598 - RTJ 112/1023)." Cfr. decisão proferida no MS 23087 MC / SP, datada de 30/6/1998.

431 Dispõe o artigo 1º da Lei 12.016/09: "Art. 1 Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."

lei *em si*, caso em que a admissão do *writ of mandamus* como forma de revogação é pacífica, desde que o ato normativo esteja em vigor.[432]

No que respeita ao processo legislativo *ordinário*, os precedentes até hoje encontrados apontam para o entendimento que ele não admite a legitimidade do cidadão para proceder a tal controle: somente aos próprios membros do Parlamento seria possível fazê-lo. Conforme iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "o processo de formação das leis ou de elaboração de emendas à Constituição revela-se suscetível de controle incidental ou difuso pelo Poder Judiciário, sempre que, havendo possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional, a impugnação vier a ser suscitada por membro do próprio Congresso Nacional, pois, nesse domínio, somente ao parlamentar - que dispõe do direito público subjetivo à correta observância das cláusulas que compõem o devido processo legislativo - assiste legitimidade ativa *ad causam* para provocar a fiscalização jurisdicional."[433] Em outros termos, segundo a Suprema Corte brasileira, a revisão de atos entabulados no bojo do procedimento legislativo apenas pode ser suscitada por membro da própria Casa Legislativa em que o ato abusivo tenha sido praticado – o indivíduo careceria de legitimidade *ad causam* para requerer eventual revogação de práticas que tenham violado os direitos pertinentes ao devido processo legislativo (*due processo of law*).[434]

Com efeito, para o Ministro Celso de Mello, "terceiros, ainda que invocando a sua potencial condição de destinatários da futura lei ou emenda à Constituição, não dispõem do direito público subjetivo de supervisionar a elaboração dos atos legislativos, sob pena de indevida transformação, em controle preventivo de constitucionalidade em abstrato - inexistente no sistema constitucional brasileiro (RTJ 136/25-26, Rel. Min. Celso

---

432 A Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal determina que "não cabe mandado de segurança contra lei em tese," mas tão logo esteja vigendo e caracterizando-se a norma recém-criada como ato abusivo e ilegal, possível será a impetração do remédio heróico. Nesse sentido, o seguinte trecho de ementa de julgado da Suprema Corte pátria: "Mandado de segurança: admissibilidade. Não se caracteriza o 'mandado de segurança contra lei em tese', se - como reconheceu no caso o acórdão recorrido -, a norma legal questionada é de 'eficácia concreta, direta e imediata', capaz, assim, de lesar direito líquido e certo do impetrante." Cfr. Agravo de Instrumento nº 271528, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 14/11/06.

433 Cfr. STF, MS 23565 / DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 10/11/99.

434 Admite-se a superação desse óbice somente após a promulgação da lei, hipótese em que se permite a outras entidades – não necessariamente parlamentares – a solicitação de decretação da inconstitucionalidade da norma por desrespeito aos procedimentos legislativos. Nesse sentido, apenas exemplificando, a ementa do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3180: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VÍCIO DE INICIATIVA. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. PEDIDO DEFERIDO. Lei nº 781, de 2003, do Estado do Amapá que, em seus arts. 4º, 5º e 6º, estabelece obrigações para o Poder Executivo instituir e organizar sistema de avaliação de satisfação dos usuários de serviços públicos. Inconstitucionalidade formal, em virtude de a lei ter-se originado de iniciativa da Assembléia Legislativa. Processo legislativo que deveria ter sido inaugurado por iniciativa do Governador do Estado (CF, art. 61, § 1º, II, e).Ação direta julgada procedente." (Cfr. STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, v.u. julgado em 15/05/07. Mas esse controle não se dará em meio ao procedimento administrativo, o que não o inclui entre os objetos de nosso interesse.

de Mello) -, do processo de mandado de segurança, que, instaurado por mero particular, converter-se-ia em um inadmissível sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade."[435] Ou seja, essa forma de intervenção da sociedade no clássico processo de elaboração legislativa é vedada ao cidadão comum, tratando-se de prerrogativa exclusiva dos representantes políticos eleitos, de acordo com o entendimento dos Tribunais pátrios. [436]

Porém, o mesmo não se aplica ao tratarmos de outras formas de processo legislativo. Há casos, de fato, em que a jurisprudência mostra-se mais flexível, como nos mandados de segurança impetrados para impugnar atos praticados no bojo de procedimentos de formação de leis *extra-ordinários.* Ainda que sejam raros os exemplos de questionamentos judiciais do cumprimento dos requisitos procedimentais na fase de elaboração das regras estatais, eles se mostram eficazes mecanismos de intervenção da sociedade civil, capazes de influenciar decisivamente o desenrolar de determinados procedimentos de feitura de leis, chegando ao ponto de anulá-los.[437]

A conclusão a que chegamos a respeito do *direito constitucional de petição* e seus reflexos em eventual ampliação dos meios de participação direta no processo legislativo é

---

[435] Cfr. STF, MS 23565 / DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 10/11/99. O mesmo Ministro obtemperou, ao julgar caso semelhante que "o parlamentar, fundado na sua condição de co-partícipe do procedimento de formação das normas estatais, dispõe da prerrogativa irrecusável de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela Casa legislativa, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam, no plano material ou formal, a atividade de positivação das regras legais. Desse modo, é ao congressista - e não a terceiros - que compete o direito subjetivo de questionar, em juízo, quando for o caso, a elaboração, pelo Congresso Nacional, de normas legais supostamente vulneradoras do texto constitucional." Cfr. STF, MS 23328 / DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 27/1/99.

436 Ademais, ainda que assim não fosse, entende também o Pretório Excelso que o escopo dessas ações judiciais, restringir-se-ia ao estudo de critérios formais, nunca ao mérito da lei, uma vez que isso constituiria indevida invasão de competências, a macular o princípio da separação de poderes. Nesta seara, aresto relatado pelo Ministro Maurício Corrêa que não admitiu mandado de segurança no que adentraria questão interna corporis: "A alegação, contrariada pelas informações, de impedimento do relator - matéria de fato - e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matérias prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão interna corporis do Poder Legislativo, não sujeita à reapreciação pelo Poder Judiciário. Mandado de segurança não conhecido nesta parte." Cfr.STF, MS 22503 / DF, Tribunal Pleno, julgado em 8/5/96, m.v. Vale dizer: na hipótese de intervenção por meio do judiciário, a análise limitar-se-ia à matéria formal, nunca ao conteúdo, ao objeto da norma, cujo juízo de mérito compete exclusivamente aos membros do parlamento.

[437] Vale mencionar precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que anulou a portaria inter-ministerial nº 47/1990, pelo fato de ela ter sido editada por autoridade incompetente, caracterizando-se o vício na formação do ato normativo, confiramos: "CONSTITUCIONAL, ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PISO SALARIAL. AUTOS DE INFRAÇÃO BASEADOS EM ATO NORMATIVO EDITADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. I – Trata-se de mandado de segurança impetrado por sindicato objetivando o cancelamento dos autos de infração lavrados em desfavor de seus associados com base na Portaria Interministerial nº 47/1990, que fixou o piso salarial dos trabalhadores em postos de revenda de combustíveis. II – A Portaria Interministerial 47, de 15/03/1990, expedida pelos Ministros da Economia, Fazenda e Planejamento e da Infra-Estrutura, não poderia fixar piso salarial, pois somente o Ministro do Trabalho e da Previdência Social tinha, à época, competência para tanto, nos termos do Decreto nº 99.180, de 15/03/1990. (...)" Cfr. Apelação em Mandado de Segurança nº 200002010103310, Relator Desembargador Federal Antonio Cruz Netto, Quinta Turma, julgado em 20/08/2008.

a de que a efetividade desse instrumento está diretamente subordinada ao vínculo existente entre a força vinculativa da petição e a decisão legislativa a ser tomada. É dizer, tal qual disposto nas diferentes hipóteses encontradas no ordenamento jurídico, o petitório não passa de *sugestão;*[438] fará as vezes de *inspiração* ou *instigação* do ente legislador, e não uma eficiente forma de participação. Contudo, se ao provocar o ente público – especialmente a sua faceta jurisdicional –, o petitório do cidadão tiver o condão de alterar o curso do processo legislativo, essa ferramenta será uma valiosa forma de intervenção da sociedade civil, como vimos nos exemplos citados.

4. A participação em audiências públicas.

Finalmente, os membros da sociedade civil interagem com o procedimento legislativo quando participam, mediante convocação, de audiências públicas, ainda que eventuais opiniões sejam também em geral tomadas apenas a título de consulta não vinculativa.

Poder-se-ia debater a respeito da pertinência de se incluir essas audiências no rol de hipóteses de *participação direta no processo legislativo*, haja vista a natureza sugestiva das deliberações tomadas; não seriam assim *atos decisivos* a interferirem no curso do procedimento de formação da norma. Não obstante, são esferas de contato entre a sociedade civil e o poder público, em que aquela influencia a decisão política deste, levando-nos a adicioná-las em nosso trabalho. Adicionalmente, a análise dessa ferramenta serve de ilustração do modo como o ordenamento lida e se relaciona com as formas de participação popular, o que torna o assunto de nosso interesse. Como se não bastasse, veremos que existem tipos de procedimento em que a não realização de audiências públicas acarreta a nulidade do processo e, portanto, da própria norma elaborada, conferindo ao mecanismo sob exame uma relevância majorada.

No caso do procedimento legislativo *ordinário*, tais audiências são convocadas por duas razões principais, sintetizadas no artigo 255 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos

[438] Caberia até mesmo indagar se seria possível falar-se em *participação* no processo legislativo por meio de petições, pois tal modo de intervenção – repita-se, de caráter meramente sugestivo – não terá nenhum caráter decisório a alterar ou modificar o curso do procedimento de elaboração das leis em feitura. Ao formular petitório, o indivíduo não influenciará de forma decisiva o processo legislativo: quem o fará eventualmente será o ente legislador que, desejando acatar a sugestão, tomará as medidas que lhe couberem. Do ponto de vista estritamente legal, não precisará nem sequer mencionar a origem da iniciativa, a não ser por uma questão de cordialidade e lealdade para com o formulador da petição.

de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação." Em outros termos, serve tanto para ouvir os especialistas ("para instruir matéria legislativa em trâmite"), quanto para buscar um melhor conhecimento da opinião pública a respeito de determinada matéria que será objeto de lei ("assuntos de interesse público relevante").

No primeiro caso, a audiência pública procura remediar um dos problemas do sistema democrático, apontado no Capítulo III, relativo à *qualidade* das decisões: como nenhum parlamentar possui conhecimentos ilimitados, convoca-se a presença de pessoas dotadas de conhecimento técnico para suprir os pontos desconhecidos, ou apresentarem seus pareceres e sugestões. Na segunda hipótese, avulta a natureza *plebiscitária* dessas audiências, visto se tratar de uma perquirição de determinados membros da sociedade civil a respeito de certo tema que poderá ser objeto de lei. A diferença é que a consulta não será dirigida ao corpo eleitoral como um todo, mas somente às partes convidadas a participar.

Assim como nos demais casos envolvendo a participação popular no processo de feitura da lei, a opção pela realização da audiência será exclusiva dos parlamentares membros da Comissão respectiva, "mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada" (art. 255). Novamente, apontamos para os problemas decorrentes da total liberdade dos parlamentares para introduzirem esse meio de intervenção no procedimento legislativo seguindo apenas as suas próprias convicções.

Há outro ponto a ser ressaltado: sendo a convocação dessas audiências uma decisão discricionária dos membros da Comissão Convocante, o é também a escolha dos *experts* ou cidadãos que serão chamados a opinar, nos termos do artigo 256 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.[439] Dessa forma, ainda que haja previsão legal para que, "na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame," a Comissão proceda "de forma que possibilite a audiência das diversas correntes de opinião" (art. 256, §1º), não existem instrumentos normativos que assegurem a efetiva oitiva de todas as correntes de opinião, como recursos ou reclamações.

Mais uma vez a ausência de ferramentas de controle sobre os critérios a serem adotados por ocasião das convocações é terreno fértil para a adoção de escolhas arbitrárias e não raro marginalizantes. Salta aos olhos que se cabe à autoridade consulente a escolha das *vozes* que serão ouvidas, sem a possibilidade de questionamentos por pessoas alheias ao *locus ouvinte* (como seriam os próprios cidadãos, por exemplo), corre-se o forte risco de

[439] "Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites."

se criar um *círculo vicioso* ou *auto-referente* de conhecimento. É certo que opiniões dissonantes ou desconhecidas não serão ouvidas, não somente por conta de eventual arbítrio, mas também por pura ignorância ou preconceito do agente a quem se confere a responsabilidade pela convocação.

Praticamente na mesma toada, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal inclui entre as atribuições do seu Presidente ou do Relator, a convocação de audiências públicas "para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal." (arts. 13 e 21 em seus incisos XVII, que possuem a mesma redação).

Nesse ínterim, mesmo que até hoje tal não tenha ocorrido, a participação de membros da sociedade civil poderá influenciar a formação de Súmulas Vinculantes, espécie normativa que incluímos em nosso trabalho. Conquanto as Súmulas Vinculantes sejam formadas "após reiteradas decisões sobre matéria constitucional" (art. 2º da Lei 11.417/2006), nada impede que em determinado assunto a Suprema Corte convoque uma audiência pública antes de sumular certo entendimento.

É a experiência recente da Suprema Corte com as audiências públicas que nos permite afirmar isso. Por exemplo, na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS com vistas a discutir a descriminalização do aborto de feto anencefálico, o Ministro Relator Marco Aurélio, vislumbrando se tratar de questão extremamente polêmica, convocou a realização de audiências públicas. Em sua decisão, entendeu o Julgador que "devem ocorrer audiências públicas para ouvir entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito."[440] Estas de fato aconteceram, tendo sido ouvidos diversos representantes dos mais variados matizes ideológicos, funcionais e até mesmo credos religiosos. Ou seja, mesmo não sendo a ADPF uma forma de procedimento legislativo, a realização dessa audiência pública que precedeu a decisão jurisdicional abre interessante precedente no sentido de sua implementação também no caso das Súmulas Vinculantes.

De qualquer modo, à exemplo das audiências convocadas perante a Câmara dos Deputados, a escolha daqueles que participarão é entregue à própria autoridade ouvinte, no

[440] Cfr. ADPF 54-8, decisão datada de 31 de julho de 2008.

caso o Relator do procedimento.[441] Não julgamos necessário repetirmos as críticas formuladas acima quando falamos da audiência pública no processo legislativo ordinário, limitando-nos a consignar que elas são igualmente pertinentes aqui.

Uma relação diferente entre audiências públicas e decisão legislativa se desenvolve, contudo, nos procedimentos de feitura normativa que se desenlaçam perante as Agências Reguladoras.

Conforme exposto, as normas expedidas por estes entes da administração pública visam *regular* apenas os setores econômicos de sua competência. É nosso dever ressaltar, antes de prosseguirmos, o limitado escopo e a forma diferenciada de atuação dessas agências no seu papel de legisladoras: as regras promulgadas devem, em tese, atender às necessidades dos fornecedores e consumidores dos serviços públicos que lhes são afeitos, sendo por vezes adstritas a parcela mínima e específica da sociedade.

Não obstante, a título de exemplo, citamos o artigo 28 da Portaria MME nº 349, de 28 de novembro de 1997, que aprovou o Regimento Interno da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; assevera este dispositivo legal que "o processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrentes de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública." Do mesmo modo, o artigo 45 da Resolução n° 270, de 19 de julho de 2001 que aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, obtempera que "a Consulta Pública tem por finalidade submeter minuta de ato normativo a comentários e sugestões do público em geral, bem como documento ou assunto de interesse relevante."

A regulamentação da *consulta pública* perante a ANATEL contém interessante dispositivo, qual seja, o §2º do artigo 45. Nele se lê que o "os comentários e as sugestões encaminhados e devidamente justificados deverão ser consolidados em documento próprio a ser enviado à autoridade competente, contendo as razões para sua adoção ou não, ficando o documento arquivado na Biblioteca da Agência, à disposição do público interessado." Diferentemente do que ocorre com os demais órgãos legisladores, na ANATEL há

[441] É o que se depreende da leitura do artigo 154, inciso III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal; "Art. 154. Serão públicas as audiências: (...) III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar."

expressa previsão legal no sentido de *obrigar* os agentes elaboradores da norma a *analisar* as opiniões exaradas e *justificar* os motivos de seu acatamento ou rejeição.[442]

Outrossim, ao contrário das demais modalidades de processo legislativo até aqui estudados, o efeito vinculativo das audiências públicas no âmbito das Agências Reguladoras é tamanho que a sua inobservância ou mitigação pode conduzir à invalidade da norma editada. Foi o que ocorreu com a Resolução 61, de 20 de novembro de 2008, editada pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, que "alterou os percentuais máximos de descontos permitidos com relação às tarifas a serem praticadas pelas empresas brasileiras e estrangeiras que exploram os serviços de transporte regular de passageiros para vôos com origem no Brasil e destino para qualquer país, exceto para a América do Sul."

O Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias – SNEA impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar contra tal norma, tendo em vista o suposto desatendimento do disposto no art. 27 da Lei 11.182/2005, que prevê a realização de audiência pública como "requisito indispensável a qualquer iniciativa ou alteração de atos normativos pela agência reguladora." Como obteve liminar suspendendo os efeitos do regramento em espeque perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça por meio da Suspensão de Segurança n° 1930/DF ajuizada pela Agência Reguladora em foco. O Relator então em exercício, Ministro Hamilton Carvalhido, consignou que, muito embora não adentrasse no mérito do incidente processual por se tratar de via processual imprópria, "a política de aviação civil é de natureza complexa, nessa se incluindo a tutela de interesses públicos vários, a exigir a estrita observância das normas legais do processo decisório, que fundamentadamente se alega e sustenta haverem sido violadas, com a exclusão da audiência pública de que cuida expressamente o artigo 27 da Lei nº 11.182/2005," motivo pelo qual mantinha a liminar anteriormente concedida.[443]

O que vemos neste caso – singular e extremamente raro em nossos tribunais, mas que nem por isso não é digno de ser apontado – é que por se tratar de *requisito* e não *faculdade*, a não observância da necessária realização de audiência pública conduziu à invalidade da norma já promulgada.

---

[442] É o que se lê no artigo 50 do Regimento Interno da ANATEL: "Art. 50. O Conselho Diretor é obrigado a, antes de editar a resolução, examinar as críticas e sugestões encaminhadas em virtude da Consulta Pública, devendo expor em documento próprio as razões para a adoção ou não das medidas, que será arquivado na Biblioteca, ficando à disposição de todos os interessados."

[443] Cfr. SS 1930/DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, decisão monocrática publicada em 2/2/09.

Assim, segundo nos parece, transmite-se a idéia de que as audiências públicas no âmbito das Agências Reguladoras são *efetivos instrumentos* de participação popular no processo legislativo, justamente por serem dotadas dessa força vinculativa. Mesmo que as Agências Reguladoras possuam um escopo setorizado de atuação normativa, o que por si só acaba por limitar também as pessoas interessadas em participar, o modelo de interação ativa entre Estado-legislador e sociedade civil é sem dúvida o mais amplo e fiel ao discurso da *democracia participativa.*

CONCLUSÃO: O DISCURSO E AS PRÁTICAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO.

Seria acaciano e redundante concluirmos nosso trabalho afirmando que as formas de participação popular direta da população no processo legislativo brasileiro, apesar da proposta constitucional segundo a qual "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente" (CF, art. 1º, § único), foram utilizadas em raríssimas ocasiões. Não precisaríamos de um estudo para chegarmos a tal conclusão, bastando a observação empírica de nosso cotidiano. Tampouco nos cabe lamentar ou festejar esta realidade, pois este não é a atividade à qual nos propomos. Da mesma maneira, sugerir como aumentar a incidência dessas ferramentas no ordenamento, como se fossem *mecanismos auto-suficientes* nos parece expediente inútil. Se procuramos desenvolver algum conhecimento a respeito do nosso objeto de pesquisa, é nosso dever fitar e diagnosticar os fenômenos, em cotejo com a realidade jurídica e política na qual eles se encontram, e não formular propostas a quem quer que seja.

Como já aduzimos, nosso objetivo foi analisar a *genealogia* de um *discurso* à luz de um especifico instrumento inserido na sua retórica, o que não implica em qualquer juízo de concordância ou repulsa. Assim sendo, para se proceder à análise que nos propusemos, os métodos de participação direta do cidadão no procedimento de formação de leis hão de ser observados em harmonia com o contexto nos quais estão inseridos, e foi precisamente esse estudo que pretendemos desenvolver.

Nesse sentido, temos que os meios de participação popular no procedimento de feitura de normas estão incluídos numa realidade moldada por uma *retórica* que formou um arcabouço jurídico particular, que procuramos analisar ao longo do trabalho. As conclusões a que chegamos, expostas abaixo, são o resultado desse estudo *genealógico*, fruto do entrelaçamento dos diversos institutos examinados, almejando uma compreensão que levasse em conta aspectos sociais, históricos e jurídicos, todos eles contribuindo para a formatação de uma *verdade declarada* em diplomas legais, textos de doutrina e até mesmo julgamentos dos tribunais.

Por outras palavras, todos esses foram ingredientes que formaram o *discurso oficial* examinado, mas que não necessariamente se traduziu em efetivas ações que acolhessem a declarada *soberania popular*, num dos momentos que conferem legitimação aos atos do *Estado de Direito*, ou seja, a formação de leis positivas.

Seguindo a ordem de nossa exposição, lembramos ter apontado que a criação e organização de nosso ordenamento jurídico são marcadas pela sistemática reprodução de modelos importados de outros estados, sendo certo que o fomento ou alteração das normas obedeceu à lógica do *mimetismo desenfreado*: o legislador brasileiro em geral procurou inspiração nos arquétipos estrangeiros, em detrimento das concretas reivindicações sociais locais. Desta feita e em via de regra, os projetos de lei fundamentados em exemplos alienígenas têm maiores chances de aceitação ao longo do *iter* processual, mesmo que por vezes ele esteja em franca contradição com a realidade sócio-política à qual ele será aplicado.[444] A expressão popular *lei para inglês ver* não é de todo fantasiosa, sendo em verdade reveladora de uma prática consolidada em nossas casas legislativas, desde os tempos da independência: as normas jurídicas são produzidas com fulcro em arquétipos ocidentais, sem respeito a arranjos sociais ou tradições culturais (a *cultura jurídica*) da comunidade a ela submetida.

Nesta situação, o espaço disponível para que membros da sociedade civil opinem ou apresentem soluções destoantes é limitado ao extremo, uma vez que opor à hipotética *sabedoria* dos padrões estrangeiros as peculiaridades regionais de nosso país, afigura-se um *tabu* de árdua superação para nossos legisladores. A norma estatal, vista também em seu papel *pedagógico*, serviria para moldar a população brasileira aos padrões tidos por

444 É sem dúvida um enorme trunfo para a lei em gestação ter ela sido inspirada em algum precedente encontrado nos Estados Unidos da América ou em algum país Europeu – um argumento de autoridade quase insuperável.

adequados (ocidentais), e a participação direta do cidadão na elaboração do regramento jurídico pode macular a *pureza das instituições-modelo.* Neste ínterim, a interação direta da comunidade no procedimento de feitura da regra estatal significa intromissão tão indesejada quanto inadmissível, a menos que ela confirme ou introduza conceitos igualmente mimetizados, caso em que ela provavelmente encontrará trânsito livre.

Por outro lado, ainda no tema do *mimetismo jurídico*, vimos que a inesgotável cópia de sistemas estrangeiros, aliada à falta de coerência na escolha dos modelos que aqui se misturaram, deram ensejo a um arcabouço jurídico onde proliferam regramentos contraditórios, quando não inconciliáveis.[445] Os instrumentos de participação direta dos cidadãos em nosso ordenamento parecem-nos igualmente ser, de certa forma, resultados desse mimetismo inconseqüente.

A sua inserção em nossa ordem constitucional, como vimos, se deu unicamente na Constituição de 1988 que, vale lembrar, originou-se de uma assembléia constituinte que sequer foi eleita para tal mister. Assim, o implemento dos mecanismos de participação direta – sobretudo a *iniciativa popular de leis* e os *referendos* – não se deveu necessariamente a uma ampla pressão reivindicatória popular: os relatos dos quais dispomos dão conta que a inclusão dos institutos de *democracia direta* foi conseqüência do embate de uma *ideologia doutrinária* contra a proposta de deputados constituintes mais conservadores, e não exatamente de uma reivindicação do corpo eleitoral colhida naquela ocasião.[446]

Em igual medida, entendemos que a efetiva implementação das ferramentas de participação direta do cidadão esbarra em diversos obstáculos, sendo que um deles é a sua natureza incomum e inédita em nossa história jurídica.

Nossos estudos sobre a relação *paternalista* entre Estado e cidadão que aqui se instaurou ao longo de nossa história apontam também para essa realidade: não é o povo que molda o Estado, mas este último que, de diversas maneiras, procurou (e não raro conseguiu) subjugar a sociedade aos seus desígnios. Não há um *costume*, uma *cultura*

445 Limitando-nos ao plano do direito constitucional, convivemos com um federalismo de inspiração norte-americana que se digladia com os mecanismos da administração pública centralizadora francesa; nosso controle de constitucionalidade não é nem centralizado nem difuso, é misto; as atribuições *reguladoras* do Estado, de competência das Agências Reguladoras influenciadas pelas experiências estadunidenses não raro se chocam com outros clássicos entes legisladores estatais.

446 Se descontarmos todo o entusiasmo de Maria Vitória de Mesquita BENEVIDES quando narra tais acontecimentos, veremos que a mola propulsora dessas iniciativas em favor da democracia direta foi mais a notoriedade e respeito que inspiravam os seus defensores (Fábio Konder COMPARATO, Goffredo da Silva TELLES JR., Dalmo de Abreu DALLARI, dentre outros), do que propriamente uma pressão da sociedade sobre os representantes. Cfr. BENEVIDES. MV.M *A Cidadania Ativa.* ob. cit. páginas 123 e seguintes.

jurídica da participação, e a *inclusão incompleta* de institutos como a *iniciativa popular* ou o *referendo* podem ser atribuídos tanto à desconfiança da classe política quanto – talvez principalmente – à incredulidade e desconhecimento da sociedade civil quanto à efetividade e possíveis desdobramentos desses instrumentos. Num cenário em que o cidadão vê no Estado uma figura assustadora, inacessível e opressora, a inversão de papéis – com o indivíduo disciplinando o ente estatal – é acontecimento que não se promove com a simples diplomação legal dos instrumentos de democracia semi-direta. Consignamos que a raridade de vezes em que eles foram usados são sintomas claros de tais situações.

De outra sorte, a excepcionalidade do uso das ferramentas de participação direta pode também ser compreendida se levarmos em conta o *uso instrumental do ordenamento jurídico* no Brasil.

Apontamos que a inclusão dos institutos da democracia direta em nossa ordem constitucional foi decorrência de um *movimento descendente de positivação jurídica* que partiu do Estado para a sociedade civil. Vale dizer, a iniciativa de sua positivação não adveio de uma massiva pressão popular, quanto menos representou a normatização de um costume arraigado na comunidade; partiu da própria classe política que, neste mister, impôs os liames e condições que entendeu cabíveis ou necessários.

À exemplo de outros instrumentos *seletivamente* importados dos ordenamentos ocidentais, a regulamentação da *iniciativa popular de leis* ou dos *referendos* por parte do próprio *estado-legislador* deu ensejo a instrumentos tímidos, de duvidosa utilidade prática, ou cuja opção pelo uso incumbe às próprias instâncias legisladoras. Ilustramos que, ao reverso de outros exemplos encontrados em Constituições estrangeiras, nos quais a convocação dos referendos pode ser feita diretamente por uma parcela da população, ou ainda em que os projetos populares de reforma constitucional vinculam os legisladores (não há possibilidade de emenda, ou essa possibilidade, quando existente, é necessariamente submetida à aprovação popular), os representantes do Estado brasileiro que disciplinaram esses instrumentos lidaram com eles como *acessórios* do processo legislativo. São ferramentas de participação constitucionalmente previstas, sem dúvida, mas quase que de forma ilustrativa.

Deveras, no caso dos referendos, ainda que o seu resultado seja vinculativo, a sua convocação é facultativa e incumbe aos membros do Congresso Nacional que o promoverão apenas se entenderem ser ele conveniente. Por sua vez, as leis de iniciativa popular, como se não bastasse a necessidade de restritivo quórum de assinaturas, são submetidas ao mesmo trâmite das demais espécies normativas, sujeitando-se a emendas ou

cortes sem quaisquer censura. Sem falar no direito de petição que não cria qualquer vinculo obrigacional quando exercido, ou ainda as audiências públicas, cujos participantes são escolhidos livremente pelos próprios legisladores.

Esses são casos típicos de *omissões voluntárias* do ordenamento jurídico: prevêem-se os institutos de participação popular direta na ordem constitucional, mas de forma a adequá-los aos interesses do estamento político, propositadamente impõem-se disciplinas rigorosas, ou que esvaziam os métodos de qualquer utilidade ou viabilidade. Ninguém poderá acusar a Magna Carta brasileira de não ser lastreada em princípios da democracia semi-direta, nem que ela não preveja a intervenção direta da sociedade civil nos assuntos do Estado: formalmente, está tudo ali, devidamente diplomado e positivado. Ocorre que as *omissões* que temos por *voluntárias* dessa mesma Constituição, quanto aos efetivos instrumentos que atenderão aos preceitos em comento, foi justamente quem permitiu uma regulamentação tão restritiva quanto excludente.

Cumpre anotar que a rejeição às formas de participação direta do cidadão no processo decisório estatal não é perceptível somente quando se observam as atitudes dos legisladores ou executores, mas ao ordenamento estatal como um todo. Tamanha é a fidelidade à idéia de que a formulação dos atos normativos não pode ser atribuída, ainda que parcialmente, à membros da sociedade civil, sendo estritamente vinculada aos órgãos estatais – Legislativo e Executivo – que até mesmo quando estes abdicaram dessa prerrogativa, outro Poder – o Judiciário – cuida de revogar tal medida.

Foi o que aconteceu quando a Câmara de Vereadores de São Paulo promulgou a Lei 13.881, de 30 de julho de 2004, posteriormente sancionada pela Prefeita. Tal norma criou o "Conselho de Representantes," composto de "cidadãos comuns e pessoas eleitas por partidos políticos com representação na Câmara Municipal," a quem competia, "entre outras atribuições, participar do processo de planejamento municipal, incluindo diretrizes orçamentárias, orçamento e plano diretor, bem como fiscalizar a sua execução e os demais atos da administração municipal."

De acordo com os Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, essas atividades de participação direta dos munícipes na administração local representariam ilegal intromissão "em tudo quanto se relacione com as atividades do Poder Executivo." Para o Tribunal bandeirante, "O sistema democrático tido como participativo, a que se apega a Câmara Municipal nas suas informações, não se presta para que, em seu nome, e a pretexto de ampliar a participação popular na gestão da coisa pública, venha a ser criado um órgão, tal como ocorre no caso, que possa exercer a fiscalização e o controle do Poder

Executivo fora dos lindes traçados pelas normas constitucionais." Dessa forma, reconheceu-se a inconstitucionalidade da norma em referência pois, ao conceder os poderes tidos por extraordinários ao Conselho de Representantes, considerou-se que "a Câmara Municipal exorbitou no exercício de sua função legislativa, invadindo área de competência do Executivo, com o que afrontou também o princípio da separação de Poderes, bem como ainda as normas que delimitam o campo de fiscalização do Poder Legislativo."[447]

Vale repetir: a realidade acima descrita se encaixa no tema do uso *instrumental* do *ordenamento jurídico*, do qual o estamento político brasileiro sempre fez uso para preservar seus interesses: a intervenção direta dos cidadãos na formação da lei foi por eles facultada, mas de modo relativo ou tímido, quando não esvaziando de eficácia os instrumentos em cotejo, permanecendo os legisladores os principais atores do cenário de fomento da lei.

Não por outras razões, desde a sua formalização na Magna Carta de 1988, seu implemento foi tão limitado quanto inexpressivo, provavelmente porque nenhuma das formas de participação direta do indivíduo constitua propriamente requisitos de existência, validade ou eficácia das regras jurídicas em formação. Mais ainda: deixando-se ao alvedrio dos próprios legisladores a opção de aplicação desses institutos, assim como a forma e abrangência de sua incidência, os métodos de interação entre Estado e sociedade acabam submissos e devidamente disciplinados. Essa é exatamente a forma mais notória de controle dos utensílios da *democracia direta*, como exposto por Maria Vitória de Mesquita BENEVIDES; segundo a qual "os principais procedimentos para se efetuar esse bloqueio, ou limitar consideravelmente a participação popular, são: a exclusividade de convocação de consultas nas mãos dos poderes constituídos; o rígido controle de constitucionalidade; a supremacia do Legislativo, através do poder incontrastável de maioria parlamentar; a inflexibilidade na definição de prazos e de elevado número de assinaturas para o encaminhamento de propostas de referendo ou de iniciativa popular."[448]

Ou seja, deve-se à classe política a inserção dos mecanismos que permitem ao cidadão tomar parte no *procedimento ordinário* de formação de leis, mas também a ela deve ser tributada a sua inoperância, ante o circunscrito escopo de autonomia que lhes foi outorgado, além das rígidas regras a serem seguidas para seu uso.

---

[447] Cfr. Tribunal de Justiça de São Paulo, Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei n° 118.997-0/4-00, Rel. Paulo Franco, Órgão Especial, julgado em 26/10/05, votação unânime.
[448] Cfr. BENEVIDES. MV.M *A Cidadania Ativa.* ob. cit. página 157.

Por outro lado, na compreensão da relação entre o procedimento de feitura de normas pelo Estado e as possibilidades de interação da sociedade civil, não poderíamos deixar de lembrar o distanciamento característico das instituições políticas da sociedade, guiado pelo discurso da *aristocracia republicana.*

Se à população brasileira sempre foram atribuídas as características de *incapacidade, ignorância* e *despreparo* para lidar com os assuntos políticos, é perfeitamente compreensível que neste contexto particular os instrumentos de envolvimento dos eleitores no procedimento decisório político sejam restritos e censurados. Em outros termos, tradicionalmente as decisões políticas mais relevantes foram tomadas pelo Estado que, adotando uma postura paternalista, arrogou-se a prerrogativa de decidir *pela* população, ou no seu lugar, convicto de sua missão de tutor da sociedade.

O *referendo* é provavelmente a forma de participação onde essa questão surja com o maior destaque, pois é uma decisão política a ser tomada pela população, capaz de revogar (como já ocorreu no referendo sobre vendas de armas de fogo) uma disposição tomada pelo *Estado-legislador*. Talvez por essa razão é que se estabeleceu o rígido controle sobre o seu uso, conforme exposto acima, incumbindo-se aos próprios legisladores a decisão sobre quando e como será ouvida a população seguindo essa metodologia, não se prevendo a convocação compulsória ou promovida por membros da sociedade civil.

Na mesma toada, temos que com a iniciativa popular de leis o discurso da *aristocracia republicana* é também frontalmente contrariado, haja vista se tratar de meio de impulso do processo legislativo que aparece como *substituto independente* daquele tradicionalmente encontrado no *iter* processual clássico, atribuído geralmente aos mandatários eleitos. Como se não bastasse o fato da prerrogativa de dar início ao processo de formação da norma positiva, com a escolha do tema, do alcance e do propósito da norma serem expurgados da classe política por essa via, essas temáticas são impostas aos parlamentares, que são obrigados a ao menos contemplá-las. A partir desse prisma é possível compreender as razões do restritivo quórum mínimo de assinaturas necessárias, bem como a ampla possibilidade de se promoverem alterações no projeto de lei proposto nesse formato.

Do mesmo modo, o argumento relativo à *qualidade das decisões estatais* é comumente posto pelos defensores da restrição da participação popular no processo de feitura de normas positivas. De acordo com o discurso da *aristocracia republicana*, o povo

não tem condições de tomar decisões políticas importantes, pois está sujeito às paixões momentâneas, é *influenciável*, ou simplesmente *ignorante*. Ao franquear-se uma maior interação da sociedade civil, sem a intermediação dos membros da classe política, estar-se-ia abrindo perigosa via para toda sorte de leis abusivas ou impróprias.

A audiência pública ou ainda o exercício do direito de petição, tais quais disciplinados no ordenamento atual, por outro lado, nos parecem neutros se tomados em consideração com o prepotente discurso em comento. A escolha dos participantes das audiências é feita pelos legisladores, e os argumentos das petições serão acatados ou rejeitados igualmente pelos feitores da lei (ainda que em decisão fundamentada, como no caso das Agências Reguladoras). Na qualidade de participações sugestivas, não oferecem quaisquer riscos aos seguidores da doutrina da *aristocracia republicana*, pois serão os próprios integrantes do estamento político quem farão o juízo a respeito da conveniência das propostas recebidas, bem como sobre a possibilidade de sua implementação.

Finalmente, para compreendermos as razões da inserção limitada dos institutos de democracia *semi-direta* no atual procedimento de feitura de leis, cremos que a resposta pode passar igualmente pela análise com foco nas *funções* do processo legislativo.

No capítulo específico a esse respeito, atribuímos três funções precípuas ao *iter* processual de positivação do direito: i) *criar* normas jurídicas; ii) *legitimar socialmente* essas leis estatais e; iii) *pacificar* ou *mediar* conflitos sociais, pela adoção ou recusa de determinada reivindicação. Nesta senda, ao visualizarmos a incidência das formas de participação direta da sociedade civil, indagamos, em que medida elas poderiam contribuir para as três funções supra-apontadas? Colocando a questão de outra forma: de que modo a paupérrima interação do cidadão comum influi nestes três atributos?

No que respeita à criação da regra jurídica no âmbito dos *Estados de Direito*, entendemos que a interação direta da população, tal qual disciplinada no ordenamento hodierno, a rigor, não se mostra um elemento imprescindível. De fato, seguindo o raciocínio que expusemos acima, os mecanismos de participação popular são acessórios: a iniciativa popular dará início ao processo legislativo, e o restante de seu andamento seguirá o rito clássico; o referendo se dará quando a norma já estiver pronta, cabendo à população apenas ratificá-la ou rejeitá-la; por fim, o direito de petição é sugestivo e a audiência pública servirá de apoio técnico para a criação da regra estatal. Dito de outra forma, do modo como se estabeleceu e dentro dos liames previstos pelo legislador brasileiro (especialmente o constituinte), é indiferente à função criadora do processo legislativo haver ou não alguma forma de participação popular.

Aliás, é importante reiterar o conceito de *participação direta* facultada pelos diferentes diplomas legais estudados no processo de feitura da lei: ela se caracteriza como sendo uma *interação* do cidadão, uma *intervenção no iter processual, que* não necessariamente se converterá em *decisão.* Essa é a feição que, a partir da Constituição de 1988, se deu aos instrumentos de *democracia semi-direta*. Não sendo a vontade do cidadão vinculadora do resultado normativo final, apenas partícipe, parece-nos que a sua interação não é mesmo imprescindível.

Outrossim, escrevemos que o processo legislativo é tido como meio de *legitimação* da norma jurídica estatal. Como a adoção de ferramentas de participação direta agiria sobre esta característica particular?

Lembremos que de acordo com o discurso positivista o processo legislativo teria o condão de legitimar as normas estatais, obtendo aceitação (tácita ou expressa) da sociedade quanto às leis promulgadas. Seriam duas as razões principais dentro dessa lógica: o cuidadoso acompanhamento do rito juridicamente previsto, a garantir a lisura do procedimento, e a idéia de que a promulgação da lei corresponderia à vontade popular, ainda que representada.

Sob estes aspectos, não se poderia dizer – ao menos em tese – que os mecanismos de participação popular seriam ameaças a essas duas balizas. Ao contrário, são procedimentos perfeitamente inseridos nos rituais constitucionais e, ademais, são provavelmente a forma mais fidedigna de se colher a vontade popular, pois prescindem de intermediários. Não seria demais afirmar, então, que as ferramentas de participação popular seriam úteis artifícios no sentido de auxiliar a função legitimadora dos procedimentos de elaboração legislativa. Quais as razões para a sua utilização episódica e excepcional?

Se, por um lado, o desenrolar regulamentar do processo aliado à crença na relação de representatividade franqueiam certa confiabilidade social às normas estatais, vimos que no caso brasileiro esses elementos são *ficções jurídicas*, constantes dos *discursos oficiais*, mas que não se verificam no cotidiano dos procedimentos legislativos estudados. Deveras, apenas setores articulados e organizados da sociedade dispõem de tempo, recursos financeiros e pessoais para se mobilizarem e efetivamente acompanharem ou influenciarem a feitura de determinada lei; o restante da sociedade, porém, permanece completamente alheio ao que ocorre nas diferentes searas legislativas, tomando conhecimento da norma

estatal muitas vezes quando a sanção por sua desobediência lhe é aplicada.[449] Neste contexto, percebemos que os instrumentos de participação direta do indivíduo, ao invés de servir de reforço da função legitimadora, são absorvidos e inutilizados pela sistemática constitucional que os comanda, o que caracteriza, ao menos em princípio, um contra-senso.

O que pode eventualmente explicar o ostracismo das ferramentas de participação popular – que, ressalte-se, teve como causa principal a castradora e exigente disciplina legal aplicada pelos próprios constituintes – é justamente o elemento de *incerteza* ou *imprevisibilidade* dos métodos da democracia semi-direta, que são absolutamente indesejados pelo nosso Estado-legislador.

Curioso é que, em geral, *justamente* a imprevisibilidade é um dos pontos fulcrais a indicar a lisura do processo de formação da norma – LUHMANN dizia que "é sobretudo a incerteza quanto ao resultado que é essencial ao procedimento" pois "dá aos participantes o incentivo de contribuir para o progresso do procedimento por meio das suas próprias tentativas de redução, mantem-lhes vivas as esperanças e conduzi-los através do caminho que, de com as regras do processo jurídico, levará à decisão."[450] Ou seja, no discurso da *legalidade*, a síntese do processo legislativo somente terá validade e reconhecimento se tiver sido o fruto de uma seqüência pré-ordenada de ritos, mas cujo conteúdo seja aleatório e imprevisível: a lei a que se chegará, para ser legítima, não poderá ter sido objeto de acordos ou combinações preliminares, alheias ao *iter* processual. Isto porque, novamente segundo LUHMANN, "se não existir essa incerteza, então não ocorre um processo jurídico singular, como por exemplo em eleições políticas com listas únicas incontestáveis ou em 'processos de exibição.'" O que legitima a lei positiva, na retórica *ritualista*, é a convicção de que as *regras do jogo* foram seguidas e entre elas inclui-se a *incerteza do resultado*: quando se excluem esses elementos, o processo não passa de mero *ritual* ou *alegoria processual*, realizado apenas para satisfazer alguma aparência ou *fetiche* de formalidade.

Levando em conta a quantidade de leis aprovadas ou rejeitadas em virtude de acordos entre partidos, troca de favores, ou consensos supra-partidários,[451] fica mais claro

---

[449] Redimensionada em grupos de pressão, ONGs, sindicatos ou corporações de classes, certos setores da sociedade obtém resultados práticos no âmbito das decisões tomadas pela classe política. Nem sequer os partidos políticos são mais os palcos dos debates e reivindicações, ante a notória perda de identidade, discurso ideológico e até mesmo utilidade no cenário político.

[450] Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 46. "Por outras palavras," continua o autor, "a incerteza motiva a aceitação dum papel e conjuntamente também da relação desse papel, que absorve gradualmente a incerteza." Cfr. LUHMANN. N. ob. cit. página 46.

[451] José Afonso da SILVA estipula que "o regime representativo procura resolver o conflito de interesses sociais por decisões da maioria parlamentar – a qual nem sempre exprime a representação da maioria do povo, porque o sistema eleitoral opõe grandes obstáculos a ponderável parcela da população quanto ao direito de voto para a composição das Câmaras Legislativas. Daí decorre que a legislação nem sempre reflete aquilo

entender porque os instrumentos de participação direta, onde esse tipo de negociação parece impossível, foram condenados ao isolamento do procedimento de feitura de leis; eles carregam consigo a marca indelével da imprevisibilidade, trazendo um grau *insuportável* de incerteza ao processo legislativo.

Finalmente, o terceiro papel do processo legislativo por nós apontado é o de *pacificar* conflitos sociais e, quanto a este mister, os institutos de interação da sociedade civil podem ser vistos tanto como *mediadores* quanto como *agravadores* do litígio. Explicamos melhor abaixo.

Se pensarmos sob o prisma da força pacificadora dessas ferramentas, estaremos defendendo a opinião daqueles que sustentam que ao facultar-se uma maior participação do indivíduo na decisão estatal, estar-se-á estabelecendo uma relação de mútua confiança e reciprocidade não apenas entre Estado e sociedade, como também entre os próprios integrantes dessa comunidade. Seguindo esta via, a realização de consultas públicas, ou a mobilização de certas pessoas seriam oportunidades de colocar em pauta temas de relevância para a comunidade. Há quem afirme, inclusive, que os institutos de cidadania ativa seriam "instrumentos de uma verdadeira escola de cidadania," a fomentar "uma efetiva discussão política sobre as questões em causa, contribuindo, assim, decisivamente, para a educação política do cidadão."[452]

Essa *pedagogia da participação* possibilitaria uma melhor compreensão das decisões legislativas, colaborando com a sua aceitação. Mais do que isso, as *lides legislativas* entre aqueles que desejam e aqueles que rejeitam a norma vindoura se daria em termos mais racionais e menos apaixonados, em tese.

Da mesma maneira e sob a égide do *otimismo democrático*, debate-se, sobretudo no pensamento estrangeiro, sobre a conveniência de se ampliar o acesso do cidadão às esferas de decisão estatal no âmbito das decisões globais. Podemos conferir tal visão nas discussões envolvendo a celebração de tratados internacionais para criação de Estados *supra-nacionais*, como na União Européia; nesta senda, Jürgen HABERMAS trata de um *déficit de legitimação democrática*, "quando o círculo dos que participam de decisões democráticas não coincide exatamente com o círculo dos atingidos por aquelas

---

que a maioria do povo aspira, mas, ao contrário, em grande parte, busca sustentar os interesses das classes que dominam o poder e que, às vezes, estão em contraste com os interesses gerais da Nação. As classes dirigentes, embora constituindo concretamente uma minoria, conseguem, pelo sistema eleitoral, impedir a representação, nos Parlamentos, da maioria do povo, razão porque, fazendo a maioria parlamentar, obtêm uma legislação favorável." Cfr. SILVA, J.A. *Processo Constitucional...* ob. cit., página 43.

[452] Cfr. BENEVIDES. MV.M. *A cidadania ativa*. ob. cit. página 196 e 198.

decisões."[453] De forma mais abrangente, Manuel CASTELLS noticia a "incapacidade cada vez mais acentuada do sistema político, ancorado no Estado-nação, de representar os cidadãos na prática efetiva da governança global."[454]

Certamente visando remediar tais patologias, alguns países impuseram que a ratificação de certos tratados internacionais se darão com fulcro na aprovação popular por meio de referendos (França, Holanda, Suíça). A lide legislativa não se travaria mais exclusivamente nas discussões entre os representantes dos países soberanos, na lógica clássica dos tratados internacionais: o litígio passaria, também, por uma necessária popular interna. A se consultar a população, estar-se-ia acrescendo *legitimidade política* ao deliberado pelos Estados signatários das avenças internacionais.[455]

Todavia, ainda sob os auspícios do *litígio* provocado pelo fomento da norma jurídica, existem posicionamentos diametralmente opostos àqueles supra-ilustrados.

Tomando apenas como exemplo o único referendo legislativo realizado sob a égide da Constituição de 1988, o de 2005, a respeito da legalidade da venda de armas de fogo. Para ampla maioria dos eleitores – 63,94% dos votos válidos – tal venda deveria ser autorizada, ao contrário do deliberado pelos legisladores e por 36,06% dos demais votantes. Embora se trate de relevante diferença, há de se ressaltar que esses 36,06% são quase trinta e quatro milhões de vozes dissonantes[456] que tiveram de se submeter à deliberação da maioria. Ou seja, é uma considerável parcela do corpo eleitoral que viu a sua pretensão legislativa ser denegada.

Abstraindo esse exemplo concreto, segundo alguns doutrinadores, os processos decisórios tomados diretamente pela sociedade civil geram tensões sociais que o procedimento legislativo justamente visa pacificar. Mencionamos o *apaziguamento* provocado pelo decorrer do *iter processual* que, com o tempo, promove um arrefecimento dos ânimos mais exaltados; a se suprimir ou mitigar essa característica, mediante o implemento de mecanismos de participação direta, estar-se-ia fomentando a *cizânia* social.

Ademais, vale fazermos uma reflexão à luz do tema da *cidadania inclusiva*, que propõe uma integração de todas os grupos sociais na ação estatal, ainda que eles sejam minorias, nos moldes do que se definiu como as *democracias pluralistas*: ele não tem

---

[453] Cfr. HABERMAS. J. *A Era das Transições.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. página 107.
[454] Cfr. CASTELLS, M. *A Crise da Democracia, Governança Global e a Emergência de uma Sociedade Civil Global.* in. *Por uma governança global democrática.* São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso. 2005. página 99.
[455] Segundo o HABERMAS, "as deficiências democráticas só podem ser eliminadas a partir do momento em que se formar um espaço público democrático europeu." Cfr. HABERMAS. J. *A Era das Transições.* ob. cit. página 140.
[456] Mais precisamente 33.333.045 eleitores, segundo dados do Tribunal Superior Eeleitoral.

qualquer guarida nos atuais modos de participação popular direta no processo legislativo. Deveras, uma decisão referendária necessariamente trará contrariedade a uma parcela da população; uma lei baseada em projeto de iniciativa popular expressará a opinião de 1% do corpo eleitoral, mas os 99% restante poderão ver suas vontades, anseios ou até mesmo realidades sócio-econômicas desassistidas, quando não contrariadas; o mesmo ocorre nas audiências públicas, pois a convocação dos participantes incumbirá ao ente legislador, sendo provável a omissão, ou até rejeição, de certa vertente de opinião.

Mas esse não é um problema somente das ferramentas de intervenção da sociedade nos atos do processo legislativo: é uma questão que diz respeito ao próprio *esquema absolutista* dos Estados de Direito. Quando essa instituição se propõe ser a única fonte legítima de poder na sociedade, responsável pela regulamentação de toda e qualquer relação jurídica na comunidade, evidente que ocorrerão arbitrariedades e abusos. Não há como escapar dessa situação, principalmente se considerarmos a pluralidade de etnias, culturas e matizes ideológicos de nossa comunidade jurídica.

À guisa de conclusão, reafirmamos nossas impressões à respeito da justificação do poder fundada no discurso do *Estado Democrático de Direito*: trata-se de instrumento de dominação, uma retórica à serviço de determinados interesses, que procuram legitimar as ações estatais na dupla impressão de que, por um lado, as leis positivas seriam garantidoras de *segurança, certeza e fiabilidade*, bem como que essas leis seriam a expressão da vontade da comunidade. Os exemplos de abusos e autoritarismos cometidos com fulcro nessas *verdades declaradas* são tão variados quanto foram os matizes ideológicos, étnicos e culturais que delas se serviram.

Especificamente no caso brasileiro que foi por nós examinado, tentamos mostrar como o retro-mencionado discurso se comportou em relação aos mecanismos de participação direta da população no processo legislativo que, ao menos em teoria, seriam as formas mais evidentes de confirmação de que uma lei seria a expressão da *volonté générale*. O que notamos é que a implementação mitigada e displicente, aliada à rigorosa disciplina imposta para uso dessas ferramentas, confirma que o exercício da *soberania popular* pela via *direta* nunca passou de retórica sem lastro na prática.

É como se as formas de participação popular no processo legislativo tivessem sido inseridas no ordenamento jurídico apenas *pro-forma*, como que para satisfazer alguma pressão social, ou reiterada solicitação da população. Mas nem sequer isso se verifica, na medida em que, além de não ter havido tal movimento popular reivindicatório (coube a

ilustres doutrinadores defenderem tais medidas no âmbito da Assembléia Constituinte), passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição, essas ferramentas foram timidamente utilizadas. Esses tipos de atuação da sociedade no processo legislativo aparentemente foram positivados para conferir determinado molde à nova ordem constitucional que se instaurava: em oposição ao já desgastado *regime dos militares,* estar-se-ia inaugurando um *novo Estado,* cujos atos estariam legitimados pela sua qualidade de *lídimo representante da vontade popular*.[457] Os instrumentos da democracia *semi-direta* seriam mais um elemento a compor esse quadro, ainda que sua regulamentação tenha sido postergada, com os resultados *castradores* que já conhecemos.

De fato, ante todo o exposto, temos que o isolamento imposto às formas de participação do cidadão no procedimento de feitura de normas confirma, em nossa opinião, que a *legitimação* da lei no *Estado de Direito* brasileiro não se dá nem pela obediência aos ritos, nem muito menos pela hipotética participação política do corpo eleitoral, seja ela *direta* ou *representativa*. Deveras, se, como quer a mais autorizada e atual doutrina da *Teoria do Estado,* "a legalidade," nas palavras da Professora Nina RANIERI, "exprime a legitimidade," bem como se o indivíduo é, nos *Estados Democráticos de Direito*, "membro de uma comunidade política concebida como fonte de direitos positivos,"[458] como explicar o comportamento do ordenamento estatal brasileiro, em tudo avesso à interação da população no processo de feitura dessas normas positivas?

Nesse momento é que se mostra útil a análise *genealógica* dos discursos da *legalidade* e da *soberania popular*, propalados pelo Estado brasileiro: essas são *verdades construídas* apenas com o intuito de formar uma amálgama formalística, um ritual de passagem, dando roupagem de legitimidade à normas que são fruto da escolha das classes políticas, e que muitas vezes não possuem qualquer afinidade ou mesmo aplicabilidade no cotidiano da comunidade. O isolamento e absolutismo do ente estatal em relação ao corpo eleitoral são em tudo opostos às propostas de participação direta feitas por ele próprio.

---

[457] O preâmbulo da Carta de 1988 dá o tom dessa retórica: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL." (maiúsculas no original).

[458] Cfr. RANIERI. N. *O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício do direito pela via da educação.* Tese de livre docência apresentada na área de Teoria Geral do Estado ainda não publicada. 2009. página 268.

Ocorre que essas proposições foram fomentadas no bojo de uma *retórica* que objetiva um *consenso social a respeito da relação de poder*. É dizer, ter nas suas regras jurídicas um juízo de *aceitação* coletiva, e não de *imposição*.[459]

Desta feita, no Brasil *não é a população quem intervém no processo legislativo estatal, mas o Estado é quem faz uso, eventualmente e quando lhe aprouver, da participação da sociedade civil para suas finalidades.*

[459] Se essa retórica é eficaz, ou seja, se o Estado tem êxito nessa empreitada, é tema de interesse que mereceria acurado estudo, mas que seria desfocado acaso incluído aqui.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS CONSULTADAS.

ADORNO. S. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1988.

ANDRADA E SILVA. J.B. *José Bonifácio de Andrada e Silva.* São Paulo: Editora 34. 2002.

ARENDT, H. *As raízes do totalitarismo*. Rio de Janeiro: Documentário. 1976.

ARON, R. *De la démocratie au totalitarisme*. Paris: Gallimard. 1965.

AZEVEDO. M.M.C. *Prática do Processo Legislativo: jogo parlamentar, fluxos de poder e idéias no Congresso*. São Paulo: Atlas. 2001.

BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de direito administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. 2001.

BANDEIRA DE MELLO, O.A. *Princípios gerais de direito administrativo*, volume I. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2007.

_____ *O Referendum Legislativo Popular.* São Paulo: RT. 1935.

BARROS, S. R. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millenium Editora. 2007.

BARBOSA. M.A. *Autoderminação: direito à diferença.* São Paulo: Plêiade. 2001.

BENEVIDES. M.V. M. *A Cidadania Ativa*. 3a edição. São Paulo: Ática. 2003.

BOBBIO, N. *A teoria das formas de governo*. 7ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1994.

_____ *Democracia,* in BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. *Dicionário de Política,* 5ª edição, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

_____ *Estado, governo, sociedade, para uma teoria geral da política*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1999.

_____ *O Futuro da Democracia*. 10ª edição. São Paulo: Paz e Terra. 2006.

_____ *Sociedade Civil*. in. BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. *Dicionário de Política,* 5ª edição, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

BODIN, J. *Les Six Livres de la Republique*. Paris: Librairie Générale de France. 1993.

BONAVIDES, P. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª edição, São Paulo: Malheiros. 2001.

BOTTINI. P.C. e RENAULT. S. *Os Caminhos da Reforma*. in *Revista do Advogado* nº 85. maio de 2006.

BOVERO.M. *Contra o Governo dos Piores – uma gramática da democracia.* Rio de Janeiro: Campus. 2002.

BURDEAU, G. *O Estado.* São Paulo: Martins Fontes. 2005.

_____ *La Démocratie*. Paris: Seuil. 1956.

BUZAID. A. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil* – Lei 5.869/73

CABRAL. M.V. *O exercício da cidadania política em perspectiva histórica (Portugal e Brasil)*. in. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Volume 18, n. 51, 2006.

CAGGIANO, M.H.S. *Sistemas Eleitorais X Representação Política*. Brasília: Senado Federal. 1987

_____ *A fenomenologia dos trânsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro*. in. LEMBO. C. e CAGGIANO.M.H.S. *O voto nas Américas*. São Paulo: CEPES. 2008.

CAMPILONGO. C.F. *Representação Política.* São Paulo: Ática. 1988.

CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7ª edição. Coimbra: Almedina. 2003.

CANTIZANO. D.L. *O Processo legislativo nas Constituições brasileira e no direito comparado.* Rio de Janeiro: Forense. 1985.

CARVALHO. J.M. *A Construção da Ordem: a elite política imperial*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003.

CASTELLS, M. *A crise da democracia, governança global e a emergência de uma sociedade civil global*, in *Governança Global Democrática*. São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso. 2005.

COMPARATO, F.K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003

_____ *Sobre a legitimidade das constituições*, in BONAVIDES, P. et al. *Constituição e democracia, estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros. 2006

_____ *Para viver a democracia.* São Paulo: Brasiliense. 1989.

DAHL, R. *La democracia*. Buenos Aires: Taurus. 1999

DALLARI, D. A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª edição. São Paulo: Saraiva. 1998

_____ *A participação popular e suas conquistas*. in MICHILES, C. et. al. *Cidadão Constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1989

_____ *Que é participação política?* 4ª edição. São Paulo: Brasiliense. 1985

_____ *Formas de participação política.* in Revista da Procuradoria Geral do Estado de Sao Paulo Sao Paulo, n.24, p.135-47, dez. 1985

DELORT, R. *La vie au moyen-âge.* Lausanne: Edita. 1972.

DINAMARCO. C.R. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume I. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____ *Liebman e a Cultura Processual Brasileira*. in COSTA. H.R.B.R., RIBEIRO. J.H.H.R. e DINAMARCO. P.S. *Linhas Mestres do Processo Civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas. 2004.

FAORO, R. *Os Donos do Poder – Formação do patronato político brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Globo. 2001.

FARIA. J.E. *A inflação legislativa e a crise do Estado no Brasil*. in. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – Centro de Estudos. Volume 42. Dezembro de 1994.

FAUSTO. B. *O Pensamento Nacionalista Autoritário*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001.

FAUSTO. B e DEVOTO. F.J. *Brasil e Argentina: um ensaio de história comparada (1850/2002)*. São Paulo: Editora 34. 2004.

FERRAZ JR., T.S. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas. 2004.

FERRAJOLI.L. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. in. COSTA. P. e ZOLO.D. orgs. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica.* São Paulo: Martins Fontes. 2006.

FERREIRA FILHO, M. G. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva. 1972.

_____ *Curso de Direito Constitucional*, 25ª edição. São Paulo: Saraiva. 1999.

_____ *Do processo legislativo*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 1995

FLEINER-GERSTER, T., *Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 2006

FRANÇA. R.L. *Manual de Direito Civil*. Volume I. 2ª edição. São Paulo: RT. 1971.

FREUD. S. *Psicologia de Grupo e Análise do Ego.* in Obras *psicológicas completas de Sigmund Freud.* Volume XVIII. Rio de Janeiro: Imago. 1996.

FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*. 25ª edição. Rio de Janeiro: Graal. 2008.

_____ *Surveiller et punir – Naissance de la prison*. Paris: Gallimard. 1975.

_____ *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard Seuil. 1997.

GOMES, O. *Contratos*. 12ª edição. Forense: Rio de Janeiro. 1990

GOZZI. G. *Estado Contemporâneo* in. in BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. *Dicionário de Política*, 5ª edição, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

GRECO FILHO. V. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Volume I. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2000.

HABERMAS. J. *A Era das Transições.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HELLER. H. *Teoria do Estado.* São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HOBBES, T. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone. 2000.

HOBSBAWN, E.J. *A Era das Revoluções – Europa 1789 – 1848*. 20ª edição. São Paulo: Paz e Terra. 2006

HOLANDA. S.B. *Raízes do Brasil.* 26ª edição. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

IANNI. O. *O Colapso do Populismo no Brasil.* 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1975.

KELSEN, H., *A Democracia*, 2ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

LANGROD, G. *Processo legislativo na Europa ocidental*. Rio de Janeiro: FGV. 1954.

LE BON, G. *Psicologia das Massas*. Lisboa: Ésquilo. 2005.

LEVI-STRAUSS, C. *Race et histoire*. Paris: Folio. 1987.

LOCKE. J. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes. 1999.

LOPES, J.R.L. *O Direito na história*. 3ª edição. São Paulo: Atlas. 2008.

_____ *As palavras e a lei*: *ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34. 2004.

LUSTOSA. I. *D. Pedro I: um herói sem nenhum caráter*. São Paulo: Companhia das Letras. 2006.

MATTEUCCI, N. *Contratualismo* in. BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. *Dicionário de Política*, 5ª edição, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000

MENDES. G., COELHO. I.M. e BRANCO P.G.G. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008.

MELLO FILHO. J.C. *Aspectos da elaboração legislativa*. in Revista Justitia nº 42, jan/mar 1980.

MIGUEL. L.F. *A democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo.* Revista de Ciências Sociais. Vol. 45. 2006.

MONTESQUIEU, C. de S., Baron de, *O Espírito das Leis*, São Paulo, Martins Fontes, 1996

NEUMANN. F. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar. 1969.

OLIVEIRA, R. F. *Processo legislativo: uma contribuição ao debate*. Brasília: Centro de Documentação e Informação. 1996.

OLIVETTI. N. *Processo Legislativo*. in in BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. *Dicionário de Política.* Vol. II. 5ª edição, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

PAULO, V. e ALEXANDRINO. M. *Processo Legislativo*. Niterói: Impetus. 2003.

PAULSEN. L. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008

PIETRO. M.S.Z. *Participação Popular na Administração Pública.* in. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros. 1/1993.

POGGI. G. *Evolução do Estado Moderno – uma introdução sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1981.

PRUDENTE, E. A. de J. *O estado federado brasileiro, as relações entre os poderes, o direito de participação popular e as regiões metropolitanas*. in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo São Paulo, n. 91, p. 181-199, jan./dez., 1996.

RAMOS. G. *Vidas Secas*. 98ª edição. Rio de Janeiro. Record. 2005.

RANIERI. N. *O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício do direito pela via da educação.* Tese de livre docência apresentada na área de Teoria Geral do Estado ainda não publicada. 2009.

RAO, V. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª edição. São Paulo: RT. 1999

REALE. M. *Teoria do direito e do estado*. 3ª edição. São Paulo: Martins. 1972.

_____ *Lições Preliminares de Direito*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 1976.

RIBEIRO. D. *O Povo Brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras. 1995

ROBESPIERRE, M. de. *Discursos e relatórios da convenção*. Rio de Janeiro: EDUERJ/Contraponto. 1999.

RODRIGUES. S. *Direito Civil*. Volume 1. 28ª edição. São Paulo: Saraiva. 1998.

ROUSSEAU, J.J., *Considerações sobre o governo da Polônia e sua reforma projetada*. São Paulo: Brasiliense. 1982

_____ *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1989

_____ *Du Contrat Social*, Paris, Nathan, 1991

_____ *Emílio ou da Educação*, 2ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 1999

_____ *Les Confésssions*, Vol I, Paris: Imprimerie Nationale. 1995

SANTOS. L.C.A. *A Iniciativa Popular das Leis*. E-Legis, n.01, 2º semestre, 2008.

SCHIERA. P. *Estado Moderno*. in. BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. *Dicionário de Política*, 5ª edição, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

SHIRLEY, R. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva. 1987.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 21ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002

_____ *O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa*. in Revista do Advogado, n° 73, Novembro de 2003.

_____ *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 2007

SPROESSER.A. K. *Direito Parlamentar – Processo Legislativo.* 2ª edição. São Paulo: ALESP/SGP. 2004.

SUSSEKIND A., MARANHÃO.D. e VIANNA. J.S. *Instituições de Direito do Trabalho.* Volume I. 3ª Edição. São Paulo: Freitas Bastos. 1963.

TAVARES BASTOS. A. C. *A Província: estudo sobre a descentralização do Brasil*. Brasília: Senado Federal. 1996.

TOCQUEVILLE. A. *A Democracia na América.* São Paulo: Martins Fontes. 1998.

URUGUAY. V. *Visconde do Uruguay*. São Paulo: Editora 34. 2002.

ZOLO. D. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. in. COSTA. P. e ZOLO.D. orgs. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica.* São Paulo: Martins Fontes. 2006.

SÍTIOS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES CONSULTADOS.

www.camara.gov.br

www.casaruibarbosa.gov.br

www.folhaonline.com.br

www.ibge.gov.br

www.presidencia.gov.br

www.senado.gov.br

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

www.transparencia.org.br

www.tse.jus.br