

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA

**O IMPACTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA
EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA**

Dissertação apresentada no curso de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de concentração: Direito do Estado – Sub-área: Direito Constitucional).

Orientador:
Prof. Dr. Rubens Beçak

SÃO PAULO
2013

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA

**O IMPACTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA
EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA**

Dissertação apresentada no curso de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de concentração: Direito do Estado – Sub-área: Direito Constitucional).

Orientador:
Prof. Dr. Rubens Beçak

SÃO PAULO
2013

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir

O impacto do controle de constitucionalidade na evolução da democracia / Emerson Ademir Borges de Oliveira; orientador: Rubens Beçak. São Paulo, SP: [s.n.], 2013

164 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Democracia 2. Controle de constitucionalidade

CDD: 340.05

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA

**O IMPACTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA
EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA**

Banca examinadora da dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito do Estado. Sub-área: Direito Constitucional.

Resultado:

ORIENTADOR: Prof. Dr. Rubens Beçak _____

1º EXAMINADOR: Prof. Dra. Monica Herman Salem Caggiano _____

2º EXAMINADOR: Prof. Dra. Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux _____

São Paulo, __ de _____ de 2013.

DEDICATÓRIA

À Vivian, Enzo e Rafael

O amor é a semente, da qual nossos filhos são os frutos e os melhores projetos de uma vida feliz.

Aos meus pais,

Pelos valores e princípios a guiar a caminhada que se conquista a cada dia.

À minha irmã,

Pela presença constante, pelo convívio, pelos conselhos, pelo carinho, agora na proximidade.

AGRADECIMENTOS

Aos **Professores Monica Herman Salem Caggiano e Rubens Beçak**, pelas lições ministradas ao longo do curso, e a certeza da existência de um projeto de democracia que valha a pena buscar.

À **Prof. Elza Boiteux**, pela honra de sua participação nessa banca e dos pertinentes comentários com vistas ao aprimoramento deste trabalho.

Aos **amigos, colegas e “irmãos”** que muitas vezes sem querer auxiliaram no direcionamento desse trabalho e da metodologia de pesquisa, iluminando-me para que redigisse minhas considerações.

À **Universidade de São Paulo**, por essa formação diferenciada.

Aos meus superiores, **Drs. Vidal Sion Neto e Marco Aurélio da Cruz Falci**, pelo apoio e pelo oferecimento de condições que possibilitassem o desenvolvimento deste estudo.

A **todos** os demais que de uma forma direta ou indireta contribuíram com esse trabalho.

*Quando eu canto é para aliviar meu pranto
E o pranto de quem já tanto sofreu
Quando eu canto estou sentindo a luz de um santo
Estou ajoelhando aos pés de Deus*

*Canto para anunciar o dia
Canto para amenizar a noite
Canto pra denunciar o açoite
Canto também contra a tirania*

*Canto porque numa melodia
Nascendo no coração do povo
A esperança de um mundo novo
E a luta para se viver em paz*

*Do poder da criação sou continuação
E quero agradecer
Foi ouvida a minha súplica
Mensageiro sou da música*

*O meu canto é uma missão, tem força de oração
E eu cumpro o meu dever
Há os que vivem a chorar
Eu vivo pra cantar e canto para viver
Há os que vivem a chorar
Eu vivo pra cantar e canto para viver*

*Quando eu canto a morte me percorre
E eu solto um canto da garganta
E a cigarra quando canta morre
E a madeira quando morre canta*

(“Minha missão” – João Nogueira)

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. **O impacto do controle de constitucionalidade na evolução da democracia.** 2013. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

RESUMO

O princípio democrático está inscrito nas Constituições contemporâneas como fundamental para o desenvolvimento do Estado Constitucional. Embora o conceito possa variar, é certo que existem alguns pressupostos e características que permitem avaliar o status democrático de uma sociedade, bem como a existência de efetividade aos direitos diretamente decorrentes da democracia, vale dizer, direitos voltados à instrumentação do princípio. O projeto constitucional se inscreve cotidianamente e passa a exigir o agir do Poder Público, em qualquer de suas funções, pois a efetivação da Constituição é dever de todos. Quando ausente a efetividade, passa-se a cogitar a transcrição dos direitos sobre a democracia pela veia constitucional. E ultrapassada a vertente meramente aplicadora da lei – concepção liberal da separação de poderes -, o Judiciário erige como criador do Direito em um aspecto interpretacionista. Surge, então, a discussão acerca dos limites da interpretação e das técnicas de controle de constitucionalidade para efetivação da democracia. Isto é, a discussão acerca do liame que separa a interpretação criadora da criação interpretativa, assim como o modo técnico-racional utilizado pelo Judiciário para realizar o princípio democrático. De qualquer forma, torna-se imprescindível a análise circunstanciada do modo de interpretação, até mesmo para que nunca se perca de vista o dever de racionalidade que deve permear a decisão jurisdicional. O objetivo não é negar o evidente processo criativo do Judiciário, mas entender seu funcionamento, de modo que seu exercício não exceda a interpretação razoável dos preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Democracia. Controle de constitucionalidade.

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. **The impact of judicial review in the democracy evolution.** 2013. 164 s. Thesis (Masters in Law) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ABSTRACT

The democratic principle is present in the contemporary Constitutions as the central for the development of the constitutional State. Although the concept may vary, there are some assumptions and characteristics that allow the evaluation of a society's democratic status, as well as the existence of effective directly democratic rights. In other words, rights capable of exercising the principle. The constitutional project is performed daily and it requires the action of government, in all of its functions, since the execution of the Constitution is an obligation of all. When the effectiveness is left beside, its common to cogitate the transcription of rights about democracy in the Constitution. And once the thought of the Judiciary only as a law enforcer – liberal conception of the separation of powers – is overcome, the Judiciary assumes a role of rights creator in an interpretationist aspect. That's when the discussion about the limits of interpretation and judicial review techniques in the effectiveness of democracy comes to surface. In other words, the discussion that involves the bond that separates creative interpretation from interpretative creation, as the technical-rational mode used by the Judiciary to accomplish the democratic principle. Either way, it becomes essential the detailed analysis of the form of interpretation adopted, as a way to never left aside the rationally duty that should permeate judicial decision. The goal is not to deny the obvious creative process of Judiciary, but to understand its function so its exercise never exceeds the reasonable interpretation of fundamental precepts.

Keywords: Democracy. Judicial review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. A DEMOCRACIA	20
1.1 Nuances históricas	21
1.1.1 Governo do povo, pelo povo e para o povo	22
1.1.2 Democracia grega	28
1.1.3 Em Rousseau, o “governo dos deuses”	32
1.1.4 Democracia parlamentarista	37
1.2 A democracia sob viés crítico	40
1.2.1 Loewenstein, liberdade de escolha e modelos universais	40
1.2.2 O cenário beligerante de Przeworski	43
1.2.3 Dahl e as poliarquias	45
1.2.4 Kelsen, o povo e os partidos políticos	47
1.2.5 Os riscos da democracia em Bobbio	50
1.2.6 Sartori e a democracia política	51
1.3 Novos rumos para a democracia?	54
2. O ESTADO CONSTITUCIONAL, O JUDICIÁRIO E A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO	61
2.1 Das origens da Constituição: limitação do poder político	65
2.2 A prevalência da Constituição como norma suprema e de validade de todo o ordenamento jurídico	69
2.3 <i>Judicial review</i> e a guarda da Constituição	71
2.4 A implementação do dispositivo constitucional e a efetivação de direitos	78
3. POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO	87
3.1 O Judiciário como instância de debates políticos	91
3.2 O problema da inércia legislativa	97
3.3 Limites para a separação de poderes e conformidade dos freios e	

contrapesos	101
3.4 Entre a hermenêutica constitucional e a legislação judiciária	106
4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA	115
4.1 O papel exercido pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal	117
4.2 Interpretação conforme a Constituição	128
4.3 Declaração de nulidade total e declaração de nulidade parcial com ou sem redução do texto	131
4.4 Ausência legislativa, otimização dos princípios e máxima efetividade	135
4.5 A interpretação razoável que não viole o sentido do texto	138
4.6 A aproximação do modelo do <i>stare decisis</i> ao <i>civil law</i>	142
CONCLUSÃO	150
BIBLIOGRAFIA	155