

INTRODUÇÃO

A democracia, conforme consagrada nas Cartas Constitucionais contemporâneas, não se consubstancia unicamente a determinar modo de eleição dos representantes, mas sim a indicar vetores políticos, econômicos, sociais e culturais a que aspira a sociedade.

Nesse sentido, a atuação dos Tribunais Constitucionais para efetivar a democracia, seja num aspecto processual/procedimental, seja numa vertente material/substancial, significa, em última análise, a efetivação dos direitos fundamentais de uma sociedade e a realização dos objetivos dirigentes daquele Estado.

Para tanto, imprescindível o estudo do ativismo judicial nesse intuito para compreender de que forma as Cortes Constitucionais constroem as diretrizes hermenêuticas que irão resultar no aspecto prático da democracia.

As técnicas de controle de constitucionalidade, nesse sentido, prestam inegável benesse para a finalidade proposta, eis que se amoldam à necessidade do direito. É a tutela jurisdicional a serviço do direito material.

Assim, compreender os conceitos de democracia, as finalidades do Estado Constitucional, o papel das Cortes Constitucionais, e a forma com que tais Tribunais atuam em defesa do primeiro, acaba contribuindo para a efetivação deste direito considerado, por alguns, de quarta geração.

De fato, as atuações destas Cortes e as técnicas de controle que se utilizam para tanto acabam se tornando palpáveis no cotidiano da sociedade. É o que ocorre, por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal decide pela não aplicação de uma reforma eleitoral sobre inelegibilidade ou quando o Tribunal Superior Eleitoral praticamente legisla sobre a temática do caráter nacional dos partidos políticos.

Por essa razão, o estudo proposto, muito além de estudar limites, diretrizes hermenêuticas e técnicas processuais, acaba recaindo na própria materialidade da democracia, o que culmina com a satisfação ou não de direitos fundamentais, como o regime democrático ou o pluralismo político, inscritos em diversas Constituições pós-modernas.

Embora, a essência da democracia deve ser atribuída ao célebre discurso de Lincoln sobre o povo, o projeto democrático, no entanto, deve ser buscado muito

antes, nas suas raízes gregas – democracia ateniense -, embora com características mais restritas e censitárias. A grande marca da democracia moderna, todavia, é um recorte artificial entre direitos civis, políticos e sociais, distinção não realizada pelos gregos.

Ao longo do primeiro capítulo, discorreremos acerca de algumas interpretações críticas e construtivas da democracia, como a concepção de Sartori no sentido de um governo pautado na opinião pública¹; a ideia de cenário beligerante de Adam Przeworski² e a insegurança eleitoral; as “poliarquias” e seus graus de Robert Dahl a depender, basicamente, da possibilidade de participação popular e do grau de oposição permitido³.

De uma forma geral, é comum relacionar a democracia à ideia de liberdade. Uma liberdade que permite, de forma plural, o desenvolvimento integral dos cidadãos e a “participação crítica no processo político em condições de igualdade económica, política e social”⁴.

A democracia, não obstante, é um regime delicado, que se apresenta extremamente exigente com a sociedade, com as instituições e com o poder e seus detentores. Das instituições exige estabilidade e respeito. Dos detentores do poder exige o atendimento do jogo pendular. Do povo exige, para a eleição dos representantes, um sufrágio com assepsia, puro, preservado do ambiente e dos fatores de poluição eleitoral que contaminam a vontade eleitoral manifestada pelo voto depositado na urna. E requer da oposição responsabilidade – o controle da atuação governamental deve ser realizado neste molde.

Essa concepção, incrivelmente dimensionada no século XX, sobretudo a partir da ideia de “deusa democracia”⁵, conduziu a uma inegável cobrança do Poder Público não apenas para se efetivar a democracia, mas para se manter um quadro que, ao mesmo tempo beligerante, pudesse oferecer a segurança das instituições, mais no sentido de sua liberdade.

Evidente que por ser um projeto constitucional⁶, nada mais natural que se incumbisse também ao Judiciário o poder-dever de zelar pela democracia, enquanto um

¹ SARTORI, Giovanni. *Teoria de la democracia*.

² PRZEWORSKI, Adam. *Transition to Democracy*. Ainda: CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na Política*.

³ DAHL, Robert. *Polyarchy – Participation and Opposition*.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. p. 289.

⁵ GICQUEL, Jean, *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*. p.185.

⁶ “A democracia é, no sentido constitucional, *democratização da democracia*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. p.290.

direito fundamental para a própria existência do Estado e para o exercício da liberdade da sociedade.

Inegável, por outra via, que o grande pilar de desenvolvimento da democracia seja a representação política, dado o caráter de impossibilidade de seu exercício direto. Apesar de a representação ser elevada ao posto de uma grande conquista da humanidade, hodiernamente, não mais se contenta com isso, buscando um grau mais elevado de participação do povo na produção das decisões políticas.

E essa participação se vê justamente nos instrumentos adicionais da democracia, principalmente na via do controle do poder. É aí que se insere o Poder Judiciário e seu controle de constitucionalidade, sem mencionar a participação direta em casos específicos como o referendo, o plebiscito e o *recall*.

A Constituição é idealizada como mecanismo de limitação do poder político⁷. Sob este aspecto, vem timbrada com a garantia da presença e da perpetuidade das instituições. É verdade que o constitucionalismo admite a ideia de que as Constituições não são para sempre, não podendo conduzir ao fenômeno da “fossilização da Constituição”⁸. Mas, por outro lado, não esconde que a alteração constitucional nesse cenário envolve um processo complexo, a fim de garantir as instituições e a decisão política fundamental⁹.

Nesse novo contexto, as Constituições passam a albergar novos direitos, até de 4ª e 5ª dimensão, que transformam a postura do Estado e dos detentores do poder político. Dentre eles, menciona-se expressamente a democracia¹⁰.

Há também uma textura diferenciada, com normas de preceitos abertos, ao lado de normas não auto-executórias, incompletas ou programáticas. A própria Constituição atribui a outros poderes a tarefa de incrementar o dispositivo constitucional. A Justiça Constitucional, que num primeiro instante caracterizava-se como defensiva, assume, a partir da difusão do *judicial review*, uma posição de garante

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*.

⁸ Além disso, a maioria da doutrina se concentra na opinião de que o poder constituinte originário não encontra limites imanentes. Karl Loewenstein fala em “petrificação da Constituição”. *Teoría de la constitución*. p. 164 e seguintes.

⁹ “Há que se considerar, no entanto, que **as idéias de limitação do poder, de preservação dos direitos humanos e de prefixação da decisão política fundamental**, o cerne fixo de uma Constituição, conduzem, na leitura de alguns analistas, a exemplo de Stephen Holmes, a identificar na Constituição uma **postura antidemocrática, na medida em que engessa decisões futuras a que as novas gerações, numa democracia, deveriam ter assegurada a acessibilidade**”. CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo*.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p.571-572.

da Constituição, orientando a decisão política. Há um nítido alargamento do campo de atuação jurisdicional.

Esse papel que decorre do contexto axiológico da Constituição acaba atribuindo ao Judiciário o inegável papel de “guardião da democracia”¹¹. E, embora não se deva afirmar que a efetivação da democracia exige apenas papéis políticos ativos, é válida a observação de Robert Alexy: “Em ningún outro ámbito es tan clara la conexión entre el resultado jurídico y las valoraciones generales prácticas o políticas”¹².

O professor Cass Sunstein faz a seguinte análise:

Também parece que a demasiado alardeada oposição entre o constitucionalismo e a democracia, ou entre os direitos e a democracia, tende, pois, a se dissolver inteiramente. Muitos direitos são indispensáveis para a democracia e para a deliberação democrática. Se nós protegemos tais direitos por meio da Constituição, nós não comprometemos o governo autônomo de nenhuma forma. Pelo contrário, o governo autônomo depende para sua existência dos direitos democráticos firmemente protegidos. O constitucionalismo pode assim garantir as pré-condições para a democracia limitando o poder das majorias em eliminar aquelas pré-condições¹³.

Mas essa nova diretriz, longe de ser uma prerrogativa brasileira, deita suas raízes no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, conforme preleciona Leonardo Martins, tratando do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), a qual atribui especial atividade quando a instância política preferiu se omitir, culminando por transferir questões políticas para o crivo do controle de constitucionalidade¹⁴.

Nota-se, assim, que essa nova perspectiva acentuou-se ainda mais com a omissão do legislador em certas temáticas consideradas cruciais para o Estado, dentre elas as questões atinentes à democracia¹⁵.

¹¹ HOLMES, Stephen. *El Precompromiso Y La Paradoja de La Democracia*. p. 219.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p.427. No vernáculo: “Em nenhum outro âmbito é tão clara a conexão entre o resultado jurídico e as valorações gerais, práticas ou políticas”. Em outra ocasião, Alexy faz a seguinte ponderação: “A proposição fundamental: ‘Todo o poder estatal provém do povo’ exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento (...) A representação argumentativa dá bom resultado quando o tribunal constitucional é aceito como instância da reflexão do processo político”. *Constitucionalismo discursivo*. p.53-54.

¹³ SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. p.181-182.

¹⁴ MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. p.5.

¹⁵ “A influência dos grupos de pressão sobre o legislador, o déficit de racionalidade identificado no processo legislativo e a possibilidade de que as decisões majoritárias do corpo legislativo venham a lesar direitos de minorias consistem elementos denotadores de uma mudança do papel desempenhado pela lei

Leonardo Martins, citando Hillgruber e Goos, acentua a legitimidade e a legalidade de a minoria levar ao Tribunal Constitucional a decisão que fora tomada pela maioria, anteriormente, no âmbito político, de forma a conferir-lhe uma aprovação ou desaprovação a partir da hermenêutica constitucional: “De resto é legal e legítimo, do ponto de vista constitucional, que uma minoria parlamentar que é fraca no processo legislativo parlamentar tente transformar a derrota política sofrida em Berlim em uma vitória jurídica em Karlsruhe”¹⁶.

Em mesma linha, é do douto professor Jorge Miranda a seguinte observação:

Em estritos termos jurídicos, a legitimidade de um Tribunal Constitucional ou de órgão homólogo não é mais nem menos do que a dos órgãos políticos: advêm da Constituição. E, se esta deriva de um poder constituinte democrático, então ela há-de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática¹⁷.

A mesma razão que fundamenta o raciocínio, no entanto, deve limitar a abrangência da construção. Não é demais lembrar que esse tipo de controle por parte do Judiciário exige ponderação e razoabilidade, a fim de garantir a autonomia na fixação de regras gerais por parte do Legislativo, mandatário do poder para tais questões¹⁸. É um problema tipicamente de *limites para separação de poderes*, ou de *conformidade dos freios e contrapesos*.

Aliás, muito se fala, ao tratar da temática do ativismo judicial, acerca da jurisdicionalização da política, no sentido de que, ao realizar o controle, o Judiciário estaria agindo como verdadeiro legislador, invadindo a esfera de atuação deste. Oscar Vilhena Vieira fala, ainda, numa maximização da questão, em “supremocracia”¹⁹.

Num primeiro momento, no entanto, a questão parece ser mais de efetivação da Constituição, poder conferido inclusive ao Supremo, do que em uma suposta “tomada de poder”. É que quando se sente atingido em sua função o Legislativo

nos modernos sistemas constitucionais”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p.400. Ainda: “Até mesmo na atualidade, sob a proteção da Constituição de 1988 – a Constituição dita cidadã -, que ampliou de modo intenso a participação política, quer alargando o corpo eleitoral, como já exposto, quer pela inserção de mecanismos de interferência direta no pólo do poder, resta ainda prejudicada a figura do cidadão eleitor, demandando-se, pois, ações precisas no sentido de assegurar ao cidadão brasileiro, na sua plenitude, a possibilidade de alcançar esse *status*”. CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. p.94.

¹⁶ MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. p.16.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. p.508.

¹⁸ MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. p. 21.

¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*.p.441.

reage negativamente à atuação do Tribunal Constitucional, vide o caso da verticalização das coligações partidárias e a Emenda Constitucional 52/2006.

Ao depois, há que se ressaltar que o neoconstitucionalismo ressaltou a ideia de uma *prevalência da Constituição*, no sentido não mais apenas político, mas como “norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico”. Os perigos de desvio, evidente preço da democracia e do constitucionalismo, devem ser remediados pela doutrina interpretativa que se associe à Teoria da Constituição, ao Direito Constitucional e à Teoria do Estado²⁰.

Dentre as técnicas que têm sido utilizadas para o controle de constitucionalidade para efetivação da democracia destaca-se a *interpretação conforme a Constituição – verfassungskonforme Auslegung*, alternando enquanto princípio interpretativo²¹ ou como técnica.

A interpretação conforme a Constituição acaba servindo de subsídio não apenas para deixar de declarar inconstitucional lei que o seja, como na acepção de Thomas Cooley: “The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect”²². Mas também, e aqui sobreleva sua função interpretativa, para afirmar que é constitucional justamente por ser interpretado conforme a Constituição.

Mendes, Coelho e Branco apenas ressaltam, citando Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, que a interpretação conforme a Constituição apenas deve ser admitida se não se traduzir em violência contra a expressão literal do texto ou não alterar o significado do texto por meio de mudança radical da concepção original do legislador²³ – aqui sim o Judiciário estaria confiscando a função legislativa de seu detentor legítimo.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p.129.

²¹ “Instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas uma simples regra de interpretação – como o STF enfatizou em decisão exemplar -, o princípio da *interpretação conforme a Constituição* consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política ou, se quisermos, de política constitucional, além de reforçar outros canônes interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p.119.

²² COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations*. p.228. No vernáculo: “A Corte, se possível, deve dar à lei uma interpretação que lhe garanta a eficácia”.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p.1257.

Não se pode olvidar, além disso, da *declaração de nulidade total*, da *declaração de nulidade parcial* e da *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*, enquanto efeitos da decisão.

Na discussão acerca da constitucionalidade da “cláusula de barreira à brasileira”²⁴, por exemplo, o esforço hermenêutico do Supremo Tribunal Federal partiu do pressuposto de que tais restrições ofenderiam o pluralismo político, a autonomia partidária, a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e a representação das minorias nas Mesas e Comissões permanentes da Câmara e do Senado²⁵, para declarar os artigos da Lei 9.096/95 que tratavam da cláusula *parcial ou totalmente nulos*.

Na ADI 3.592, que atacava a vedação da captação de sufrágio prevista no artigo 41-A da Lei 9.504/97, o Supremo, sobrelevando a concepção de voto livre como garantia da democracia, entendeu constitucional o dispositivo atacado não apenas no aspecto formal – o que foi atacado pelo PSB –, mas também como ideal para o próprio princípio democrático, “verdadeira profilaxia ético-cívica”²⁶. Nesse caso, ao declarar a constitucionalidade, o STF, outra vez, acabou conferindo *máxima efetividade*.

O fato é que na contemporaneidade, o jurídico não mais pode ser dissociado do político, nem menos obrigado ao exercício político do poder, como obrigaria uma postura montesquiana. É de Ovídio Baptista a observação que segue:

Esta é a questão que nos obriga a pensar numa profunda descentralização do poder, capaz de aproximá-lo do povo, permitindo o exercício autêntico de um regime democrático, de que o Poder Judiciário terá de ser o fiador. A jurisdição, num regime verdadeiramente democrático, ao contrário do nosso, deve ser o agente “pulverizador” do Poder, o órgão produtor de micropoderes, que possam contrabalançar o sentido centralizador que os outros dois ramos zelosamente praticam²⁷.

E é evidente que a operacionalização do princípio democrático, longe de ser tarefa meramente legislativa, acaba sendo incumbência de todas as funções do Estado, inclusive para suprir eventuais omissões ou para corrigir incorreções das demais.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p.751.

²⁵ ADIs 1.351 e 1.354.

²⁶ Voto do Ministro Ayres Britto.

²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia*. p.316.

Cumprer ressaltar que um esforço que direcionará toda a nossa construção será sempre o de compreender os liames entre a pura criação judicial do Direito e a interpretação criativa a partir das diretrizes constitucionais. De forma a garantir o equilíbrio do Estado, a construção racional de uma interpretação razoável, de forma a não reverter o sentido da norma, deverá guiar o julgador em seu mister de desmistificar o problema democrático.

Essas são as principais questões a serem aprofundadas ao longo deste trabalho.

1. A DEMOCRACIA

Talvez soe inoportuno discutir em meio a um trabalho sobre técnicas de controle de constitucionalidade na efetivação da democracia, o próprio conceito de democracia. De se ressaltar, contudo, que, ante a variante democrática, necessário se discutir o conceito na tentativa de melhor entender o que faz e o que leva a fazer os Tribunais ao conclamarem a democracia e sua efetivação, mediante medidas de implementação constitucional.

Não que o presente trabalho consiga produzir um único conceito de democracia servil a todos os Estados a todo o tempo, mas é evidente que a compreensão ideológica que permeia os liames democráticos auxilia na compreensão das razões que levam a uma maior ou menor atividade do Judiciário quando o assunto é democracia.

Ao depois, a posição ideológica do agente ante a democracia acaba sendo decisiva para a escolha de posições dentro dos galhos da árvore democracia, bem como a compreensão e a mentalidade do dono do poder – o povo – quanto aos liames democráticos.

Gaetano Mosca e Gaston Bouthoul esclarecem:

É evidente que a fórmula política deve, em cada caso, corresponder ao grau de maturidade intelectual, aos sentimentos e às crenças que prevalecem numa dada época e num povo determinado. Ela deve igualmente estar em harmonia com o modo de escolha e de organização da classe dirigente, no mesmo instante e no seio do mesmo povo²⁸.

No Brasil, por exemplo, bem ou mal, foi a partir de um clamor público, já esgotado de tantos escândalos políticos, que conduziu à pressão popular a motivar a edição da Lei de Ficha Limpa e, igualmente, sua aceitação pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional. Não há como negar que os membros de um Tribunal Supremo atuam politicamente e atentos à sociedade. O poder que exercem também é, nos termos da Constituição, do povo e, no caso do Judiciário, são as motivações que garantem sua legitimidade.

²⁸ MOSCA, Gaetano; BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 12.

Talvez o que diferencie o Brasil de outros países é o fato de que a posição política – inerente a todo detentor de parcela do poder – não seja tão clara, a começar pela proibição de associação partidária (artigo 95, parágrafo único, III, CF).

De uma forma ou outra, é justamente na argumentação racional que o soberano poderá tentar se afastar da ideologia que segue, incluindo sua tomada partidária, a fim de, ao menos tentar, se desintoxicar dela para julgar. Mas é certo que o conceito de democracia que permeia a mente do julgador muito nos auxilia na compreensão das razões e técnicas utilizadas no controle de constitucionalidade, tema dessa dissertação.

O conceito de democracia mostra-se cambiante conforme o tempo e lugar²⁹. Diversas concepções apresentadas por muitos pensadores, desde os gregos, no entanto, ressaltam uma ligação comum, ainda que variável: a presença do povo. No entanto, o tempo demonstrou, e Rousseau já assinalava, que a democracia direta, embora ideal, era de execução impossível. Assim, a representação urge como a saída, elegendo-se representantes do povo que, mesmo significando uma ínfima parcela dos detentores dos direitos políticos, estariam habilitados a representar tanto as majorias quanto as minorias. A representação, com as Constituições contemporâneas, ganha contornos de princípio e passa a fazer parte da discussão sobre a interpretação constitucional, auxiliando na discussão sobre o projeto democrático.

1.1 NUANCES HISTÓRICAS

Nesse momento, urge apresentar quatro concepções distintas de democracia de considerável valor histórico, servis em muito às conexões críticas que estabeleceremos após, mas que se apresentam igualmente conceituais.

²⁹ “A Democracia, contudo, não se resume num quadro institucional rígido, universalmente válido, para todas as épocas e para todos os povos. Ao contrário, ela pode e deve ser ajustada para cada caso, para cada nação, para cada tempo. É preciso cuidar cada povo de encontrar sua democracia possível, que concilie a ordem com o progresso”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. p. 129.

1.1.1 GOVERNO DO POVO, PELO POVO E PARA O POVO

A busca de um conceito para a democracia parece ser uma atividade eterna, longe que está de conseguir estabelecer um conceito que sirva a todas as democracias a todo tempo. Nosso objetivo, inicialmente, não é pretender traçar em algumas linhas o que seria, de fato, a democracia, mas, retomando alguns conceitos, estabelecer elementos comuns que possam auxiliar na compreensão do instituto³⁰.

Nesse intuito, sem dúvidas, surge o Estado Constitucional como grande auxiliar da construção conceitual, bem como a sempre marcante presença do povo, não apenas como o receptor da democracia, mas como seu próprio agente.

A célebre frase de Abraham Lincoln no discurso de Gettysburg em 1863³¹, que serve de subtítulo, em verdade, retomaria uma ideia antes jogada pelos antecedentes gregos da democracia, enfaticamente em Aristóteles e, antes, em Heródoto³².

A presença do povo como elemento fundante da democracia é ideia muito bem delineada por Hans Kelsen, para quem democracia “significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo”³³.

Antes mesmo, Montesquieu já afirmava: “quando, numa república, o povo como um todo possui o poder soberano, trata-se de uma Democracia”³⁴. Ainda, em 1824, Thomas Jefferson fez a seguinte ponderação: “The constitution of most of our States assert that all power is inherent in the people; that they may exercise it by

³⁰ “Esse grau possível de Democracia há de ser instaurado por um modelo próprio ao caráter nacional, às suas tradições, à sua circunstância. Não há modelo universal nem infalível de Democracia. O exemplo estrangeiro é útil, na medida em que guia e orienta. Sua cópia, pura e simples, conduz, em regra, ao insucesso, puro e simples, também”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete vezes democracia*. p. 37.

³¹ HOFSTADTER, Richard. *Great Issues in American History*. p. 414. De se ver, contudo, que Raymond Aron, na linha de Schumpeter, critica a expressão “governo pelo povo”, dado o fato de que, embora a soberania resida no povo, é uma minoria que a exerce, tornando-se assim um “governo para o povo”. ARON, Raymond. *Democracia e totalitarismo*.

³² CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política*. p. 35.

³³ KELSEN, Hans. *A democracia*. p.35.

³⁴ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. p.35.

themselves, in all cases to which they think themselves competent”³⁵, e correlaciona tal exercício com a ideia de liberdade.

É que realmente parece impossível fundar qualquer base democrática que se afaste da ideia de participação popular. A própria ordem gramatical do conceito, desde os anseios gregos, na junção das expressões *demo* (povo) e *kratos* (poder), já deixa bem claro que a visualização da democracia sempre fora a do exercício do poder pelo povo, ainda que de forma indireta.

Até porque na atualidade parece inimaginável um sistema, que seja viável, no qual a democracia possa ser embasada em um exercício direto do poder pelo povo. Se mesmo com poucos representantes, em relação ao tamanho da nação, assiste-se projetos arrastando-se por anos a fio, que dirá se o próprio povo os votassem?

É nessa ordem que Schumpeter afirma que o *governo pelo povo* é puramente ficcional. O que existe são governos *aprovados pelo povo*: “o povo como tal nunca pode realmente governar ou dirigir”³⁶. Ainda, Mosca e Bouthoul lembram que o poeta grego Homero afirmava que o governo da multidão seria uma loucura³⁷.

Com fundo em Pareto, Mosca, Duverger e outros, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que, para a Ciência, não existe governo de apenas um ou da maioria: “todo governo é exercido por uma minoria”³⁸.

José Nun, em sua clássica obra *Democracia: ¿Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, tece uma crítica a partir da ideia de que a minoria que efetivamente exerce o poder está bem distante dos anseios de seus representados, muito mais próximos de interesses econômicos, principalmente a partir da conclusão de que até agora não houve um regime democrático que não fosse ao mesmo tempo capitalista³⁹.

A crise política vivida diuturnamente no Brasil em junho de 2013, em que multidões, numa escala nunca antes vista, foram às ruas protestar, escancarava exatamente essa questão. O grito uníssono era de que o povo não se sentia representado por aqueles políticos⁴⁰.

³⁵ JEFFERSON, Thomas. *On democracy*. p.33. No vernáculo: “A Constituição da maioria de nossos Estados assevera que todo poder provém do povo; que eles podem exercê-lo por si mesmos, em todos os casos em relação aos quais se darem por competentes para tanto”.

³⁶ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. p. 308-309.

³⁷ MOSCA, Gaetano; BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas desde a antiguidade*. p. 40.

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete vezes democracia*. p. 18.

³⁹ NUN, José. *Democracia*. p. 63.

⁴⁰ Como afirma Nun: “A fin de torcer tal estado de cosas, la agenda pública necesita incorporar con urgencia y con claridad ítems que movilicen al pueblo y a sus múltiples organizaciones en torno a

Defendendo que democracia representativa e democracia direta não são incompatíveis, mas sim formas diferentes a serem utilizadas a depender de cada situação, Nun defende uma reconstrução política do Estado com estímulo a formas de democracia direta, além de outros métodos horizontais a estimular o debate entre os próprios cidadãos⁴¹.

Não por acaso, diante da grave crise institucional brasileira, a Presidente da República Dilma Rousseff propôs que a própria reforma política se realizasse por meio de plebiscito.

Nun ainda desacredita a crítica pura e simples na representação em geral e aos políticos, senão como uma forma de alterar o modo de trabalho destes e as características da própria representação. “Es más: creo que no hay alternativa viable sin políticos que la assuman como tal; solo que esto será tanto más factible cuante mayores sean las presiones que ejerzan las movilizaciones y las organizaciones populares”⁴².

Pois bem.

O que talvez impossibilite a busca de um único conceito para a democracia é o maior ou menor grau de participação popular, que, além de tornar distintas as democracias, por vezes nos coloca em dúvida sobre a real existência de um regime democrático em determinados locais. Afinal, qual a linha limítrofe em relação a qual a participação popular realmente possa ser considerada democracia?

assuntos que, contra lo que creia el mismo Schumpeter, no se encuentran nada alejados de las preocupaciones del ciudadano común ni son tan difíciles de entender como se arguye”. No vernáculo: “Para transformar este estado de coisas, a agenda pública necessita incorporar com urgência e clareza itens que mobilizem as pessoas e suas múltiplas organizações em torno de assuntos que, ao contrário do que acreditava Schumpeter, não se encontram distantes das preocupações do cidadão comum nem são tão difíceis de se compreender, como geralmente é argumentado”. NUN, José. *Democracia*. p. 220. Beçak, neste tocante, lembra Gargarella: “A crise da representação tem a ver com o modo como as instituições políticas foram desenhadas, ou seja, com o objetivo de ‘desalentar’ a participação da cidadania dos assuntos públicos e não para promovê-las”. *Reflexões sobre o evolver democrático rumo à sua otimização*. p. 95.

⁴¹ NUN, José. *Democracia*. p. 222. Em sua tese de livre docência, o professor Rubens Beçak, explorando um maior alongamento da democracia deliberativa, assim expõe: “Apesar da evidente ampliação do espectro dos habilitados a participar da cidadania ativa, a ânsia por mais e melhores práticas que permitissem uma busca mais efetiva de legitimidade na democracia, vai fazer com que se acentue a busca por práticas de democracia semidireta (...)”. *Reflexões sobre o evolver democrático rumo à sua otimização*. p. 81. Ainda, em conclusão: “O debate advindo com o questionamento da dinâmica do Estado Social possibilita o que se chamou de ‘recrudescência’ das críticas ao modelo representativo tradicional, resultando no aparecimento de propostas alternativas, ora designadas participativas, ora deliberativas”. p. 111.

⁴² NUN, José. *Democracia*. p. 223. No vernáculo: “Além do que, creio que não exista uma alternativa viável para que os políticos se assumam como tal; apenas o fato de que será mais efetiva quanto maiores forem as pressões decorrentes de mobilizações e organizações populares”. Inegável na prática tais efeitos a partir das pressões populares brasileiras de junho de 2013.

O conceito de governo do povo, nessa ordem, parece simplista e quase sempre bastante irreal para definição dos Estados que o absorvem. Henry W. Ehrmann já adverte:

Modern democracy is certainly not adequately definite by “rule of the people” as our dictionaries have it, nor should present-day dictatorship be defined exclusively as “authoritarian rule by an individual”. And yet, the first characteristic of democracy is contained in this constitutional formula: “National sovereignty shall belong to the people”. Whichever form such control by the people may take, whether it be direct or indirect, parliamentary or plebiscitarian, in the last appeal the legitimation of the governing body rests with the citizen. And since this delegated power is limited and can, furthermore, always be repealed, it is clearly set apart from modern totalitarianism, where power is in principle unlimited as to time and extent⁴³.

Em 23 de outubro de 1952, o Tribunal Constitucional Alemão, em uma decisão, deu o seguinte conceito à democracia: “a ordem democrática corresponde àquela de um Estado de Direito, fundado sobre a autodeterminação do povo, de acordo com a vontade da maioria, sobre a liberdade e a igualdade, excluído todo o poder violento e arbitrário”⁴⁴.

Seguindo a linha de nosso pensamento, para o Tribunal Alemão, democracia e Estado de Direito são duas faces da mesma moeda⁴⁵. Como assevera Jorge Miranda, ao restringir os conceitos democráticos para tratar da jurisdição constitucional: “parte-se da democracia conexas com o Estado de Direito, dando origem, em síntese dialética, ao Estado de Direito democrático”⁴⁶.

⁴³ EHRMANN, Henry W. *Democracy in a changing society*. p.9. No vernáculo: “A democracia moderna é inadequada à definição ‘governo do povo’ como descrevem nossos dicionários, assim como as ditaduras atuais não podem ser definidas exclusivamente como ‘governo autoritário de um indivíduo’. E, ainda, a primeira característica da democracia é contida na fórmula constitucional: ‘A soberania nacional deve pertencer ao povo’. Seja qual for a forma de controle pelo povo, deverá ser, direta ou indiretamente, parlamentar ou plebiscitária; em última instância a legitimidade do corpo governamental deita sobre os ombros dos cidadãos. E desde que o poder delegado é limitado e pode, além disso, sempre ser revogado, está claramente separado do moderno totalitarismo, no qual o poder é a princípio ilimitado no tempo e na extensão”.

⁴⁴ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo*.

⁴⁵ “A base do conceito de Estado Democrático é, sem dúvida, a noção de *governo do povo*, revelada pela própria etimologia do termo *democracia*”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. p. 145. Ainda: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 149.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. p. 510.

Nota-se, conforme se verá ao longo dessa explanação capitular, que os conceitos de democracia acabam por girar em torno de dois princípios de organização: liberdade e igualdade⁴⁷.

Evidentemente que o conteúdo de cada um dos princípios é cambiante em relação às particularidades locais de cada regime que se considere democrático, como se nota com mais facilidade no conceito de igualdade para a revolução burguesa francesa e aquele mais atual, sobretudo a partir da Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919.

A democracia é conceito comumente associado ao pluralismo político e seus reflexos, tais como a livre competição, o direito à informação, a expressão de preferências políticas, dentre outros.

Evidentemente que seria impensável um regime democrático longe da presença da oposição na política, promovendo o verdadeiro *tiquet au Retour* ou *fair play*, isto é, o jogo pendular do poder: aquele que sai tem o direito de tentar voltar no próximo cenário político e aquele que entra não tem sua perpetuação garantida. Por isso, Adam Przeworski compara a democracia a um cenário beligerante⁴⁸.

Ao longo desse texto, apresentaremos alguns conceitos de democracia tidos como principais pela doutrina política, mas sem esquecer a advertência de Sartori, no sentido de que no tempo a democracia recebeu “diversos significados, relacionados com contextos históricos e ideais diferenciados”⁴⁹.

Przeworski melhor esclarece:

Democracies are not all the same. Systems of representations, arrangements for the division and supervision of powers, manners of organization of interests, legal doctrines, and bundles of rights and obligations associated with citizenship differ significantly across regimes that are generally recognized as democratic⁵⁰.

⁴⁷ Kelsen, no entanto, adverte que é o valor da liberdade e não o da igualdade que define, em primeiro lugar, a ideia de democracia. *Esencia y valor de la democracia*. p. 126. Cumpre registrar o pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “De fato, por Democracia se designa um *sistema de valores* onde ressaltam a *liberdade* e a *igualdade*. Esse sistema, aliás, pode ser decomposto noutros, conforme a prevalência que se dê a um ou outro, conforme a paridade que, eventualmente, se reconheça entre este e aquele valor”. *A democracia possível*. p. 4.

⁴⁸ PRZEWORSKI, Adam. *Transition to Democracy*. Como já dissemos: “A insegurança eleitoral é justamente a alternância ampla de poder, um dos requisitos da democracia”. BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. Técnicas de controle de constitucionalidade e ativismo judicial na efetivação da democracia. *Revista de Direito Público*. p.176.

⁴⁹ SARTORI, Giovanni. *Teoria de la democracia*. p. 34. Como se nota: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1409 e ss.

⁵⁰ PRZEWORSKI, Adam. *Sustainable democracy*. p. 40.

Ainda, Peter Häberle:

El concepto de democracia es hoy, sin embargo, uno de los más controvertidos y polifacéticos, susceptible de múltiples planteamientos. En parte la organización de las controversias sociales y la de la resolución de intereses antagónicos en conflicto se muestra como válida de una de las notas o características propias de la democracia al aparecer tras el sentido filosófico-semántico de su propia identidad, “democracia como gobierno de pueblo”⁵¹.

Häberle, no entanto, adianta, ao vincular o conceito aos partidos políticos, como identificados com a vontade popular. E, em continuidade, relembra decisão do Tribunal Constitucional Alemão, segundo o qual a democracia exige que a maioria tenha que justificar suas decisões frente à minoria, atendendo sempre as exigências do bem comum de todos os cidadãos. E esta função caberia, em último nível, aos partidos políticos⁵².

Esse exercício acaba agregando à democracia outros elementos, muito embora todos eles acabem rodeando a ideia de povo. E, hoje, o termo se torna indissociável da construção do pluralismo e de sua notável construção de rol de direitos fundamentais, sobretudo aqueles que representam um papel contramajoritário.

Nesse aspecto, ressaltando o trabalho de Weimar, destacam Carrozza, Giovine e Ferrari:

La tendenza all'estensione dei cataloghi dei diritti contenuti nelle costituzioni delle democrazie pluralistiche si inquadra in una concezione del ruolo della costituzione profondamente diversa rispetto agli archetipi del costituzionalismo liberale. Emblematica, sotto questo profilo, la sistemazione dei diritti fondamentali (*Grundrechte*) nella Costituzione della Repubblica di Weimar (1919-33), autentico laboratorio del costituzionalismo democratico del Novecento, la quale articolava il catalogo dei “diritti e doveri fondamentali dei tedeschi” nelle sezioni dedicate alle “persone singole”, alla “vita collettiva”, al “fenomeno religioso”, all’“educazione”, alla “vita economica”⁵³.

⁵¹ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. p. 136. No vernáculo: “O conceito de democracia é hoje, contudo, um dos mais controvertidos e multifacetados, suscetível de múltiplas abordagens. Em parte, a organização das controvérsias sociais e da resolução de interesses antagônicos em conflito se mostra como válida de uma das notas ou características próprias da democracia ao aparecer após o sentido filosófico-semântico de sua própria identidade, ‘democracia como governo do povo’”.

⁵² HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. p. 136-137.

⁵³ CARROZZA, Paolo; GIOVINE, Alfonso di; FERRARI, Giuseppe F. *Diritto costituzionale comparato*. p. 46. No vernáculo: “A tendência à extensão do catálogo de direitos fundamentais contidos nas constituições da democracia pluralista se enquadra em uma concepção do papel da constituição profundamente diversa em relação ao arquétipo do constitucionalismo liberal. Emblemática, em tal perfil,

Assim é que o conceito de democracia nos parece agregador de outros institutos, de maneira que se torna imprescindível definir a democracia não por si só, mas com o apoio de outros conceitos.

Nosso objetivo, como se verá a seguir, entretanto, não é apontar um conceito correto, mas tentar identificar elementos satelitários que envolvem a democracia para se aproximar de uma ideia mais palpável sobre o tema⁵⁴.

1.1.2 DEMOCRACIA GREGA

Historicamente, a Grécia serviu como poderosa árvore intelectual e moral da sociedade, contribuindo, ainda hodiernamente, com a melhor compreensão de alguns institutos, como a democracia.

É consideravelmente rica a contribuição da poesia grega para os institutos políticos. Repassando as *Máximas dos Setes Sábios* gregos, Mosca e Bouthoul ressaltam que um deles conferira uma definição exata da liberdade política, afirmando sua existência “quando a lei é mais forte do que os que pretendem violá-la”⁵⁵.

Os autores lembram, ainda, que “na Cidade grega os cargos públicos eram exercidos por rodízio pelos cidadãos, muitas vezes mesmo os cargos eram conferidos por sorteio”, o que exigia, evidentemente, que tais cidadãos possuíssem um “senso elevado da legalidade e um profundo apego ao bem público”⁵⁶.

Ao cuidar das formas de governo, Heródoto foi quem traçou os contornos da democracia, em sua construção acerca das formas de governo, concentrando sua

a sistematização de direitos fundamentais (*Grundrechte*) na Constituição da República de Weimar (1919-33), autêntico laboratório do constitucionalismo democrático do século XIX, a qual articulava o catálogo de ‘direitos e deveres fundamentais dos alemães’ na seção dedicada às ‘pessoas individuais’, à ‘vida coletiva’, ao ‘fenômeno religioso’, à ‘educação’, à ‘vida econômica’”.

⁵⁴ É como assevera o insigne José Afonso da Silva: “*Democracia* é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolver na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 125-126.

⁵⁵ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 41-42.

⁵⁶ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 37.

reflexão política sobre as formas puras, sem a possibilidade de formas mistas entre democracia, aristocracia e monarquia⁵⁷.

Kelsen, indo além, estabelece uma relação entre democracia e relativismo, lembrando historicamente que quase todos os relativistas⁵⁸ eram politicamente favoráveis à democracia⁵⁹.

Destacam-se, entre eles, os sofistas, precipuamente Protágoras, para quem o homem é a medida de todas as coisas. Ainda, Eurípedes, o poeta, glorificava a democracia. E Calicles, para quem a irremediável oposição entre igualdade legal e desigualdade natural conduziria à fragilidade de todas as organizações políticas⁶⁰.

Nascido cerca de 460 antes de Cristo, Demócrito de Abdera apresentou sua contribuição a uma democracia temperada: “queria que o Governo pertencesse aos melhores mas declara ao mesmo tempo que preferiria viver livre e pobre numa democracia do que rico mas submetido a uma oligarquia”⁶¹.

Platão, no entanto, volta-se contra a democracia, entendendo-a como “forma desprezível de governo”⁶², partindo de uma análise de Tucídides sobre a guerra do Peloponeso, para o qual a democracia “depende não de poucos, mas da maioria”⁶³.

Para Platão, por outra via, a democracia não é o governo da maioria, mas sim “governo dos pobres”, baseado na aniquilação do partido oposto e cujo aspecto “liberdade, em verdade, é uma anarquia”⁶⁴. E, nesse momento em que o censo aponta ser a maioria pobre, a democracia – da idade do ferro – se verte em anarquia, que considera ser a mãe da tirania – a pior das formas de governo -, “uma vez que o tirano é o inimigo natural de todos os que excelem pela inteligência ou pela virtude”⁶⁵.

Nessa toada, a liberdade acaba não possuindo qualquer valor político e o povo se mostra incapaz de se auto-governar. Apenas alguns poucos possuem o sentido filosófico de liderança e a estes se deve deixar a responsabilidade por governar os demais. A diferença com a oligarquia ou a tirania, aqui, é o fato de que Platão assevera que tais pessoas específicas capazes de governar os demais são os filósofos, que tiveram

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*.

⁵⁸ O relativismo é uma visão filosófica que se opõe ao absolutismo, no sentido de que as “verdades” morais, religiosas, políticas etc variam conforme a época, lugar e a sociedade.

⁵⁹ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 195.

⁶⁰ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 43.

⁶¹ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 45.

⁶² KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 195.

⁶³ TUCÍDIDES. *História da guerra do Peloponeso*. p.109.

⁶⁴ PLATÃO. *A República*. p. 278-279. Ou, como se queira, a “soberania da massa”. *Diálogos*. p. 268.

⁶⁵ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 49.

dedicada grande parte do seu tempo ao estudo e aprimoramento para só depois se tornarem governantes. É uma verdadeira autocracia⁶⁶.

Sócrates, antes, já afirmava que “sob que aspectos que se apresenta a tirania, dado que, quanto à sua origem, é quase evidente que se origina da democracia”⁶⁷.

Em *Leis*, Platão arrefece os ânimos contra a instituição democrática nos escritos da *República*. Acredita que as formas de governo são basicamente duas: quando o poder é outorgado de cima para baixo, tem-se a Monarquia; quando se tem o inverso, ocorre a Democracia. Resultados mais qualitativos, em sua opinião, poderiam ser obtidos por um sistema misto, regido por um Conselho de Sábios⁶⁸.

Aristóteles, todavia, foi quem se destacou entre os gregos para o trato das instituições políticas. Parte da ideia da família como base para a sociedade, mas seu âmbito de pesquisa se apresenta extremamente limitado por considerar que os povos bárbaros fora da Cidade helênica seriam inferiores⁶⁹.

Mais adiante, em *Política*, Aristóteles passa a estigmatizar a democracia como uma corrupção, degeneração da política, ao mesmo tempo em que ressalta a monarquia como melhor forma de governo⁷⁰. Para o filósofo grego, enquanto a política busca o bem comum, a democracia empregaria o governo em benefício próprio. Essa estranha concepção, no entanto, se explica pela crítica feita a Hélade, no sentido de que a politeia seria uma forma de Estado, cuja degeneração seria a democracia⁷¹.

Em outras passagens, no entanto, Aristóteles prefere traçar uma configuração diferente, admitindo como formas de governo a **monarquia** (governo de um só), a **aristocracia** (governo de poucos) e a **democracia** (governo do povo). E as respectivas formas degradadas seriam a **tiranía**, a **oligarquia** e a **demagogia**.

Soa confuso, assim, que o filósofo grego, ao construir sua teoria política, reconheça a democracia enquanto forma degradada da república, como forma útil aos pobres⁷² e o desvio menos ruim. Mesmo assim, Demócrito ressalta: “a pobreza na

⁶⁶ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 198-199.

⁶⁷ PLATÃO. *A República*. p. 278.

⁶⁸ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 49.

⁶⁹ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 51.

⁷⁰ Lembra Homero que o governo de muitos não é bom, preferindo-se aquele de um único governante.

⁷¹ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 199-200.

⁷² ARISTÓTELES. *A política*.

democracia é tão preferível à pretensa prosperidade na monarquia quanto a liberdade à escravidão”⁷³.

Talvez a confusão se explique pelo fato de que antigamente utilizava-se o termo *República* para designar um modelo que hoje identificamos como *democracia*, muito embora a similitude conceitual tenha demorado a ocorrer. Isso porque para Aristóteles representavam formas diferenciadas. Além disso, a utilização do termo *politeia* (que se confunde com a *República*) designava locais onde havia a presença de um assembleia de cidadãos (homens e livres), voltada para a busca do bem comum. Não se pode olvidar que a tradução dos termos gregos também pode representar uma certa complicação conceitual.

A *democracia*, nesse aspecto, dizia respeito a um modelo considerado degradado, já que buscava a consecução dos objetivos pelo modo direto, o que mais tarde se mostraria inviável. Ao passo que a *politeia* ou a *República*, enquanto modelo ideal, utilizava-se da representação para a busca do bem comum.

Ainda, Aristóteles propõe uma forma mista entre democracia e oligarquia (dois regimes degenerados) como única forma estável, evitando diferenças entre ricos e pobres e a corrupção do Estado. Assim, se o governo democrático busca o favorecimento aos pobres, o oligárquico faria a contraprestação, trazendo o equilíbrio desejado pelo filósofo, formando a *República*⁷⁴. É bom lembrar que enquanto Platão se preocupava com a Cidade ideal, Aristóteles, mais realista, contentava-se com elucidar condições nas quais o Estado helênico pudesse funcionar satisfatoriamente⁷⁵.

De qualquer forma, o filósofo esclarece que a demagogia, enquanto desvio da democracia, acaba sendo fruto de uma atitude revolucionária dos demagogos que incitam o povo contra os proprietários. Essas atitudes acabam acentuando ainda mais a diferença entre ricos e pobres.

De uma forma geral, nota-se que, a despeito do esforço grego e de todo o reconhecimento que lhe é conferido, há uma certa dificuldade de compreensão da democracia por si própria. Os direcionamentos filosóficos acabaram sendo no sentido de se traçar diferentes formas de governo e, então, reconhecer a *República* como o modelo que mais se aproxima do que atualmente conhecemos por democracia⁷⁶.

⁷³ KELSSEN, Hans. *A democracia*. p. 200.

⁷⁴ ARISTÓTELES. *A política*.

⁷⁵ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 55.

⁷⁶ Atualmente, Dahl diferencia os termos, tomando por democracia um governo no qual uma sociedade com um pequeno número de pessoas toma as decisões e administra por si própria; e a república diria

De qualquer forma, ficaram traçados alguns parâmetros, dentre os quais a base de que todo modelo democrático pressupõe um novo arranjo sobre a detenção do poder e sobre aqueles que podem e como podem exercê-lo. No entanto, fica claro, e Rousseau retomará a ideia, de que não importa quantos são donos do poder, o que importa, de fato, é que o seu exercício deve ser condicionado a uma ou poucas pessoas, sob pena de tornar o sistema inviável.

1.1.3 EM ROUSSEAU, O “GOVERNO DOS DEUSES”

A ideia de democracia permaneceria adormecida por um largo tempo ao longo das Idades Antiga e Média. Somente nos idos setecentistas é que as revoluções liberais e iluministas resgataram o ideal democrático, edificando novas conceituações, mas sem perder de vista a base grega.

Na República e no Império Romano houve preponderância aristocrática e monárquica⁷⁷. No período da República, a constituição romana guardou um caráter aristocrático. No período do Império, era nítida a concentração de poder nas mãos do imperador, tantas funções quantas fossem necessárias por ele serem exercidas⁷⁸.

A doutrina política romana pouco produziu. Como destacam Mosca e Bouthoul, os romanos eram mais práticos, menos teóricos. No final da República, em período conturbado por guerras civis, as teorias a nada serviam, ao mesmo tempo em que a doutrina grega se fazia presente. No Império não havia finalidade prática que estimulasse a teoria⁷⁹.

Na Idade Média, período compreendendo cerca de dez séculos, também conhecida como Idade das Trevas, pouco se produziu politicamente, sobretudo a partir de uma ideia do final da Idade Antiga das figuras soberanas e da presença dos feudos para, em nome da segurança, resguardarem a manutenção desse sistema, e das figuras eclesiásticas para representarem as posições cristãs como porta-vozes de Deus.

respeito ao esquema em que a representação toma assento. *How democratic is the American Constitution?* p. 159.

⁷⁷ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 61.

⁷⁸ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 64.

⁷⁹ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 65.

Apenas ao final do século XV é que se assistiu o nascimento de uma nova mentalidade, desenvolvida a partir das concepções renascentistas, em meio a um mar de monarquias ainda reinantes e das novas aristocracias, como a italiana, representada, sobretudo, pela República de Veneza⁸⁰. Neste período, Maquiavel emprega o termo *república* em um sentido moderno, como aquela forma de governo diferente de uma monarquia, em contraposição aos *principados*⁸¹.

Posteriormente, no século XVI, Jean Bodin escreveu seu *A República* – representando, no sentido antigo, o próprio Estado –, em que retoma as ideias aristotélicas e discute as vantagens e desvantagens da monarquia, aristocracia e democracia. Afirma que a preponderância de uma das formas não é arbitrária, mas depende, em parte, do clima. Demonstra preferência pela monarquia e se diz contrário aos governos mistos, uma vez que tais situações acabariam se degenerando rapidamente e se vertendo em monarquia pura ou democracia⁸².

Antes de sua morte, no final do século XVII, Benedito Spinoza apresentou sua incompleta contribuição. Estabeleceu que a monarquia absoluta é, em verdade, uma aristocracia latente, em face da incapacidade do governante de fazer tudo sozinho. Defendeu a limitação do poder real por um conselho de cidadãos. A seguir, pareceu defender a democracia como a perfeita forma de governo, mas veio a falecer antes que pudesse concluir seu *Tratado político*⁸³.

Em 1784, *Do espírito das Leis* do Barão de Montesquieu veio a substituir as formas apresentadas entre os gregos por Aristóteles. Acabou por dividir os governos em despóticos, monárquicos e republicanos, sendo as repúblicas subdivididas em aristocráticas e democráticas. Valeu-se do termo *república* no sentido moderno da expressão – governo em que não existe soberano hereditário. A República poderia ser encontrada nos países virtuosos, isto é, aqueles em que reinam o desinteresse e a frugalidade⁸⁴.

Já no século XVIII, Rousseau acabou se apresentando como o paladino do perfil democrático, precipuamente por suas considerações, bastante realistas, diga-se de passagem, traçadas em *O contrato social*.

⁸⁰ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 102.

⁸¹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*.

⁸² MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 142-143.

⁸³ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 193-194.

⁸⁴ MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis*.

Antes, porém, Jean-Jacques Rousseau direcionou esforços para uma visão liberal e social do Estado, conduzindo o próprio modelo de Estado a um paradigma que facilitaria a inserção do domínio democrático.

Em meio a um ambiente liberalista, Rousseau direcionaria esforços para o desfazimento da confusão entre liberalismo e democracia e a busca por uma aproximação entre os conceitos de igualdade e liberdade⁸⁵ – que, como vimos, estão inscritos na base democrática.

Rousseau justificava a existência de um Estado pelo povo a partir de um contrato social, pelo qual “a sociedade e o Estado nascem segundo convênio entre as diversas pessoas, em benefício de seus interesses comuns”⁸⁶, sem que para isso houvesse a renúncia da liberdade, pois tal fato implicaria na renúncia de ser homem. O contrato social amparava-se no fundamento de que os direitos civis de todos só seriam garantidos se fossem cedidos à comunidade. É que Rousseau partia do pressuposto de que o Estado era o instrumento por meio do qual as classes capitalistas e dominadoras se defendiam do proletariado⁸⁷.

Embora seja enquadrado entre os iluministas, Rousseau não era particularmente um, tendo-se em vista que sua doutrina carregou a bandeira das camadas populares na Revolução Francesa. Para ele, “o poder, ou soberano, é o próprio povo”. Como salientam os historicistas Leonel Mello e Amad Costa, “Rousseau assumia, dessa forma, o papel de crítico da ordem burguesa, antes mesmo que ela se estruturasse definitivamente na França”⁸⁸.

O que lhe aproxima dos iluministas, todavia, é o anseio pela derrocada do poder de um soberano de armas infinitas e num governo regulado por leis gerais e abstratas. Entretanto, não se filia ao entendimento de Montesquieu e admite que se a soberania é indivisível:

nossos políticos, não podendo dividir a soberania em seu princípio, dividem-na, quanto ao seu objeto, em força e vontade, em poder legislativo e em poder executivo, em direitos de impostos, de justiça e de guerra, em administração interna e no poder de tratar com o estrangeiro; às vezes confundem todas essas partes,

⁸⁵ “Se indagarmos em que consiste precisamente o maior bem de todos, que deve ser o fim de todo sistema de legislação, achar-se-á que se reduz a estes dois objetos principais: *liberdade e igualdade*. A liberdade, porque toda dependência particular é outro tanto de força tirada do Estado; a igualdade, porque a liberdade não pode existir sem ela”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. p.67.

⁸⁶ MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luís César Amad. *História moderna e contemporânea*. p.85

⁸⁷ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 215.

⁸⁸ MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luís César Amad. *História moderna e contemporânea*. p.86.

separando-as das outras, fazendo da soberania um ser fantástico, formado de diversas peças. É como se construíssem um homem com muitos corpos, nos quais um somente tivesse os olhos, outro os braços e outro os pés⁸⁹.

Dentre os críticos, Jellinek, sua melhor expressão, indica a teoria da divisão dos poderes enquanto contraditória da indivisibilidade do poder estatal, classificando a manutenção da unidade do poder como engenhosa, revestida obviamente de uma tripartição de cunho meramente político.

Essa unidade reagia simultaneamente contra a pluralidade dos ordenamentos corporativistas da Idade Média e contra as antinomias subseqüentes, que se resolviam na unidade política de feição despótica, ou seja, no absolutismo do rei, justificado por um direito natural divino.

A unidade era salva teoricamente, em termos democráticos, e em oposição ao despotismo, com a doutrina da soberania de Rousseau, apoiada na *volonté générale*.

Daí haver dito Jellinek que o filósofo genebrês se apresenta admiravelmente coerente com aquela tradição política do jusnaturalismo, que concentrava o poder estatal em uma só vontade, e se inclinava para o absolutismo, como sucede com a doutrina de Hobbes.

O “senhor absoluto” mudou apenas de nome, “e não de essência”, conforme se lê nas páginas que a este respeito escreveu Jellinek. Antes se chamava rei, com Hobbes, agora se chama povo com Rousseau⁹⁰.

Essas linhas, no entanto, não indicam que o povo passa a exercer o próprio poder, como seria de se supor, eis que o próprio Rousseau já indicava a impossibilidade de um exercício direto do poder⁹¹. Assim, a grande chave do francês é a diferenciação entre o dono do poder e aquele que realmente o exerce. Daí porque, embora o poder fosse do povo, Rousseau nunca se opusesse a ser exercido no modelo monárquico ou aristocrata.

Além disso, o modelo liberal de democracia oferecia esta num aspecto meramente formal – governo do povo -, em contraponto à democracia substancial – governo para o povo, profetizando o ideal de liberdade⁹².

⁸⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. p.44.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. p.54.

⁹¹ Contra: OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. A relação entre soberania popular e governo democrático na filosofia política de Jean Jacques Rousseau.

⁹² BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. p. 38.

Democracia, ao depois, passava a assumir uma conotação idealista, de realização impraticável:

Querendo tomar o termo democracia na sua acepção perigosa, poderemos dizer que jamais existiu verdadeira democracia, nem existirá nunca. É contra a ordem natural que o maior número governe e o menor seja governado. Não se pode imaginar que o povo esteja constantemente reunido para atender os negócios públicos, e facilmente se compreende que não poderiam estabelecer-se comissões sem que a forma de administração se modificasse⁹³.

Nessa razão, acaba entendendo que a democracia é um “governo dos deuses”, de modo que, ainda que existisse, certamente não caberia aos homens⁹⁴.

Nota-se, no entanto, na mesma linha grega, que Rousseau não consegue desvincular a democracia enquanto expressão popular. A diferença marcante, talvez, seja o fato de que os valores liberdade e igualdade passam a se apresentar enquanto reais diferenciadores dos tipos democráticos, de forma que quanto mais acentuados mais se aproximam de um ideal democrático⁹⁵. Mais do que isso: a própria configuração do contrato social e a formação do Estado partem dos pressupostos de igualdade e liberdade regrada⁹⁶, o que, em última análise, não poderia direcionar para outro modelo que não fosse aquele em que o povo se apresentasse como legítimo titular do poder.

Em paralelo, Rousseau passa a fazer coro para a necessidade de representação, eis que impossível o exercício da democracia de forma direta e ideal, já naqueles idos. Nesse ponto, seu trabalho passa a ser emblemático para as ideias democráticas que nasceriam posteriormente.

Mas o pensador entendia que a liberdade popular exercida na representação, em verdade, dava-se unicamente no momento de eleição dos representantes. Mais do que isso: que a vontade do Estado seria a vontade pura e simplesmente da maioria. E às minorias nada restava além de dissociar-se do Estado.

⁹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. p. 81. Schumpeter partilha do mesmo posicionamento: *Capitalism, socialism and democracy*. p. 246-247.

⁹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. p. 82.

⁹⁵ Como se reconhece hodiernamente: “Dentre os diferentes – e não muito afastados – conceitos doutrinários, de qualquer forma, emergem os **elementos liberdade e igualdade a nortear os rumos democráticos** e a sua concretização **mediante eleições livres e competitivas com amplos espaços para oposição**. Estes últimos valores, aliás, por muito tempo sustentaram o sufrágio universal como a conquista maior da humanidade”. CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo*.

⁹⁶ Cabe lembrar: “Contudo, até mesmo um apóstolo radical da liberdade como Rousseau só exige unanimidade para o contrato original que constitui o Estado”. KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 173.

Embora avançado naquela época, tal pensamento mostrou-se bastante perverso, sobretudo a partir do século XX. Hoje bem sabemos, e será tratado ao longo desse trabalho, que uma das funções mais importantes das Cortes Constitucionais é o exercício do papel contra-majoritário, resguardando direitos que estariam perdidos pela simples vontade da maioria.

1.1.4 DEMOCRACIA PARLAMENTARISTA

O sistema parlamentarista deita raízes na história política inglesa do século XIII, com a ampliação da participação nobre no governo do monarca. Como assevera Jeffrey Goldsworthy, “Parliament evolved from the medieval tradition of baronial counsel and consent”⁹⁷.

Desde a Magna Carta (1215) e as Provisões de Oxford (1258) já emergia a ideia de que a nobreza representava a comunidade de todo o país⁹⁸. As Assembleias, então chamadas de “parlamentos” apresentaram-se como uma oportunidade não apenas para o rei buscar o consentimento da comunidade, mas também para que os nobres apresentem-se suas questões enquanto porta-vozes da comunidade⁹⁹. Historicamente, o Parlamento passou a se construir como uma esfera decisional, soberana e popular, a despeito de todas as tentativas monarquas de mutilação dessa soberania até a edição do Protesto, em face do rei James, declarando as liberdades e privilégios dos membros do Parlamento¹⁰⁰.

O sistema parlamentar caracteriza-se, basicamente, por se valer de um jogo de equilíbrios com o Executivo pautado pelo princípio da confiança, e não pela legitimidade das urnas. Evidentemente, que, enquanto regime flexível, possui maior

⁹⁷ GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Parliament sovereignty*. p. 28. No vernáculo: “O Parlamento evoluiu a partir da tradição medieval do Conselho de barões”.

⁹⁸ “A certidão de nascimento do parlamento, no entanto, pode ser identificada no ano de 1265, em que Simon de Monfort convoca *dois cavaleiros de cada condado* para participar do *Grande Concilium*, ao lado dos prelados e barões, procedimento que ingressa numa linha de regularidade com Eduardo I (1295). Já no fim do século XIII, nos termos dos registros constantes dos anais ingleses, há referência à convocação da assembléia nos moldes de *parliament model*”. CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. p. 7.

⁹⁹ GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Parliament sovereignty*. p. 28.

¹⁰⁰ BAILEY, Sydney D. *British Parliamentary democracy*. p. 13.

capacidade de reação à opinião pública, embora tal característica possa conduzi-lo, ao contrário, à possibilidade maior de instabilidade política.

Com o intuito de combater esse quadro de instabilidade é que a Lei Fundamental de Bonn, previu, em seu artigo 67, que o chanceler e seu gabinete podem ser derrubados pelo Parlamento apenas se há houver uma alternativa de governo. Esse mecanismo, chamado de “moção construtiva de desconfiança” foi criado devido ao fracasso ocorrido na República de Weimar em que os governos eram muito curtos em decorrência do desentendimento dos partidos que simplesmente negavam um governo sem possuir consenso para eleger outro. A democracia instável acabou sendo um dos pilares da ascensão do nazismo¹⁰¹.

A questão, todavia, que se apresenta patente é: como compreender a presença da democracia, consoante o já dissertado até aqui, em um sistema de governo como o parlamentar, em que o Chefe do Executivo não é eleito diretamente?

Para a doutrina capitaneada nos Estados Unidos, é imprescindível que a “soberania” do Parlamento não deixe de se submeter à apreciação do *judicial review*, visto como pré-requisito para a proteção dos direitos humanos e para a democracia.

Jeffrey Goldsworthy critica a posição, entendendo que tal relação de causa e efeito depende, em verdade, da cultura, estrutura social e organização política de cada sistema, não devendo ser visto como um ideal geral. A questão se mostra ainda mais sensível em países como a Inglaterra em que a ausência ampla de leis fundamentais escritas conduz à adoção mais irrestrita de princípios: “If in both cases decisions are governed by abstract moral principles, what reason is there to describe the judiciary, but not the legislature, as ‘ruled by law’?”¹⁰².

A questão, em países como a Inglaterra, Austrália e Nova Zelândia, é se é desejável uma implementação mais ativista dos direitos por parte do Judiciário. Seria adequada uma visão de efetivação jurisdicional do *Bill of rights*? Mais do que isso, se a “soberania do Parlamento” seria um princípio fundamental e constitucional desses países. Pois é claro que, não o sendo, o caminho natural conduziria ao *judicial review* da legislação. Mas, do contrário, logo estaríamos seduzidos pela concepção de um poder

¹⁰¹ HARTWIG, Matthias. El control político en Alemania. p. 97.

¹⁰² GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Parliament sovereignty*. p. 279. No vernáculo: “Se em ambos os casos, as decisões são regidas por princípios morais abstratos, que razão há para descrever o Judiciário, mas não o legislador, como ‘guiado pela lei’?”.

absoluto por parte do Parlamento¹⁰³, ou, como diria Carl Schmitt, um *ultimum sapientiae*, com uma credibilidade edificada sobre o controle do governo e a influência nas nomeações de ministros¹⁰⁴.

A crença democrática do Parlamento baseia-se, nessa toada, na aferição tradicional lembrada por Carl Schmitt de que, diante da impossibilidade de reunião pessoal de todos os membros da comunidade, o Parlamento é uma comissão do povo e o governo uma comissão do Parlamento¹⁰⁵.

O mestre de Westfalen, todavia, desdenha da premissa, principalmente a partir de uma tentativa de construção racionalista do Parlamento capitaneada por Rudolf Smend. De acordo com este autor, a razão do Parlamento decorreria de um jogo de opostos e opiniões a concluir-se na “vontade correta do Estado”: “O essencial do Parlamento é, portanto, a discussão pública de argumentos e contra-argumentos, os debates e conversações públicas e a parlamentação, que no entanto ainda não é democracia”¹⁰⁶.

Para Guizot, a essência do sistema parlamentar, que coloca o direito no controle do poder, parte de três premissas: 1) que os poderes discutam e busquem juntos a verdade; 2) que o Estado seja transparente para permitir o controle pelos cidadãos; 3) que a liberdade de imprensa incentive a busca da verdade pelos cidadãos e isto reflita nos próprios poderes¹⁰⁷.

Na prática, contudo, Schmitt identifica que de modo algum as decisões parlamentares advêm do balanceamento de opiniões ou debates, tendo o Parlamento – num sentido amplo - se convertido em simples fachada da representação popular.

¹⁰³ GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Parliament sovereignty*. p. 278-279. Ainda o mesmo autor: “In his classic exposition of the doctrine, A. V. Dicey described it as the ‘dominant characteristic of our political institutions’, ‘the very keystone of the law of the constitution’. It is said that Parliament is able to enact or repeal any law whatsoever, and the courts have no authority to judge statutes invalid for violating either moral or legal principles of any kind. Consequently, there are no fundamental constitutional laws that Parliament cannot change, other than the doctrine of parliamentary sovereignty itself. As a political scientist has put it, ‘there is a sense in which the British Constitution can be summed up in eight words: What the Queen in Parliament enacts is law’”. No vernáculo: “Em sua clássica exposição, A. V. Dicey descreveu [a soberania parlamentar] como ‘a característica dominante das nossas instituições políticas’, ‘a pedra angular da lei constitucional’. Diz-se que o Parlamento é capaz de aprovar ou revogar qualquer lei e os tribunais não têm autoridade para julgar inválidos estatutos por violarem tanto os princípios morais ou legais de qualquer tipo. Consequentemente, não existem leis constitucionais fundamentais que o Parlamento não possa mudar, exceto pela própria doutrina da soberania parlamentar. Como os cientistas políticos afirmam, ‘há um consenso de que a Constituição Britânica pode ser resumida em oito palavras: o que a Rainha no Parlamento decreta é lei’”.

¹⁰⁴ SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. p. 33.

¹⁰⁵ SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. p. 34.

¹⁰⁶ SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. p. 34.

¹⁰⁷ SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. p. 34-35.

Comissões cada vez mais restritas de partidos ou de coalizões partidárias tomam decisões a portas fechadas, e aquilo que os representantes dos grandes interesses capitalistas decidem em comitês fechados é talvez mais importante do que quaisquer decisões políticas, para o dia-a-dia e o destino de milhões de pessoas¹⁰⁸.

E a partir do momento em que a construção legislativa e, no caso do parlamentarismo, o controle do próprio governo, parte de um conflito puro de interesses – e não de opiniões, como pretendia Gentz -, parece-nos que o *judicial review*, como será mais adiante explorado, mostra-se como uma técnica no mínimo importante para uma tentativa de resgate da democracia.

E assim como Goldsworthy já destacou, numa compreensão romano-germânica resta difícil compreender o Parlamento como soberano, acima mesmo das bases do Estado, capaz de sobrepujar o controle de constitucionalidade por outros órgãos, sobretudo o Judiciário.

1.2 A DEMOCRACIA SOB VIÉS CRÍTICO

Fruto de evolução das concepções mais tradicionais da democracia, os modernos e pós-modernos passaram a trabalhar o conceito, alongando-o principalmente sobre a questão da representação e desenvolvendo variações que melhor se traduzem em efeitos práticos da democracia.

1.2.1 LOEWENSTEIN, LIBERDADE DE ESCOLHA E MODELOS UNIVERSAIS

No século XIX, o desenvolvimento democrático alemão fora mais perceptível nas regiões fronteiriças com a França, passando a sofrer a influência intelectual decorrente da proximidade física com aquela. Nesta época, Lassalle

¹⁰⁸ SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. p. 48.

sustentou em seu *Programa Operário* o sufrágio universal como meio para atingimento das reformas político-sociais¹⁰⁹. Em 1862, o socialista defendeu, nas bases do sistema, que por trás de cada órgão deve existir uma força política que o sustente. Dessa forma, no regime representativo, a influência do rei e da câmara mede-se proporcionalmente às forças políticas que amparam um ou outro¹¹⁰.

Não se deve olvidar, dentre a doutrina alemã, acerca dos escritos de Karl Marx. Mas o tempo demonstrou que o ideário de uma era da igualdade revelou, em verdade, um dos instrumentos de opressão mais eficazes politicamente conhecidos:

É uma ilusão infantil acreditar que os abusos, inevitáveis num Estado comunista, possam ser susceptíveis de ser temperados por um sistema de governo democrático, ou seja, pelo fato de que os governantes sejam escolhidos pelos governados. Pois num regime que disporia, de uma só vez, de todos os gêneros de favores e de todos os gêneros de punições, que teria à sua disposição todos os meios de propaganda e todos os instrumentos de mistificação, que não permitiria qualquer organização a não ser a própria, nem qualquer discussão dos seus meios de governo – o sufrágio universal dará sempre necessariamente respostas favoráveis aos governantes. Uma única circunstância poderia abalá-lo, ou seja, no caso de haver graves dissentimentos entre os próprios governantes, sobretudo se estes dissentimentos se manifestassem por guerras civis, golpes de Estado de pretorianos ou por assassinatos políticos¹¹¹.

Adiante, a teoria de *democracia constitucional* de Karl Loewenstein, trata esta como *configuração triangular do poder*, fundado em três bases: Parlamento, governo e povo. Para o jurista tedesco, todo poder emanaria do povo e tanto o governo, como o parlamento¹¹², deveriam estar de acordo com tal vontade. E, além disso, as eleições livres perfazem uma seara na qual competem as ideologias e as forças sociais que as promovem¹¹³.

Próximo ao jurista alemão, Maurice Duverger defende que a soberania popular é a base do poder, inclusive limitando seu exercício por parte dos escolhidos. Para ele, a estrutura governamental tem como fundamento o pluralismo político e a separação de poderes. Além disso, os governados gozam de liberdades públicas e as

¹⁰⁹ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 265.

¹¹⁰ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 267.

¹¹¹ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 281.

¹¹² Sobre a função política do Parlamento, ver: CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*.

¹¹³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. p. 91.

prerrogativas que estes conferem aos governantes são limitadas de acordo com a vontade desse povo¹¹⁴.

Em sua construção, Loewenstein destaca a especificidade de cada tipo de democracia constitucional, muitas vezes assimiladas tradições e experiências locais, não havendo um modelo que possa ser considerado adequado para todas as nações¹¹⁵.

Mesmo assim, faz uma distinção entre cinco modelos fundamentais de democracia constitucional: 1) democracia direta – quando o povo, organizado como eleitorado, é o preponderante detentor do poder; 2) governo de assembleia – quando o parlamento, como representante do povo, é o preponderante detentor do poder; 3) parlamentarismo – equilíbrio entre parlamento e governo, independentes detentores do poder, por meio da integração do governo (gabinete) no parlamento, podendo haver uma ligeira preponderância de um sobre o outro; 4) presidencialismo – quando os detentores do poder, parlamento e governo, permanecem separados, mas obrigados constitucionalmente a cooperarem para formação da vontade estatal, havendo um destaque de liderança para o Executivo; 5) governo diretorial – tratando do governo suíço em face de sua estrutura colegial¹¹⁶.

Citando Weber, Loewenstein afirma que o modelo ideal seria aquele nos quais governo e parlamento, enquanto detentores do poder, se vissem em uma posição simetricamente igual, sem que nenhum dominasse o outro. Mas adverte que tal modelo é utópico:

Ha resultado ser ley natural del Estado constitucional que el centro de gravitación política oscile constantemente de tal manera que una vez la hegemonía yace em la asamblea legislativa y otras veces el liderazgo político lo ostenta el gobierno. En los tiempos de normalidad tiende a incrementarse el peso del parlamento y em tiempos de crisis el del gobierno¹¹⁷.

¹¹⁴ DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. p. 53.

¹¹⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. p. 91.

¹¹⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. p. 91-92.

¹¹⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. p. 92. No vernáculo: “Tem resultado ser a lei natural do Estado Constitucional que o centro de gravitação política oscile constantemente de tal maneira que por vezes a hegemonia esteja no Legislativo e outras vezes a liderança política se sustenta no governo. Nos tempos de normalidade tende-se a incrementar o peso do parlamento e nos tempos de crise, o do governo”.

No entanto, apesar da gravitação natural, ressalta que desde o final do século XIX o mundo desafia uma crise ininterrupta, o que significa um grave fortalecimento dos governos em detrimento dos parlamentos¹¹⁸.

Hodiernamente, no entanto, temos assistido a uma nova ascensão, decorrente do papel que passa a ser exercido pelo Judiciário.

De qualquer forma, Loewenstein destaca que os motores propulsores das três instituições que perfazem o jogo do poder – parlamento, governo e povo – são os partidos políticos, “las fuerzas incentivadas de la vida política en una democracia constitucional”¹¹⁹.

Assim, para Loewenstein, não há democracia sem partido político.

1.2.2 O CENÁRIO BELIGERANTE DE PRZEWORSKI

Adam Przeworski, professor da Universidade de Chicago, desenvolveu impactante teoria acerca da democracia. Para ele, a democracia deve ser comparada a um cenário beligerante¹²⁰.

De acordo com o professor, a democracia somente possui sentido se garantida por um balanceamento natural inerente à disputa pelo poder. Assim, como já dissemos, “as instituições são garantidas, mas colocadas à prova sempre que ocorrem as eleições, marcadas pela sua sensação de insegurança”¹²¹.

Nessa toada, o jogo pendular pelo poder – também alcunhado de *fair play* ou *tiquet au Retour* -, se traduz em alternância no poder e ausência de garantias de perpetuidade. Assim, aquele que alcança o poder, para se manter terá que vencer a oposição que lhe é imposta. E quando a oposição vence, o jogo se inverte.

¹¹⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. p. 92. Ainda: “Mas, se por um lado, percebe-se, desde o início, esse fenômeno de ‘destaque’ do Poder Executivo, por outro, evidencia-se sua preponderância sobre os demais Poderes, à vista da dinamização da burocracia do Estado da metade do século XIX para a frente, bem como, com o surgimento do Estado Social, já no entre-guerras, sofre acentuado aceleramento”. BEÇAK, Rubens. *A hipertrofia do Executivo brasileiro*. p. 7.

¹¹⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. p.93. No vernáculo: “as forças incentivadoras da vida política em uma democracia constitucional”.

¹²⁰ PRZEWORSKI, Adam. *Transition to democracy*.

¹²¹ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademar. Técnicas de controle de constitucionalidade e ativismo judicial na efetivação da democracia. p. 176.

O saudoso processualista gaúcho Ovídio Araújo Baptista da Silva, em seu clássico *Processo e ideologia*, fez a seguinte ponderação: “Por sua vez, também a democracia caracteriza-se por ser um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais”¹²².

Isso significa que a democracia, para a manutenção de sua configuração popular, livre e equânime, necessita, a todo tempo, da oposição testando o governo de situação, de maneira que, nesse embate, se garanta a própria essência da democracia. A possibilidade de se auferir o poder a qualquer tempo, dentro das regras eleitorais, e a ausência de uma garantia de perpetuidade promovem, dessa forma, o jogo democrático.

Nesse sentido, assevera o professor de Chicago:

Hence, if democracy is not to evolve into a de facto dictatorship, democratic institutions must furnish the losers with instruments to counteract these effects. They must, in other words, protect the power of the minorities. If they do not, democracy will not be stabilized, since those who have lost in the first rounds of democratic competition will have good reasons to fear that they would never have a fair chance¹²³.

Esse é um quadro de necessidade de desenvolvimento da oposição, como instituto que garante não só o exercício da democracia, mas sua própria essência.

Biscaretti di Rufia, nessa linha, assevera que o sistema deve obedecer a “oscilação do pêndulo”, de forma que, ainda que obedecendo ao deliberado pela maioria, não olvide a tutela das minorias, e, ainda, assegure a constante possibilidade de alternância do poder¹²⁴.

A professora Monica Caggiano, em continuidade, ressalta a posição de Raymond Aron, que fala em “concorrência pacífica”, e, ainda, Hauriou, Gicquel e Gélard, para quem “a oposição de hoje tem por vocação natural se transformar no poder de amanhã”, conduzindo à necessidade de uma “parceria compreensiva”¹²⁵.

¹²² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*. p. 304-305.

¹²³ PRZEWORSKI, Adam. *Sustainable democracy*. p. 40-41. No vernáculo: “Por isso, se a democracia não quiser evoluir para uma ditadura de fato, as instituições democráticas devem fornecer aos perdedores instrumentos para contrariar esses efeitos. Elas devem, em outras palavras, proteger o poder das minorias. Se não o fizerem, a democracia não estará estabilizada, e mesmo aqueles que perderam nas primeiras rodadas da competição democrática terão bons motivos para acreditar que eles nunca tiveram uma chance justa”.

¹²⁴ RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*. p. 61 e ss.

¹²⁵ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política*. p. 39.

Nesse sentido, destacam-se três elementos: a) a tolerância, por parte de quem exerce o poder; b) a concorrência, para aqueles que visam alcançá-lo; c) a alternância, entre ambos¹²⁶.

Sem dúvida, a construção acaba recaindo sobre a ideia de pluralismo, conforme conceitua, com base em Häberle, o mestre Paulo Bonavides:

A força produtiva do pluralismo nasce, segundo aquele publicista, do jogo alternativo do dissenso e do consenso, que estabelece por igual a unidade – aberta – da *res publica*, pressupondo-se nessa concepção um desenvolvimento contínuo do pluralismo como teoria e como práxis da Constituição¹²⁷.

Nota-se, assim, que o que se busca garantir com a oposição não é meramente a participação, mas a real interveniência no processo decisório, tanto das maiorias, como das minorias, sem que se sugira uma inversão de tais ordens, com a ampla possibilidade, sempre aberta, de aquele que faz oposição vir a se tornar, legítima e democraticamente assegurado, governo.

1.2.3 DAHL E AS POLIARQUIAS

Dahl talvez possua uma das teorias mais fascinantes sobre a democracia, sem dúvida uma das mais realistas. O emérito professor da Universidade de São Paulo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao dispor sobre a dificuldade e a ilusão na busca de um único conceito sobre a democracia, ressalta: “Forçoso é reconhecer que a concepção poliárquica é certamente a aproximação possível do ideal democrático”¹²⁸.

Basicamente, Robert Dahl, professor de Yale, prefere falar em “poliarquia” e seus graus. Isto porque a democracia seria comparada a um nível ideal, ao passo que a poliarquia apresentaria graus de maior ou menor nível democrático. O grau de poliarquia dependeria, grosso modo, de dois fatores: a) da possibilidade de participação popular; b) do grau de oposição permitido¹²⁹.

¹²⁶ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política*. p. 39. Ver também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*.

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 514.

¹²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. p. 218.

¹²⁹ DAHL, Robert. *Polyarchy – Participation and Opposition*.

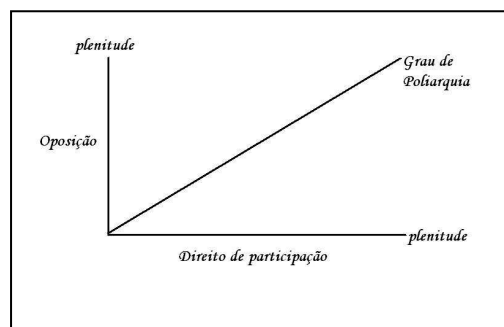
A base de seu pensamento é o pluralismo, com possibilidade de participação política – *decision maker* – na maior parte dos setores sociais. A poliarquia é um regime onde há consonância, alinhamento, convergência das perspectivas do povo à atuação governamental.

Ainda para o professor norte-americano, a democracia, embora de conceituação impossível, está associada à ideia de liberdade, concepção bastante difundida entre nós por Karl Loewenstein¹³⁰.

O professor Canotilho lembra que

a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade *aberta e activa*, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade económica, política e social¹³¹.

Robert Dahl traça um esquema representativo ordenado por dois vetores, sendo que um, vertical, indicaria a presença de *oposição (contestação pública)* e outro, horizontal, refletiria o *direito de participação em eleições a cargos públicos*. O traço encontrado do cruzamento dos dois vetores indicaria o *grau de poliarquia*, sendo que a linha média máxima indicaria a plenitude, isto é, um ponto de equilíbrio perfeito entre a *oposição* e o *direito de participação*.



Ainda, para Dahl há sete conjuntos de condições que aumentam significativamente as possibilidades de oposição e participação: sequências históricas, grau de concentração na ordem socioeconômica, nível de desenvolvimento socioeconômico, desigualdades, clivagens subculturais, controle estrangeiro e crenças de ativistas políticos¹³².

Isso leva à conclusão de que *participação* isolada, ou mesmo a *oposição* solitária, leva a um quadro de baixo grau de poliarquia ou, como se queira, a uma democracia deficiente. Nesse sentido, ambas precisam se equilibrar para construir um

¹³⁰ Para os europeus, a “deusa democracia”.

¹³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. p.289.

¹³² DAHL, Robert. *Poliarquia e oposição*. p. 50.

regime democrático, quiçá, pleno, em seu último grau. O processo de ampliação dos dois elementos gráficos conduz ao que podemos chamar de *democratização*¹³³.

É o que ressalta a professora Monica Caggiano:

Foi Robert Dahl a apontar a relevância dos fatores **participação política e oposição na configuração democrática**. Ressalta a evidência, aliás, que a mera participação se afigura insuficiente. Esta não conduz necessariamente a um regime democrático, podendo, ao invés, implicar na instalação do **populismo** e não há que ignorar, também, que a mobilização das massas é tática característica do totalitarismo. **Demanda-se, assim, como contraponto, a livre atividade da oposição, porquanto só assim estará assegurada interveniência no cenário decisório às maiorias e às minorias**, estas inexpulsáveis da plataforma política em ambientes democráticos¹³⁴.

Esse jogo de equilíbrios, novamente, como ocorrera em tantas outras conceituações, relaciona o conceito de democracia como dependente de outros conceitos. Aqui, a democracia somente pode ser construída a partir do equilíbrio entre oposição – conceito já lançado – e participação – tema superficialmente tratado. Daí afirmar Dallari que a participação política, enquanto direito e dever, é a realidade da “natureza associativa do ser humano”¹³⁵.

1.2.4 KELSEN, O POVO E OS PARTIDOS POLÍTICOS

Kelsen inicia sua dissertação sobre a democracia tratando do valor liberdade. A princípio, lança a ideia de que a igualdade conduziria ao pensamento de que ninguém deve mandar em ninguém. Mas, anota, “a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a

¹³³ “A wise democratic government will certainly absorb the most popular ideas of the opposition and often incorporate them into its own program, much to dismay of its political opponent”. EHRMANN, Henry W. *Democracy in a changing society*. p. 11. No vernáculo: “Um prudente governo democrático certamente absorverá as ideias mais populares da oposição e frequentemente incorporá-las em seu próprio programa, para desgosto de seu oponente político”.

¹³⁴ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo*.

¹³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política*. p. 38.

ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia”¹³⁶.

Mas essa liberdade não diz respeito totalmente ao Estado. O povo, como assevera Kelsen, em certa parte de sua vida é completamente livre do Estado, e possuem apenas alguns de seus atos protegidos e ordenados pela ordem estatal¹³⁷.

Na construção do pensamento, continua o jurista austríaco: “Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo”¹³⁸.

Para Burdeau, “se é verdade que não há democracia sem governo do povo pelo povo, a questão importante está em saber o que é preciso entender por povo e como ele governa”¹³⁹, até “porque, se é sempre o povo que governa, não é sempre o mesmo povo”¹⁴⁰.

Segundo Kelsen, o povo é sim uma unidade, mas, considerando a multiplicidade dos distintos grupos, apenas no sentido normativo, vale dizer, uma “ficção” universalmente aceita. O que os torna, de certa forma, um “povo” é a submissão à mesma ordem jurídica estatal, que coordena um sistema de atos individuais¹⁴¹. Por essa razão é que classifica o povo como “objeto do poder” em sua larga escala e como “sujeitos do poder” apenas na medida em que “participam da criação da ordem estatal”, o que acaba gerando dois “tipos” de povo, já que nem todos participam de tal processo criativo. Este povo que participa do processo de criação da vontade do Estado, goza, em seus dizeres, de “direitos políticos”¹⁴².

Essa limitação é assumida por Kelsen como característica da ideologia democrática e nem por isso a ordenação do Estado deixaria de ser considerada democracia.

Mais adiante, o jurista faz uma distinção entre os titulares de tais direitos políticos que os possuem e aqueles que realmente o exercem. Para ele, o povo, “que

¹³⁶ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 27.

¹³⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 36.

¹³⁸ KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. p. 30. No vernáculo: “Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder do Estado, governo do povo sobre o povo”.

¹³⁹ BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. t.5. p. 571.

¹⁴⁰ BURDEAU, Georges. *A democracia*. p. 15.

¹⁴¹ KELSEN, Hans. *A democracia*. p.36.

¹⁴² KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 37.

representa o substrato da ideia democrática, é o povo que comanda, e não o que é comandado”¹⁴³.

Na massa daqueles que, exercendo efetivamente os seus direitos, participam da formação da vontade do Estado, seria preciso fazer uma distinção entre aqueles que, como massa sem juízo, se deixam guiar pela influência dos outros, sem opinião própria, e aqueles poucos que intervêm realmente com uma decisão pessoal – segundo a ideia de democracia -, conferindo determinada direção à formação da vontade comum¹⁴⁴.

Tal concepção leva à conclusão de que é no partido político que parte essencial da vontade geral se realiza: “A moderna democracia funda-se inteiramente nos partidos políticos, cuja importância será tanto maior quanto maior for a aplicação encontrada pelo princípio democrático”¹⁴⁵. Até porque o indivíduo isolado não possui qualquer existência real em relação à capacidade de influenciar na vontade do Estado.

E por serem órgãos de formação da vontade do Estado, é que se defende a base constitucional dos partidos, como o faz a nossa Constituição. Para Kelsen, a hostilidade aos partidos, enquanto agenciadores das vontades e ideologias dos grupos, é uma hostilidade contra a própria democracia¹⁴⁶.

Nessa razão, o ex-professor de Berkeley, entende que, num primeiro instante, não existe o “povo”, mas que ele se constrói a partir da evolução democrática e, exclusivamente, por meio do agrupamento de massas de indivíduos isolados que constituem partidos políticos e desencadeiam forças sociais¹⁴⁷. Dessa forma, surge uma noção real de povo, como participante do processo político, afastando-se da concepção ideal. Mais do que isso: surge a ideia realista de que o direito político acaba se

¹⁴³ KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. p. 34-35.

¹⁴⁴ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 38.

¹⁴⁵ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 39.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 40-41. Lembra o magistério do ilustre professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao tratar da Constituição de 1969: “Com efeito, é através dos partidos políticos que o povo há de determinar o governo, conforme é inerente à Democracia. Não lhe é aberta outra forma de participação política”. *Sete vezes democracia*. p. 69. Ainda, tratando de sugestões para um processo político democrático: “Completa-se o esquema com a valorização dos partidos. Para isto, o mais importante não é dar-lhes o monopólio das candidaturas, ou quebrar as oligarquias que pretendem dominá-los, mais útil será obrigá-los a exercer plenamente a função de formadores da opinião pública, de preparadores dos candidatos. Sua função educativa, pois. Para tanto, é mister que lhes sejam assegurados recursos públicos suficientes. Do contrário, ou nada farão ou sofrerão as tentações da corrupção”. *Sete vezes democracia*. p. 139.

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 42.

restringindo ao direito de voto e que, em verdade, as decisões são tomadas apenas por uma maioria parlamentar, já restrita em razão daqueles que foram eleitos¹⁴⁸.

1.2.5 OS RISCOS DA DEMOCRACIA EM BOBBIO

Para as democracias o que mais importa é compreender em que mãos pesam o poder decisório. Nas representativas, os representantes são legitimados para a produção das políticas públicas – *decision makers*. E respondem perante os cidadãos por meio de *free and fair elections*. Mais do que isso, a representação traduz a ideia de responsabilidade do representante perante o representado.

A dimensão política nos coloca diante da necessidade de participação efetiva da sociedade política no pólo decisional, o que exige uma ampla e permanente comunicação que passa pelos partidos políticos, que é o que assegura a canalização das perspectivas da sociedade com os representantes. Nessa dimensão, a representação exige mais do que a simples escolha, mas sim um permanente contato entre sociedade e detentores do poder político. E o canal de comunicação é o partido político, que acaba substituindo o elo do representante com sua origem¹⁴⁹.

Não é possível se furtar à obviedade de que a democracia traz riscos. Bobbio ressalta, por exemplo, que a democracia no espectro da mecânica da representação política conduz a governos pura e simplesmente da maioria¹⁵⁰.

Ao depois, a representação de interesses pode conduzir à ideia de barganha, o que esconde um risco inerente à própria representatividade. Há interesses que estão no substrato da representação. A representação no conduz à ideia da troca, da barganha, o que é um grande risco, embora lhe seja próprio. Não é demais lembrar que a representação política pode se prestar para operacionalizar tanto a democracia como quaisquer outros regimes, como o neocorporativismo¹⁵¹.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. p. 46-47.

¹⁴⁹ Essa posição acentuada na jurisprudência do STF já era prevista na Constituição kelseniana tchecoslovaca de 1920 e, hodiernamente, tem assento no artigo 160 da Constituição Portuguesa. Ainda: MALBERG, Carré de. *Teoria general del Estado*.

¹⁵⁰ É nessa ordem que critica o liberalismo enquanto não democrático. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. p. 7.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*.

A representação política também introduz um elemento dual na democracia. O representante tem duplo vínculo e não há como evitá-lo. Primeiro tem um vínculo com a necessidade de deliberar em prol do interesse comum. E isso não lhe retira o vínculo que mantém com a origem, os interesses locais, de quem o auxiliou na conquista. Isso fragiliza a democracia, já que nas decisões há sempre o temor de que tais decisões atendam ao outro vínculo, particular, ou seja, da região, do local ou dos que colaboraram para a conquista do representante.

É nessa lógica que o STF hoje acentua o vínculo do parlamentar com o partido e não mais com a sua origem ou os interesses da nação¹⁵².

Por essa razão, a concepção democrática construída a partir das anotações de Bobbio deve ser aquela mesma utilizada para designar a representação política, conforme anteriormente visto, mas sempre com o cuidado de se criar um ambiente imune às ingerências de outros interesses que não os comuns. Por conta disso, a preocupação de que o representante esteja afinado com a ideologia partidária e não com inclinações particulares.

1.2.6 SARTORI E A DEMOCRACIA POLÍTICA

Aceitando a ideia de que as democracias se diferenciam conforme os contextos históricos e ideais diferenciados, Giovanni Sartori trata da impossibilidade de se conceber um único modelo de democracia. No entanto, entende que o uso indiscriminado do conceito exige uma atenção no sentido de se procurar ao menos uma melhor aproximação.

Para ele, o conceito básico de governo do povo necessita de certa ponderação. Governo do povo não pode trazer, como em Rousseau, a ideia de que o próprio povo irá exercê-lo, e nem que a maioria o fará. Em verdade, a divisão entre maioria e minoria se presta a decidir quem é que receberá a incumbência de exercer o poder, em nome do povo. Assim o “princípio da maioria”¹⁵³ aparece como método que melhor satisfaz a necessidade de eleições.

¹⁵² MS 26.602, 26.603 e 26.604.

¹⁵³ Sublinhamos a expressão porque somos da opinião de José Afonso da Silva: “A questão dos princípios da democracia precisa ser reelaborada, porque, no fundo, ela contém um elemento reacionário que

Para Giovanni Sartori, ao tentar definir o que a democracia não é, deve-se ter em mente que ela representa um sistema no qual a ninguém é dado se autoproclamar governante e a ninguém pode assumir em seu próprio nome um poder irrevogável. Além disso, embora seja do povo, ninguém deteria propriedade sobre tal poder.

Ao tentar atualizar o tema, Sartori compreende a democracia em nível macro como a coletivização das decisões, isto é, a tomada de decisões por alguém para outras pessoas. A coletivização das decisões, para ele, depende de custos internos e externos. Internos dizem respeito aos próprios tomadores de decisão; externos, em relação aos destinatários¹⁵⁴. O crescimento do órgão decisório significa maior custo interno e, ao mesmo tempo, menor custo externo. Há, assim, uma relação diretamente inversa entre os custos.

Daí advém a busca por um equilíbrio entre os custos. Sartori sugere três variáveis: número de pessoas tomadoras da decisão, forma de selecionar os indivíduos e as regras de tomada de decisões. Como a dilatação do núcleo decisório torna cada vez mais inviável a tomada de decisões, a base representativa se avizinha como a única capaz de oferecer soluções adequadas¹⁵⁵.

Para tanto, Sartori oferece a projeção dos comitês, como órgãos que, em sistema de teia, se oferecem como hábeis na conexão povo-representantes. O comitê possui três características básicas: durável e institucionalizado, pequeno grupo de interação próxima e decisões tomadas com base em um fluxo de resoluções¹⁵⁶. Sartori acredita que todas as decisões políticas são tomadas com base nesse sistema, inclusive as provenientes do próprio governo central, e, mais, sempre interagindo com outros comitês¹⁵⁷.

escamoteia a essência do conceito, mormente quando apresenta a *maioria* como princípio do regime. Maioria não é princípio. É simples técnica de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, não no interesse da maioria que é contingente. O interesse geral é que é permanente em conformidade com o momento histórico. É certo também que, na democracia representativa, se utiliza também a técnica da maioria para a designação dos agentes governamentais. Mas, precisamente porque não é princípio nem dogma da democracia, senão mera técnica que pode ser substituída por outra mais adequada, é que se desenvolveu a da representação proporcional, que amplia a participação do povo, por seus representantes, no poder. Mesmo assim o elemento maioria é amplamente empregado nos regimes democráticos contemporâneos. Uma análise mais acurada, porém, mostra que essa maioria, representada nos órgãos governamentais, não corresponde à maioria do povo, mas a uma minoria dominante". *Curso de direito constitucional positivo*. p. 130.

¹⁵⁴ SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. p. 289.

¹⁵⁵ SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. p. 294-297.

¹⁵⁶ CAMPOS, Rosana Soares. *Escolhas políticas, decisões econômicas, consequências sociais*. p. 36.

¹⁵⁷ SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. p. 304-305.

Evidentemente que a inserção nos comitês não torna possível que todos participem do processo decisório, mas, novamente, a saída é a representatividade, aqui ainda maior, dos excluídos de tal processo. Assim, os comitês também acabam prestigiando o grito das minorias.

Isso garante o suporte da opinião pública¹⁵⁸, tão procurado na construção de Sartori. A opinião pública não apenas legitima o exercício da democracia, “como age, a seu turno, na plataforma do **controle incidente sobre este mesmo poder e a imposição de seus limites**”¹⁵⁹.

Nesse ponto nasce a preocupação da busca de um equilíbrio entre maioria e minoria, mantendo-se o saudável quadro de oposição. É que num contexto pluralista não há como olvidar do grito minoritário, esmagando-o e pondo fim à oposição que mantém a balança da democracia¹⁶⁰.

Há de se lembrar, nessa toada, em Carl Schmitt, que o posicionamento dos partidos dominantes, gozando do exercício do poder, pode verter a própria lógica partidária, transformando-a no próprio Estado. Essa “mais-valia política” conduziria ao esmagamento progressivo das minorias¹⁶¹. Nas palavras do mestre de Plettenberg, “quem domina 51% pode tornar ilegal, legalmente, os 49% restantes”¹⁶².

Assim, o esforço sartoriano, muito mais do que com o conceito de democracia, é com a justificação do poder. Vale dizer, a base do poder democrático é o oferecimento de oportunidade para a real representatividade, não apenas das maiorias, mas também das minorias. Não se negue que isso acabou plantando as raízes da *democracia semidireta*, isto é, aquela em que o exercício é representativo, mas permeado por alguns elementos de participação popular. É que, como assinala José Afonso da Silva, a “democracia não teme, antes requer, a participação ampla do povo e de suas organizações de base no processo político e na ação governamental. Nela, as restrições a essa participação hão de limitar-se tão-só às situações de possível influência antidemocrática (...)”¹⁶³.

¹⁵⁸ SARTORI, Giovanni. *Teoria de La democracia*. p. 168.

¹⁵⁹ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo*.

¹⁶⁰ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política*.

¹⁶¹ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. p.49.

¹⁶² SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. p.46.

¹⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 136.

1.3 NOVOS RUMOS PARA A DEMOCRACIA?

A democracia é um regime delicado, que se apresenta extremamente exigente com a sociedade, com as instituições e com o poder e seus detentores. Schumpeter relembra que a democracia traz entre suas virtudes o contentamento que advém do sentimento de que, em geral, a política está de acordo com as próprias ideias de como ela deve ser, a coordenação das políticas com a opinião pública e a atitude dos cidadãos em confiar e cooperar com o governo¹⁶⁴.

É sempre atual a lição de Mosca e Bouthoul:

Em geral pode-se considerar que os regimes autocráticos são mais duráveis que os que se fundam no sistema liberal, porque estes são organismos políticos delicados. Não podem funcionar de maneira eficiente senão quando a mentalidade dos povos que os adotam o permite, e em épocas de florescimento intelectual e prosperidade econômica. Seria erro acreditar que os regimes liberais funcionam na realidade com o consentimento explícito da maioria dos cidadãos. Como vimos nos trabalhos precedentes, no correr das eleições a luta se desenvolve entre diferentes grupos ou partidos organizados que possuem, cada um, meios de influenciar a massa amorfa dos eleitores. Estes não têm senão a possibilidade de escolher entre os representantes destes grupos¹⁶⁵.

Há quem critique a democracia, como Nietzsche e Sorel, sob o argumento de que a mediocridade do povo e suas preocupações de baixa importância não podem gerar bons frutos em termos políticos. Spengler, mesmo, atribui às ideias socialistas e democráticas a culpa pelo declínio ocidental e acredita que o culto da irresponsabilidade, típico na democracia, diminui a vitalidade do povo e faz se perder a coragem cívica. Mussolini, retomando tais ideias, ressalta que os sistemas representativos são mais mecânicos do que morais. Nos momentos de calma, confere-se ao povo o direito de escolha; nos momentos graves se lhe retira a coroa e se lhe instrui a agir conforme determinado por um governante¹⁶⁶.

Mosca e Bouthoul rebatem com maestria tais críticas: “o próprio da democracia é proceder por oscilações, praticando assim, espontaneamente, a compensação dos erros”. As alternâncias da opinião pública e o exercício do sufrágio

¹⁶⁴ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. p. 246.

¹⁶⁵ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 313.

¹⁶⁶ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 359-360.

representam propriamente uma pesquisa sociológica, mas, evidentemente, desde que esse exercício popular seja esclarecido e sereno, vale dizer, fora dos momentos de instabilidade institucional¹⁶⁷.

Ernesto Sábato, em discurso em 29 de outubro de 1986, proferiu sábias palavras nesse sentido:

Depois de muitos anos de equívocos, cheguei à conclusão de que de todos os regimes políticos, o menos mau é o democrático, porque é feito à medida do homem, à relatividade do ser humano e a esta luta incessante entre o bem e o mal. Por que há três poderes? Há um para administrar o país; outro para fazer as leis - uma comunidade não pode viver sem leis, justamente para castigar o mal - e há um poder judicial que aplica as leis. O que torna a democracia possível é esse equilíbrio precário, delicado, difícil. De fato, a democracia é um regime sem cores vivas, medíocre. Por isso, os jovens - não os condeno porque quando fui jovem fiz o mesmo - são propensos a condenar a democracia. Mas é ela que permite que o lobo-homem de Hobbes tenha o menor ganho possível¹⁶⁸.

A condenação da democracia por conta de sua fragilidade e a tentativa da esquerda de torná-la perfeita é, como diria Bobbio, Matteucci e Pasquino, o comportamento das filhas de Pelia, que cortaram em pedaços o velho pai pretendendo que o mesmo viesse a renascer¹⁶⁹. Mas é justamente a falta da democracia que faz acender a luz de que esse regime frágil e defeituoso é a melhor saída para o governo dos cidadãos. Como afirma Amantino, “se é possível buscar algum efeito positivo nas ditaduras que se espalharam pela América Latina, a valorização da democracia certamente deve ser um deles”¹⁷⁰.

Para alguns a fragilidade democrática estaria no pressuposto de que o povo, na verdade, está muito longe das preocupações acerca do exercício do poder.

Amantino lembra que Schumpeter critica a teoria clássica da democracia pela tentativa de oferecer resposta a um suposto bem comum, mas a vontade e as pretensões dos indivíduos são tão vagas e distintas que uma tentativa de vincular a democracia a um desejo geral fatalmente irá gerar descrédito do regime¹⁷¹.

Nesse trecho, apoiado em Freud, Schumpeter aponta a irracionalidade e o estado de êxtase fabricados por uma multidão psicológica, afetando sensivelmente a

¹⁶⁷ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 360.

¹⁶⁸ In: AMANTINO, Antônio Kurtz. Democracia: a concepção de Schumpeter.

¹⁶⁹ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. p. 14.

¹⁷⁰ AMANTINO, Antônio Kurtz. Democracia: a concepção de Schumpeter.

¹⁷¹ AMANTINO, Antônio Kurtz. Democracia: a concepção de Schumpeter.

vontade do eleitor-mandatário. É, nos dizeres de Baudrillard, a verdadeira concepção de “massa”¹⁷² desvirtuando as pretensões dos comandados, principalmente em vista da suposta “distância” entre a sua decisão e a realização da coisa pública.

Interessante de se observar que em democracias ainda jovens a preocupação com o exercício esclarecido do direito de escolha deve permear todo o envoltório eleitoral. No Brasil, as propagandas do Tribunal Superior Eleitoral são sempre no sentido de esclarecer a importância de um voto consciente. Em outra via, nossa legislação eleitoral prevê como ilícitas atitudes que visem ludibriar a vontade popular, ao invés de esclarecê-la, como a “compra de votos” (crime nos termos do artigo 299 do Código Eleitoral), a “captação ilícita de sufrágio” (causa de inelegibilidade – artigo 41-A da Lei 9.504/97) e, principalmente, o “abuso do poder econômico”¹⁷³ (causa de inelegibilidade, nos termos do artigo 19 da Lei Complementar 64/90).

A garantia de um voto *livre* – decorrente do voto *secreto* - não se impõe apenas em face do Poder Público, mas também dentro de relações privadas (*Drittwirkung*). Dentro desse escopo, fundamental que o Estado ofereça condições ao eleitor de exercer livremente o seu sufrágio¹⁷⁴, perseverando a construção democrática.

Amantino lembra, nessa toada, que as técnicas de publicidade comercial utilizadas na política – como ocorre, v.g., no abuso do poder econômico – são a tentativa de tornar irracional o exercício do direito de escolha. Ou, como diria Schumpeter, “a vontade do povo não é o motor do processo político, senão o seu produto (*vontade manufaturada*)”¹⁷⁵.

Uma outra crítica, bem distinta, parte de Charles Maurras, para quem a democracia é regime sujeito a flutuações baseadas no entusiasmo dos eleitores, muitas vezes preocupados com o interesse meramente particular: a “autoridade não deve depender do entusiasmo e para isto sua estabilidade não deve ficar limitada à vida de

¹⁷² “Caixa preta de todos os referenciais, de todos os sentidos, que não admitiu, da história impossível, dos sistemas de representação inencontráveis, a massa é o que resta quando se esqueceu tudo do social”; e “As massas não são mais um referente porque não têm mais natureza representativa. Elas não se expressam, são sondadas. Elas não se refletem, são testadas”. BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas*. p. 12 e 22.

¹⁷³ Ainda, o artigo 237 da Lei 4.737/65: “A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos”.

¹⁷⁴ “O sufrágio é um *direito público subjetivo democrático*, que cabe ao povo nos limites técnicos do princípio da universalidade e da igualdade de voto e de elegibilidade. É direito que se fundamenta, como já referimos, no princípio da soberania popular e no seu exercício por meio de representantes”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p.355.

¹⁷⁵ AMANTINO, Antônio Kurtz. Democracia: a concepção de Schumpeter.

um homem mas – ao menos para o poder supremo, fonte de todas as outras formas de autoridade – a uma longa linhagem”¹⁷⁶. A política deveria ter por base a experiência e não apenas o impulso e a vontade da maioria.

Maurras credita a Ordem à autoridade, vista como estável e duradoura, isto é aquela nascida no seio da aprovação popular. Nesse ponto de vista, o autor não vê diferença substancial entre regimes distintos, mas meramente formal, pois tanto a ditadura como o parlamentarismo necessitariam de tal aprovação.

De um lado há que se registrar quão ingênua e romântica é a posição de Charles Maurras para manifestar-se tão propriamente favorável por um governo de um ou poucos, como seria de um déspota esclarecido, sem se atentar que a falta de oscilação pelo entusiasmo, em vista do poder estar nas mãos de um só, não significa jamais que as decisões sejam seguras, racionadas e tão menos tomadas no interesse amplo. Os abusos do Antigo Regime, como os narrados pelos autores da época, bem demonstram a verdade dessa afirmação.

E a medição da aprovação da autoridade não pode ser realizada senão em um ambiente esterilizado contra os germes que viciam a vontade popular. Em 2002, o então presidente do Iraque Saddam Hussein foi reeleito para um mandato de sete anos com 100% dos votos e taxa de participação popular também de 100%. E ninguém seria ingênuo o suficiente de acreditar que estaríamos de fato frente a uma aprovação popular unânime. Como nos lembra Alain, o cidadão deve aceitar a necessidade do poder, mas não adorá-lo; é imprescindível a possibilidade de se criticar aqueles que o exercem¹⁷⁷.

A fragilidade da democracia não consiste no fato de que o entusiasmo pode direcionar as decisões tomadas em meio ao regime. Isso é próprio da democracia e pretender refrear a vontade popular por se crer ser meramente entusiasta é, em verdade, o desvirtuamento da autoridade. Mais do que isso: é a conversão da democracia em uma indisfarçável tirania.

A substituição da vontade geral por vontades particulares é natural não da democracia, mas do próprio ser humano, o que significa que irá ocorrer sejam quantos forem aqueles que decidam em prol do todo¹⁷⁸. Além disso, Mosca e Bouthoul

¹⁷⁶ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 363.

¹⁷⁷ ALAIN. *Mars ou la guerre jugée*.

¹⁷⁸ “Para a teoria do ‘direito social’ o Estado não é senão um agrupamento político. Ao lado dele, existem grupos religiosos, econômicos, profissionais, culturais que em larga medida são independentes dele. Cada um possui seu próprio direito que não se pode identificar com o direito do Estado. É em vão que este tenta algumas vezes tudo absorver. Estes direitos particulares acabam sempre por renascer sob qualquer outra forma”. MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 370.

lembram: o “homem de Estado democrático é torturado pelo receio de desagradar. Se não quer ser despachado para o nada nas próximas eleições, é então conduzido a procurar antes o que agrada do que é efetivamente útil”¹⁷⁹.

As clássicas teorias democráticas até então não esclareciam como os elementos externos ao poder influenciavam o regime, muitas vezes preferindo definições perfeccionistas da democracia, sem se atentar aos desvios do modelo.

Menos românticos, no entanto, Schumpeter, Raymond Aron e Bobbio passaram a atacar a democracia em seu cerne, não com o objetivo de expurgar o regime, mas sim de apresentá-lo da forma como realmente aparenta ser.

A “deusa democracia” passa, assim, a ser a “humana democracia”, imperfeita e capaz de sofrer fortes influências do meio.

Schumpeter dedica grande parte de sua obra *Capitalism, socialism and democracy* à correlação entre a economia e a democracia, ressaltando o grau de complexidade que aquela assume frente aqueles que realmente possuem o poder de decidir como influenciará esta¹⁸⁰. O modelo do Estado do bem-estar social e aqueles que o seguiram impuseram aos governantes o desafio de ultrapassar o modelo liberal do *laissez-faire* e adentrar a um modelo de constituição econômica, em que o Estado passa a observar e, se necessário, intervir na economia.

O economista de Triesch revolucionou as teorias democráticas ao definir a democracia como um método:

A democracia é um método político, ou seja, um certo tipo de arranjo institucional para se alcançarem decisões políticas – legislativas e administrativas –, e portanto não pode ser um fim em si mesma, não importando as decisões que produza sob condições históricas dadas¹⁸¹.

Essa perspectiva passa a visualizar a democracia como um método utilizado para a tomada de decisões. Nesse sentido, é mencionada com frequência por Raymond Aron como um “jogo”, em que se conhece a periodicidade, as regras e a limitação do número de partidas e se busca o resultado positivo¹⁸². E a oposição deverá esperar as próximas eleições sem impedir o exercício do governo pelos vencedores.

¹⁷⁹ MOSCA, Gaetano, BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. p. 365.

¹⁸⁰ Ainda: BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?*

¹⁸¹ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. p. 304.

¹⁸² ARON, Raymond. *Ensayo sobre las libertades*.

E somente esse respeito às regras permite o pluralismo, isto é, existência de interesses e fins distintos. Como assevera Amantino, “um regime democrático exige consenso em relação aos meios (as regras do jogo) para que possa existir dissenso a respeito dos fins”¹⁸³. Ao depois, Bobbio ressalta que “nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria”¹⁸⁴.

Em crítica, Peter Bachrach fora mais idealista, afirmando que, a despeito de ser um método, a democracia deve ter uma finalidade ética, com o autodesenvolvimento do indivíduo a partir das decisões significativas da comunidade¹⁸⁵. Essa postura, no entanto, rompe com a realidade que fora propugnada por Schumpeter, partindo da ideia de que há um envolvimento amplo dos cidadãos no desenvolvimento e nas decisões governamentais, o que não ocorre. Tem sabor de lugar comum afirmar que os cidadãos estão muito mais preocupados com as decisões de caráter pessoal, mais próximas a eles, do que com aquelas que dizem respeito à coletividade. Como já tivemos a oportunidade de dizer, enquanto o voto em si é decisão próxima ao eleitor, os desdobramentos que circundam o cotidiano do eleito passam ao largo.

Em continuidade, Schumpeter, bem como Anthony Downs, Raymond Aron e Norberto Bobbio enfatizaram que a democracia é regulada pela garantia da livre competição mercadológica pelo voto. Os empresários políticos ofereceriam os bens públicos em contraprestação ao voto oferecido pelos eleitores – consumidores de tais bens.

Assim como no mercado, os políticos buscam maximizar seus lucros, com aumento dos votos, e os eleitores procuram obter cada vez mais vantagens (utilidades). O problema dessa parte da teoria é que ela desconsidera o anteriormente afirmado no sentido de que os cidadãos quase sempre estão muito mais preocupados com as decisões e vantagens pessoais do que as que possuem conteúdo coletivo. Isso, evidentemente, conduz à busca, pelo consumidor deste mercado, de utilidades também pessoais, não consubstanciadas na utilidade dos bens públicos. Aqui, novamente, outro vício de vontade combatido na maioria das democracias.

Schumpeter e Bobbio, todavia, apresentam uma consideração bastante pertinente, ao estabelecer a imprecisão dessa concorrência política na captura do eleitorado. Ambos partem da premissa de uma concorrência oligopólica, permeada por

¹⁸³ AMANTINO, Antônio Kurtz. Democracia: a concepção de Schumpeter.

¹⁸⁴ BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?* p. 56.

¹⁸⁵ Ver: BACHRACH, Peter. *Crítica de la teoria elitista de la democracia*.

elites ou oligarquias políticas na disputa pelo poder. O necessário para tornar o regime democrático é que essas elites se alternem e sempre possam realizar, com liberdade, a disputa pelo poder e a oposição ao escolhido, sem, contudo, impedir o exercício mandatário¹⁸⁶. Quem perde, nunca perde para sempre.

De forma mais sutil, é preciso que o pluripartidarismo seja garantido constitucionalmente, como condição imprescindível para a democracia.

Ao eleitor, nessa circunstância, resta escolher qual das oligarquias políticas deverá governá-lo, o que só não torna a democracia desprezível pelo fato de o eleitor “poder escolher” livremente a qual proposta elitista irá aderir.

No anseio de precisar “vender”, o partido se vê obrigado a abdicar de um programa que salvasse unicamente as propostas elitistas, e a incluir em sua pauta outras temáticas de ordem geral. Por isso não é incomum visualizar determinadas agendas em leve dissonância com as oligarquias que sustentam determinados partidos. Defender unicamente poucas ideias, pautas de alguns pequenos grupos, é muito estreito para obter aprovação da maioria dos eleitores. Mesmo os partidos mais empresariais precisarão lutar por alguns direitos trabalhistas; mesmo a bancada ruralista precisará garantir mínimas condições ambientais.

Assim, Schumpeter revolucionou a teoria democrática clássica, apresentando ideias mais realistas, considerando a ausência de maiores preocupações comunitárias por parte do eleitorado, a presença das elites políticas¹⁸⁷, a concorrência política como um mercado e a necessidade dessa concorrência se manter sempre ativa com base em algumas regras do jogo.

Mas são justamente os desvirtuamentos que ameaçam o equilíbrio democrático e as regras da partida que, muitas vezes, levam o Judiciário a intervir nas questões sensíveis da democracia.

¹⁸⁶ AMANTINO, Antônio Kurtz. Democracia: a concepção de Schumpeter.

¹⁸⁷ “No modelo de teoria elitista (diversamente formulado pelos seus adeptos, como Dahl, Sartori, Berelson, Lipset, Kornhauser, E. Schattschneider), podem assinar-le vários elementos caracterizadores: (1) na escolha das políticas alternativas, as camadas não-elitistas não participam activamente, podendo apenas apoiar ou rejeitar o programa das elites; (2) a limitação às elites das escolhas políticas é uma condição de sobrevivência do sistema democrático, ameaçado pelo excesso de perfeccionismo, pela demagogia democrática e pelo princípio da maioria; (3) as elites profissionais, para conseguir a estabilidade do sistema, esforçam-se por defender também os interesses das não-elites; (4) a reserva da política às elites é uma defesa contra o *working-class authoritarianism*, pois só as elites, em virtude de um intensivo processo de ‘socialização’ (cultura política), garantem o processo liberal e democrático”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1411-1412.

2. O ESTADO CONSTITUCIONAL, O JUDICIÁRIO E A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

Toda Constituição traz em si não apenas a realidade fática de um povo, mas também seus anseios para um futuro por vezes nem tão próximos. E nem mesmo precisaria nomear tais Constituições como *dirigentes* ou *programáticas*, como faria Canotilho ao tratar das *normas-tarefa* e *normas-fim* da Constituição Portuguesa de 1976¹⁸⁸.

Em verdade, é da natureza de toda lei fundamental refletir o aspecto social-econômico de um povo inserto em determinado território, precipuamente no tocante ao seu sentido material¹⁸⁹, sem perder de vista os objetivos e a implementação de certos programas em prol desse povo.

Essa conceituação é muito próxima daquela prevista por Bäumlin, para quem a Constituição é a um só tempo *ordem fundamental* e *programa de ação*¹⁹⁰.

Ademais, conforme preceitua Jorge Miranda, o que inaugura uma nova era constitucional não é a aprovação de uma Constituição formal, mas sim “o corte ou a contraposição frente à situação ou ao regime até então vigente, em nome de uma nova ideia de Direito ou de um novo princípio de legitimidade, seja por meio de revolução, seja por outro meio”¹⁹¹.

O constitucionalista português, ainda, lembra que o poder constituinte material precede o formal porque a ideia de Direito vem antes da regra de Direito, “o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os fatos, a legitimidade a legalidade”¹⁹².

Em um dos clássicos conceitos de Constituição, bastante útil neste tópico, Ferdinand Lassale ressalta que a verdadeira Constituição do país deve refletir os “fatores reais e efetivos de poder” e tais Constituições escritas não possuem valor e não

¹⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 217-218.

¹⁸⁹ Sobre Constituição formal e material, ver: KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. p. 182-183.

¹⁹⁰ MENDES, G.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. p. 8.

¹⁹¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. p. 210.

¹⁹² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. p. 212.

duram se não forem expressões fiéis dos fatores de poder que imperam na realidade social¹⁹³.

Mas é bom de ter em mente que a Constituição nem molda e nem engessa a realidade. De um lado, nenhuma lei tem o poder de, por si só, alterar as pretensões humanas. De outro lado, e por isso a Constituição deve conter essencialmente normas materialmente constitucionais, o mundo não se encerra no modelo constitucionalmente desenhado.

A Constituição é um *projeto* na medida em que, entre uma de suas finalidades, reside em si a materialização dos direitos que assegura, por serem frutos dos anseios soberanos do povo. Sem a eficácia dos direitos que ela promete não existe a menor razão de ser em sua existência. Ou seja, há natural perda de finalidade. Nesse sentido, Eros Grau: “Todos os seus preceitos hão de ter eficácia e aplicação imediatas, eis que somente assim deixará ela de cumprir o papel de instrumento de engodo e ilusão do povo”¹⁹⁴. Ou, conforme Hesse: “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”¹⁹⁵.

E exatamente por tratar de questões que sejam substancialmente provindas dos anseios populares é que se poderia afirmar que a efetivação da Constituição é, em certa medida, a celebração do plano democrático.

Claro que isso traz os riscos da interpretação que *cria direitos* além daquilo que pretendeu o constituinte, representante popular na Assembleia. E é exatamente a distinção entre a interpretação e o “ativismo” que pode ameaçar o projeto constitucional, na medida em que vise efetivar direitos que não foram constitucionalmente assegurados ou prometidos.

A questão da interpretação frente ao ativismo é, quiçá, o maior desafio quanto ao papel das Cortes Constitucionais na leitura e na realização das leis fundamentais, embora o objetivo deste trabalho não seja indicar se elas realmente fazem esse trabalho, mas como o fazem.

¹⁹³ LASSALE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* p. 90. Ainda, a lição de Jorge Miranda: “Na Constituição se plasma um determinado sistema de valores da vida pública, dos quais é depois indissociável. Um conjunto de princípios filosófico-jurídicos e filosófico-políticos (embora de inspirações algo diversas) vem-na justificar e vem-na criar”. *Teoria do Estado e da Constituição*. p. 32.

¹⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. p.46.

¹⁹⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. p.16.

Vale lembrar que a nossa Carta Magna erigiu-se após o rompimento de duas décadas de ostracismo de dignidade¹⁹⁶ e, por essa razão, resguardou até mesmo direitos que, a teor, não seriam materialmente, mas apenas formalmente, constitucionais, traduzindo-se em uma prolixa Constituição de 246 artigos, bem como outros tantos de natureza transitória, que o tempo cuidou de ampliar com a promulgação de 6 Emendas de Revisão e 73 Emendas Constitucionais até o presente momento.

De qualquer forma, desacostumados com a ideia de uma lei maior, submetida única e exclusivamente, na concepção kelseniana, à norma hipotética fundamental¹⁹⁷, os brasileiros demoraram a viver uma “vontade de Constituição”, ou, nos dizeres do tedesco Peter Häberle, a praticar uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”¹⁹⁸. E, pior do que isso, mesmo o Judiciário e seus atores se demoraram e ainda se demoram em tal questão.

Mas, nos tempos contemporâneos, é cada vez mais nítida a concepção não apenas do Supremo Tribunal Federal exercendo seu papel – por vezes político – de intérprete e defensor agarrado da Constituição, mas do povo participando de tais debates, não somente por meio de audiências públicas, mas também por meio das opiniões difusas, bem como é possível visualizar as outras instâncias do Direito preocupadas com a constitucionalização das questões trazidas ao Judiciário e mesmo à Administração Pública.

É importante sempre frisar que a Constituição retrata os aspectos axiológicos e históricos de cada povo, conforme pensamento predominante na maioria

¹⁹⁶ “As Forças Armadas tomaram o poder no Brasil em 1964 contra um inimigo bastante semelhante: os herdeiros do grande líder populista brasileiro Getúlio Vargas (1883-1954), que se deslocavam para a esquerda no início da década de 1960 e ofereciam democratização, reforma agrária e ceticismo em relação à política americana. As pequenas tentativas de guerrilha de fins da década, que proporcionaram uma desculpa para a implacável repressão do regime, jamais representaram um verdadeiro desafio a ele; mas deve-se dizer que após o início da década de 1970 o regime começou a relaxar e devolveu o país a um governo civil em 1985”. HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos*. p. 429.

¹⁹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. p. 328-329.

¹⁹⁸ “Propõe-se, pois, a seguinte *tese*: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (... *weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. p.13.

das concepções constitucionais (historicista, sociológica, marxista, institucionalista, filosofia dos valores e estruturalista¹⁹⁹), vertendo-se em primado orientador da conduta não apenas dos Tribunais, mas dos próprios cidadãos. Hodiernamente, o povo debate, nos ambientes públicos, as decisões do Supremo Tribunal Federal, seja para agraciá-las, seja para criticá-las. E, no inverso, a Corte Excelsa aceita a participação do povo no processo decisional, principalmente quando, em temas de grande relevo, convoca audiências públicas ou aceita o ingresso dos *amici curiae*.

Assim, o projeto constitucional envolve muito mais do que a mera proposta escrita, desencadeando o funcionamento de uma engrenagem que reposiciona o povo no contexto dos Tribunais.

É salutar lembrar a lição de Marcelo Neves, para quem é inevitável a interpenetração e autorreferência entre a política e o direito, possibilitando uma solução jurídica para o sistema político e vice-versa²⁰⁰. E o resultado de uma constitucionalização meramente simbólica, programada para satisfazer os egos políticos, seria o surgimento e o crescimento de movimentos sociais em prol da efetivação dos direitos prometidos e a ampliação da cidadania²⁰¹. Nesse contexto, o Judiciário acaba recebendo, por exclusão, em face dos discursos meramente retóricos dos governantes e das condutas omissas dos legisladores, o papel de vencer as barreiras que intervêm no processo político-jurídico.

Entre nós, é oportuno lembrar, consoante lição de Mendes, Coelho e Branco, o novo papel do Judiciário brasileiro e os instrumentos que lhe foram oferecidos:

O princípio da proteção judicial efetiva configura pedra angular do sistema de proteção de direitos. Conceberam-se novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação direta por omissão, do mandado de injunção, do habeas data e do mandado de segurança coletivo. A ação civil pública ganhou dimensão constitucional. A ação popular teve seu âmbito de proteção alargado²⁰².

¹⁹⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 189.

²⁰⁰ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. p. 65.

²⁰¹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. p. 188-189.

²⁰² MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. p. 933.

Assim, a supremacia da Constituição, com os valores e ideologias que esposa, desde sua confecção, e especialmente considerando a fundamentação do Estado Constitucional, ao lado da textura aberta das normas constituintes, mas ao mesmo tempo com “vontade de concretização”, acabaram buscando, como veremos, no controle de constitucionalidade o instrumental necessário para operar os trâmites que o Judiciário entendesse necessários.

2.1 DAS ORIGENS DA CONSTITUIÇÃO: LIMITAÇÃO DO PODER POLÍTICO

É cediço, dentre os constitucionalistas, que as Constituições modernas, vale dizer, aquelas nascidas após as Revoluções Gloriosa e Francesa e a Independência das 13 Colônias Americanas, ganharam contornos evidentes que limitação ao Poder do novo Estado que se erguia. Daí porque alcunhar os direitos fundamentais que nasciam – 1ª geração – de direitos de defesa²⁰³.

Nessa toada, o sucesso das teorias de John Locke e Montesquieu passa a garantir que as funções – chamados Poderes – do Estado deveriam ser exercidas por pessoas distintas, evitando a maléfica concentração nas mãos de um só.

Os artigos 1 a 4 do Título III da Constituição Francesa de 1791, por exemplo, trazem a distinção dos Poderes, nomeando pessoas diferentes para seu exercício: o Rei, a Assembleia Nacional e os juízes.

A limitação dos Poderes, todavia, busca atingir funções diferentes na Europa e nos Estados Unidos. Enquanto no Antigo Continente, o freio é contra os abusos do Rei, do lado de cá preocupa os desmandos do Legislativo²⁰⁴. Mas em ambos os casos buscava-se o estabelecimento de um equilíbrio.

Canotilho lembra que:

²⁰³ “A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: *organização do Estado* e *limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais*”. MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. p.1.

²⁰⁴ MENDES, G.M.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. p. 190-191.

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo²⁰⁵.

Karl Popper visualiza na democracia uma forma de se estabelecer mecanismos de limitação prática do poder, a fim de se gerar, implementar e salvaguardar as instituições políticas de governos tirânicos²⁰⁶.

A separação de poderes é justamente um dos pilares do constitucionalismo. O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já previa: “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”²⁰⁷.

Dalmo Dallari lembra que desde Aristóteles até Montesquieu, a construção de uma teoria de separação de poderes/funções advém da necessidade de não se concentrar o poder nas mãos de um ou poucos, gerando os riscos de um governo ditatorial²⁰⁸. A ideia hoje pode até nos parecer simplista, diante de uma arraigada construção contemporânea que parte desse pressuposto, mas é oportuno ressaltar que a própria garantia de sobrevivência dos indivíduos – num aspecto micro – e do Estado – num aspecto macro – dependem de um sistema em que as relações entre funções possam se cobrar e ser cobradas, gerando o equilíbrio necessário para o fortalecimento do Estado e da proteção da pessoa.

Sendo dessa forma, nada mais natural que a Constituição prover as funções do Estado de instrumentos para possibilitar o seu livre exercício, bem como se defender da ingerência das demais funções²⁰⁹.

²⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 51.

²⁰⁶ POPPER, Karl. Popper on Democracy: The open society and its enemies revisited.

²⁰⁷ Ver também: ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito constitucional*. p.32-37; MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. p.459-461.

²⁰⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. p.215-216.

²⁰⁹ “Por ser de homens, a autoridade está tão propensa a infringir as normas jurídicas como a liberdade humana individual”. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. p.114. Ressalta Alexandre de Moraes: “imprescindível a existência das imunidades parlamentares à prática da democracia, significando verdadeira condição de independência do Poder Legislativo em face dos demais poderes e garantia da liberdade de pensamento, palavra e opinião, sem a qual inexistirá Poder Legislativo independente e autônomo, que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo e do país, pois, e é sempre importante ressaltar, estas imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la da atuação do Executivo ou do Judiciário,

Nem seria desarrazoado afirmar que tal instrumentária representa verdadeira garantia institucional, aos olhos da República de Weimar e seus constitucionalistas²¹⁰, a fim de promover a proteção do livre agir do Parlamento²¹¹. Deve-se lembrar que o exercício do livre direito de voto acaba por culminar, em consequência, em um Legislativo que se expresse também de forma livre e garantida, de forma a não transformar em quimera o ideal da representatividade²¹².

Como afirmar que a democracia, a separação de poderes, a representatividade e a liberdade do voto não são instituições protegidas por nossa Carta Constitucional? E a fina linha que divide o direito fundamental da garantia institucional não pode ser vista como obstáculo para seu âmbito de proteção, pois, o que importa, em suma, é evitar que um *mínimo essencial, intangível*²¹³ seja enfraquecido pelo próprio Estado.

Filiado à ideia de um exercício livre de poder, com sede no Estado Liberal, a partir das concepções revolucionárias francesas e norte-americana, desde a nossa Constituição Política do Império do Brasil, já se tem a previsão de inviolabilidade por opinião dos membros das Câmaras (artigo 26 e seguintes). Seguiram-lhe as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, embora algumas, nas entranhas de “hiatos autoritários”, o fizessem de maneira apenas formal.

O magistério de Pontes de Miranda, ainda sob a égide da Constituição de 1967, já ensinava que “sem liberdade de pensamento, sem liberdade de emitir-lo (liberdade da palavra, de opinião), não há Poder Legislativo que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo”²¹⁴.

E nem se diga, de forma simplista, que o exercício da representatividade se faz apenas mediante abstenção do Estado, no âmbito de políticas meramente

consagrando-se como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais”. *Direito constitucional*. p.433.

²¹⁰ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, v.III/1. p.761.

²¹¹ “A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção qua a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p.537.

²¹² Não é demais ter em mente a expressão do douto Jorge Miranda: “O povo ativo ou eleitorado somente adquire relevância (ou relevância plena) em democracia representativa”. *Teoria do Estado e da Constituição*. p.363.

²¹³ THOMA, Richard. *Die juristische Bedeutung der Grundrechtliche Sätze der deutschen Reichsverfassung im Allgemeinen*, p.1. Ainda: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p.42.

²¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. t. III. p.4

protecionistas, levando à inegável conclusão de que o Estado não apenas se limita, mas se exige, a fim de possibilitar a boa fluidez do próprio exercício.

Cass Sunstein e Stephen Holmes já afirmavam que “liberdade, na correta concepção, não significa a falta de dependência do governo; pelo contrário, o governo afirmativo fornece as pré-condições para a liberdade”²¹⁵.

De se ver, contudo, que a prática e o tempo somaram outras garantias a fim de possibilitar um exercício mais livre do Poder, o que inclui a proteção em relação ao próprio Judiciário, prevendo, por exemplo, que os parlamentares deveriam ser julgados por Tribunais, em decisões coletivas, e distantes das febres locais que podem incendiar as canetas dos juízes.

Por outro lado, como não há poderes que não correspondam a responsabilidades, a contraprestação de toda garantia de exercício de poder é bem exercê-lo, vale dizer, não fazer uso dos instrumentos à disposição para desvirtuar sua finalidade, comprometendo o jogo de equilíbrio funcional.

Nota-se, no entanto, que tanto os direitos quanto os deveres acabam obrando em prol do exercício livre do poder. É assim, por exemplo, quando se exige do parlamentar o afastamento de atividades militares.

Michel Temer assevera com precisão: “garante-se a atividade do parlamentar para garantir a instituição”²¹⁶.

Nessa ordem de ideias, a Constituição, antes de ser simplesmente um instrumento para limitar o Poder político em face dos cidadãos do Estado, acaba se tornando um eficaz meio de especificar e controlar o exercício dos próprios Poderes do Estado em face dos demais.

E essa sede de limitação e controle advém não apenas dos ideais revolucionários liberais, mas também da necessidade de comprometimento do Estado em se controlar para efetivar princípios, direitos e políticas públicas. É de se considerar, por exemplo, que diante de um Judiciário acuado pelo Executivo – que lhe atribua a definição de ser mera “boca-da-lei” -, não há saída para as promessas constitucionais que não sejam tomadas a sério pelos governantes.

Isso não esconde, todavia, o risco de o próprio Judiciário acuar os demais poderes e, por essa razão, deve ele sofrer também seu controle, principalmente no nível de motivação racional, a ser oportunamente debatido.

²¹⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights*. p.204

²¹⁶ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. p.129.

2.2 A PREVALÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO COMO NORMA SUPREMA E DE VALIDADE DE TODO O ORDENAMENTO JURÍDICO

A “constituição é uma lei proeminente que conforma o Estado”²¹⁷. Com essas palavras, Canotilho conclui que a Constituição só pode ser compreendida a partir do Estado, conferindo, nos termos da filosofia hegeliana e da juspublicística germânica, ordem ao mesmo.

O mestre de Coimbra, desenvolvendo a temática acerca da posição hierárquico-normativa superior da Constituição, ressalta que, excepcionando algumas questões do direito comunitário, há três expressões quanto ao tema.

Em primeiro lugar, a Constituição é dotada de uma *autoprímazia normativa*, pelo fato das normas constitucionais constituírem uma lei superior que reconhece “o fundamento de validade em si própria”. Vale dizer, ela não depende de reconhecimento por outra norma, bastando, nos dizeres do professor português, que ela seja dotada de “normas democraticamente feitas e aceites (legitimidade processual democrática) e informadas por ‘estruturas básicas de justiça’ (legitimidade material)”²¹⁸.

Segundo, “as normas da constituição são *normas de normas*”, sendo fonte de produção jurídica das normas infraconstitucionais²¹⁹. Esse processo, estampado formal e materialmente na Constituição, isto é, não apenas quanto ao modo de elaboração das leis, mas também determinando os limites substanciais de cada espécie normativa (vide, por exemplo, nosso artigo 146, assegurando que é reservado à lei complementar dispor sobre algumas questões tributárias). Evidentemente que, quanto ao controle de constitucionalidade, todas essas questões são resumidas às formalidades legais, no que toca respeito ao alinhamento da lei com a Constituição. Vale dizer, ainda que a norma ultrapasse seu limite material (ex: Lei Ordinária dispoendo sobre prescrição tributária), a inconstitucionalidade será formal, por incompatibilidade entre a norma com a *norma de normas*.

Terceiro, por estarem as normas constitucionais em uma posição topológica superior, os atos dos poderes públicos devem estar em conformidade com a Constituição. No aspecto de **determinante negativa**, a Constituição se apresenta como

²¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 89.

²¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1147-1148.

²¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1148-1149.

limite às normas inferiores. Quanto ao aspecto de **determinante positiva**, as normas constitucionais conformam a legislação inferior²²⁰. Este ponto, aliás, pode ser especialmente visualizado, entre nós, na conformação do Código Civil de 2002 à Constituição e, mais recentemente, nos princípios que guiaram a estruturação do Projeto do Novo Código de Processo Civil²²¹.

Surge daí outro problema. Como uma norma constitucional, inscrita de forma superior, pode se pretender para o futuro incerto e conferir validade a todo o ordenamento jurídico que advir?

É famosa a concepção de Hans Kelsen acerca da Constituição como ápice de uma pirâmide normativa.

Para o jurista austríaco, há dois sentidos para a Constituição: *lógico jurídico* e *jurídico positivo*. Este é fruto do trabalho realizado pelo Poder Constituinte. É aquilo que se nos apresenta todas as vezes em que é preciso realizar uma consulta ao teor da Constituição.

O sentido *lógico jurídico*, no entanto, decorre da *norma fundamental hipotética (Grundnorm)*. É hipotética por não se apresentar como uma norma posta, mas sim pressuposta. Estaria acima da Constituição e se prestaria ao papel de fundamento lógico a conferir operacionalidade e força à Constituição²²². Lourival Vilanova ressalta que a *norma fundamental* é, na verdade, uma *proposição de metalinguagem*; não provém de nenhuma fonte técnica e não possui conteúdo estabelecido em outra norma positiva. Na realidade, as condiciona²²³. Assim, a *Grundnorm* une, fundamenta e confere validade ao sistema de normas. Mais do que isso, a partir da concepção de que a Constituição vincula-se ao conceito de Estado, a *norma fundamental* legitima o próprio Estado, ao mesmo tempo em que recebe deste o arcabouço material para se manter sólida e válida. Mas, como se vê, presos no círculo vicioso do Estado e do Direito não há como estabelecer um ponto básico – nem *de partida*, se poderia afirmar – a partir do qual o Direito deve ser compreendido.

O que talvez soe incompreensível é a manutenção de uma única *norma hipotética* a fundamentar para o futuro incerto o sistema. Mas o fato é que a Constituição, enquanto norma fundamental, apenas sucumbe por uma mudança tão

²²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1149.

²²¹ Especialmente interessante o artigo 1º do referido Projeto: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

²²² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 216-217.

²²³ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. p. 175-176.

brusca que afete os próprios conceitos da ordem jurídica vigente, o que não significa imutabilidade da Constituição, mas sim segurança dos preceitos que regem a ordem atual.

O caráter vertical decorrente da existência de uma *norma fundamental* faz necessário o alinhamento da ordem jurídica com tal norma. Como o filho que carrega os traços genéticos do pai, as normas devem carregar alguns pressupostos genéticos básicos sob o prisma constitucional. E mesmo nas normas técnicas é possível visualizar esse tipo de prática. Assim, as normas técnicas do trânsito brasileiro obedecem ao preceito constitucional do respeito à vida enquanto direito fundamental.

Mas uma Constituição sem os instrumentos que permitam a sua imposição e efetivação não possui valor real, consoante as lições kelsenianas:

Uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória²²⁴.

Dessa forma, passamos ao ponto de entender como é feita a defesa dessa norma fundamental, de forma a garantir que os raios que atravessam a atmosfera jurídica conformem o ordenamento que lhe é hierarquicamente inferior.

2.3 JUDICIAL REVIEW E A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

Não há como não vincular a ideia de *judicial review of legislation* ao conceito de *Rule of Law*. Este impôs ao Estado, principalmente a partir da Magna Carta de 1215, a necessidade de se estabelecer parâmetros legais que submetessem o cidadão e mesmo o próprio Estado, evitando o agir arbitrário por parte do governante.

²²⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 179.

Nos Estados Unidos, o sentido fora alcunhado pela expressão *The Reign of Law* – o império do direito –, a traduzir na prática a ideia de *always under law* – sempre sob a lei.

Canotilho explica que o Estado Constitucional traz consigo, em primeiro plano, o direito do povo de estabelecer uma lei superior (*higher lawmaking*), estabelecendo esquemas de governo, estruturação, limites e direitos e liberdades dos cidadãos²²⁵. Além disso, as *razões de governo* devem estar afinadas com as *razões públicas*, isto é, com o consentimento do povo acerca da estruturação de determinadas condições para o Estado. E o governo só o é enquanto ele próprio está submetido à lei – *government under law*. “O ‘governo justificado’ – diga-se por outras palavras – é, assim, o governo que cumpre a *obrigação* jurídico-constitucional de governar segundo leis dotadas de unidade, publicidade, durabilidade e antecedência”²²⁶.

Em 1803, John Marshall, presidente da Suprema Corte norte-americana, tomou em exame uma causa que envolvia importante questão constitucional. Em *Marbury vs. Madison*, na qual houve negação da intitulação de William Marbury, por conta de James Madison, a mando do presidente Thomas Jefferson, para o cargo de juiz de paz. Isso porque Marbury havia sido nomeado pelo presidente anterior, John Adams, da qual era correligionário.

Com isso Marbury requereu as razões de Madison, que não foram atendidas. Diante da inércia, impetrou *writ of mandamus* na Suprema Corte, que, em razão da complexidade e dos elementos políticos envolvidos, levou cerca de dois anos para proferir sua decisão.

Foi então que Marshall reconheceu o direito de Marbury tomar posse no cargo, entretanto entendeu não ser da Suprema Corte a competência para expedir o alvará de *mandamus*. De qualquer forma estava instituído pela primeira vez o controle de constitucionalidade, embora sem previsão na Constituição Norte-Americana, que trazia, no máximo, o princípio da inafastabilidade da jurisdição em seu Artigo III, Secção 2ª (“O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade”)²²⁷. O controle construído se dera na modalidade difusa, já que era destinado a um caso específico. São famosas as palavras do *Chief Justice* John Marshall:

²²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 94.

²²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 95.

²²⁷ “The Constitution, of course, is not self-interpreting and crucial principles – such as judicial review, separation of powers, and federalism – are presupposed rather than spelled out”. O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and politics*. v.2. p.25. No vernáculo: “A Constituição, evidentemente, não é auto-

Assim a phraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escriptas, segundo o qual é nulla qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunaes, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento²²⁸.

A fiscalização constitucional difusa da lei aos poucos ganhou corpo e, entre nós, foi instituída na Constituição Republicana de 1891²²⁹. Todavia, a consciência de tal poder na mão dos juízes restou mitigada em nossos hiatos autoritários, sendo hoje possível se clarear novamente o assunto.

De acordo com essa perspectiva, extremamente importante na compreensão do papel dos juízes na luta pelos direitos fundamentais, e por outros direitos constitucionais também, o juiz, em qualquer instância, tem o dever de observar a constitucionalidade da lei nos casos concretos.

A tratar do Estado Norte-Americano, Canotilho faz o seguinte destaque: “Se necessário, os juízes farão uso do seu ‘direito-dever’ de acesso à constituição desaplicando as ‘más leis’ do governo e declarando-as nulas (*judicial review of legislation*)”²³⁰.

O controle de constitucionalidade norte-americano acabou se sobrepondo à fórmula de Locke, para quem “entre o legislador e o povo, ninguém na terra é o juiz”, admitindo que os juízes podem sim se colocar entre o povo e o legislador. Conforme assevera Canotilho, os “juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição”²³¹.

Entre os franceses, o *État Légal* decorre de uma construção de ordem jurídica igualmente hierárquica, que possui em seu ápice a Declaração de Direitos de 1789, trazendo em si os conhecidos *droits naturels et sacrés de l’homme*, atuando como supra-constituição para vincular a ideologia de qualquer Constituição que o Estado francês viesse a ter. Canotilho aponta, no entanto, que o problema maior do constitucionalismo francês fora a supervalorização do *Estado de legalidade*, elevando a

interpretativa e alguns princípios cruciais – como o controle de constitucionalidade, a separação de poderes e o federalismo – são mais pressupostos do que estampados no texto”.

²²⁸ MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. p.29.

²²⁹ Sobre o tema ver: MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. p.170-175.

²³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 95.

²³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 60.

lei a um ponto de atenção tal que distraia os olhares que deveriam se atentar para sua afinação com a própria Constituição²³².

No início do século XIX, desenvolve-se, entre os alemães, a concepção do *Rechstaat*, restaurando a ideia do constitucionalismo monárquico e o constitucionalismo revolucionário, a partir da soberania popular. Com o tempo, esse Estado acabou se caracterizando pela essência liberal, opondo-se ao Estado de Polícia, que tudo regula, para assumir um modelo em que os cidadãos se tornariam livres e responsáveis pelos seus propósitos. Os dois direitos tidos como fundamentais, a liberdade (*Freiheit*) e a propriedade (*Eigentum*), somente poderiam ser restringidos por lei de apelo igualmente popular.

O Estado limitado pelo Direito, isto é, submetido ao *império da lei* (*Herrschaft des Gesetzes*) acabou trazendo em si a necessidade de controle judicial da atividade administrativa²³³.

Essa idéia retoma a noção de jurisdição constitucional, concedendo ao juiz poderes que lhe permitem cuidar do Direito, não ser mais mero fantoche da lei²³⁴, ainda que no controle incidental a eficácia alcance, em alguns modelos, somente as partes.

Entretanto, a Emenda nº 45, de certa forma, reforçou a instituição do precedente no direito brasileiro, ao prever no artigo 103-A, da Constituição Federal, a súmula vinculante, segundo a qual, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, o STF pode por dois terços de seus membros aprovar súmula que vincula todos os órgãos do Judiciário e a administração pública direta e indireta. Vale dizer, instituiu-se a possibilidade do controle incidental no STF mediante a aprovação de súmula fazer gerar efeitos a todos.

E, ainda, quando o recurso extraordinário faz a causa alcançar a competência do STF ou outra questão venha a ser julgada diretamente pelo Tribunal,

²³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 96. Ainda: “Diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de ‘lei proeminente’ (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades”. p. 60.

²³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 97.

²³⁴ Grant Gilmore comenta a aplicação da legislação sobre escravidão no século XIX nos Estados Unidos com as seguintes palavras: “Na prática, a maioria dos juízes seguiu a rota da evasão técnica (que exalta o detalhe processual acima da substância) ou o caminho da obediência cega (que exalta uma espécie de noção platônica da lei acima da realidade). Qualquer dos dois caminhos leva seus seguidores a uma concepção formalista da lei, em que se perde de vista o propósito para o qual a lei existe; em que a lei, que sempre deve ser encarada como um meio, torna-se um fim em si; em que a letra vive, enquanto o espírito morre”. *As eras do direito americano*. p. 50.

que não seja em sede de controle abstrato de constitucionalidade, tem-se entendido que o efeito pode não atingir apenas as partes. Assevera Marinoni:

E, recentemente, surgiu no Supremo Tribunal Federal orientação que nega expressamente a equivalência entre controle incidental e eficácia da decisão restrita às partes do processo. Essa tese sustenta que mesmo decisões tomadas em sede de recurso extraordinário – ou seja, controle incidental –, quando objeto de manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, gozam de *efeito vinculante* em relação aos órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário²³⁵.

A relação entre a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade difuso é bastante estreita. Por meio do controle de constitucionalidade difuso, qualquer juiz não só pode, mas deve, controlar a constitucionalidade da lei ou ato normativo no caso concreto, gerando entre as partes os efeitos necessários para a adequada e efetiva tutela jurisdicional.

Esse papel preponderante das Cortes Constitucionais desloca a questão da correção das sentenças dos Tribunais *a quo* para um papel envolvendo *hard cases*. Segundo o *Chief Justice* William Howard Taft, o papel da Suprema Corte passa a ser o de expandir e estabilizar os princípios jurídicos em benefícios dos cidadãos norte-americanos, trilhando por questões constitucionais e outras questões jurídicas de benefício público²³⁶.

Em 1962, no caso *Baker v. Carr*, a Suprema Corte declarou-se como “a última intérprete da Constituição”. Novamente, em 1969, em *Powell v. McCormack*, em questão envolvendo a exclusão de um representante devidamente eleito para a *House of Representatives*, a Corte partiu do mesmo pressuposto.

Em 1920, Hans Kelsen, convidado a compor a Constituição Austríaca, criou aquilo que tornou-se conhecido por ser o modelo de controle abstrato de constitucionalidade. Kelsen cuidou de criar também uma Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) que examinaria a constitucionalidade das leis. Assim, todas as leis supostamente inconstitucionais eram objeto de análise, passíveis de anulação. O novo sistema rompia com a possibilidade de inconstitucionalidade a ser aferida de

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v.1. p.56. Não se pode olvidar o emblemático HC 82.959 (inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime em crimes hediondos), em que o STF começou a se aproximar mais do efeito *erga omnes* da inconstitucionalidade por via direta. De qualquer forma, o tema será devidamente abordado no último capítulo.

²³⁶ TAFT, William Howard. *Hearings before the House Committee on the Judiciary*.

forma difusa até então vigente. Como afirmara o próprio Kelsen, “uma centralização da revisão judicial da legislação era altamente desejável no interesse da autoridade da Constituição”²³⁷.

Sua importância tem como fundamento o fato de a lei declarada inconstitucional ser excluída do ordenamento jurídico e, assim, os seus efeitos perfazem-se sobre todos, independentemente de uma posição mais objetivista ou não. É uma via direta de combate ao texto inconstitucional.

É preciso sempre ter em mente que a preferência da Constituição às leis não é uma questão apenas de hierarquia normativa, mas sim de preferência à intenção do povo do que à intenção dos seus agentes²³⁸. Mas, evidentemente, não se pode olvidar que a questão da existência de um controle com base na Lei Fundamental é inerente a todo e qualquer Estado de Direito, visto sob o ponto de vista da “máxima legalidade da função estatal”²³⁹.

Tendo-se a Lei Fundamental no topo do ordenamento jurídico, até mesmo em razão da sua importância como perspectiva, dos requisitos para a sua confecção – Poder Constituinte – e das limitações para a sua modificação, e também do seu caráter de reguladora de princípios e estabelecimento de premissas básicas, é que todo o ordenamento jurídico restante se submete à Constituição, não sendo possível à legislação infraconstitucional submetê-la ou contrariá-la. Do contrário não teríamos propriamente uma Constituição, pressupostamente garantidora dos direitos mais nobres dos cidadãos e da organização da forma do Estado, mas sim haveria mera disposição transitória que, ao menor sinal legislativo, cairia por terra. Conforme assevera Paulo Bonavides, a “consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da ‘superlegalidade

²³⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 304.

²³⁸ O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and politics*. v.2. p.27. “As decisões tomadas pelo governo ocorrem diariamente; entretanto, mediante determinadas condições. De forma relevante, os representantes do governo devem prestar contas regularmente nas votações. Além disso, incentivos devem lhes ser dados para que tenham uma visão ampla do interesse público, sem a influência indevida de grupos com interesses paralelos. Mesmo quando esse sistema de ‘criação regular da lei’ opera com sucesso, a Constituição dualista impede que políticos eleitos abusem da sua autoridade. Eles não podem alegar que uma vitória eleitoral regular seja capaz de lhes conceder o poder de aprovar uma lei que vise a subverter as garantias alcançadas pelo povo em julgamentos anteriores. Se, ainda assim, eles pleitearem essa forma mais elevada de legitimidade democrática, deverão seguir o rumo especial e oneroso de obstáculos permitido pela Constituição dualista para fins de criação da lei. Apenas por meio do sucesso da mobilização de cidadãos comprometidos e na conquista do seu apoio incessante em resposta aos seus opositores, somente assim, podem os governantes ter a autoridade para declarar que *o povo* mudou de opinião e dar ao governo uma nova direção”. ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. p.7-8.

²³⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 239.

constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania”²⁴⁰.

Ainda, não se deve esquecer que, por mais óbvio que pareça, é útil a análise de Kelsen, para quem o controle com base na Constituição não pode ser atribuído aos órgãos que precisam ser controlados. “A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados”²⁴¹.

O controle de constitucionalidade invoca a inversão da lógica liberal de partir sempre do aspecto meramente legal. Como nos coloca Celso Bastos, “não se dá conteúdo à Constituição a partir das leis (...) O postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei”²⁴².

Autor de um dos temas de maior destaque na contemporaneidade constitucionalista, Peter Häberle defende a interpretação da Constituição por todos aqueles que a vivem. Incumbe esse processo a uma sociedade aberta, pluralista. Abandona-se a idéia de “sociedade fechada”, cuja interpretação constitucional é restrita aos juízes e englobada por procedimentos formalizados²⁴³. Para Häberle, é pressuposto da democracia que a interpretação da Constituição seja feita com a participação do cidadão ativo e de potências públicas²⁴⁴.

Esses participantes são na pior das hipóteses pré-intérpretes, subsistindo a última palavra interpretativa no âmbito da jurisdição constitucional. Mas dentro desta o juiz não julga sozinho, sendo-lhe impossível isolar-se dos participantes do processo interpretativo.

²⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p.267.

²⁴¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 240.

²⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. p.101-102.

²⁴³ “Propõe-se, pois, a seguinte *tese*: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (... *weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. p.13.

Somente em uma sociedade aberta, com atentos olhos para os dispositivos constitucionais no ordenamento jurídico, com um controle de constitucionalidade difuso e concentrado, é que se pode sustentar novos rumos ao Estado. A interpretação conforme a Constituição está intimamente ligada à compreensão da mesma, de seu papel e de sua localização. A hermenêutica, ainda, não pode visar a uma única interpretação, muito menos estancá-la no tempo, adequando-se certamente o princípio no contexto, para que dessa forma não se recaia dentro da própria ideologia da legalidade pura²⁴⁵.

A importância da hermenêutica constitucional reside na propriedade, segundo André Ramos Tavares, da técnica da interpretação conforme a Constituição promover, ainda que parcialmente, “o fenômeno da constitucionalização do Direito”²⁴⁶. Dessa forma, a lei deve ser enquadrada dentro das possíveis interpretações no âmbito constitucional, pois o contrário fundamentaria leis com objetos inconstitucionais através de uma técnica de adaptação da conveniência.

2.4 A IMPLEMENTAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Toda e qualquer doutrina constitucionalista moderna voltar-se-á na direção da resposta de uma pergunta necessária em um mundo de Constituições tão embebidas de direitos, muitos internacionalmente influenciados: a simples disposição no texto constitucional confere força normativa suficiente para que tais direitos sejam efetivados, inclusive pelo Judiciário?

Entre nós, parece que existe atualmente um esforço hermenêutico para conferir realidade aos direitos propugnados pela Carta Constitucional construída há

²⁴⁵ “A Constituição não é e nem pode ser um documento estático. É próprio da vida social o estar em constante mutação. Seus diversos aspectos (econômicos, políticos, culturais, morais etc) entrelaçaram-se para dar lugar a um amálgama de elementos que reciprocamente se estimulam no campo da evolução. O fenômeno jurídico não poderia ficar de fora. Mesmo quando ele não tenha condições de se antecipar ou de propiciar essa evolução, ele não pode deixar de, ao menos, acompanhá-la. São duas realidades que dialeticamente se inter-relacionam: a Constituição formal e a material. Esta última acaba por configurar novas situações, e o Direito, na parte deste que nos interessa, a Constituição, não pode deixar de utilizar as vias pelas quais possa utilizar-se e pôr-se em dia com a realidade social”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. p.129.

²⁴⁶ TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. p.149.

mais de 22 anos. Não bastaria, nessa toada, que eles estejam inseridos dentro do texto constitucional. Precisam, mais do que isso, serem implementados no cotidiano do cidadão, considerado individualmente ou em conjunto.

O ex-Ministro Eros Grau, antes mesmo da elaboração da nova Carta, preocupou-se em realizar a seguinte observação: “Cumpre-nos, pois, desmistificar a Constituição, conferindo imediata eficácia e aplicação a suas disposições, inclusive às ditas programáticas”²⁴⁷. Constituição não é mera carta de intenções; modelo sobre a qual o Estado na medida do possível irá se guiar. Constituição é compromisso. É dívida perante a sociedade da tutela dos direitos por ela instituídos. Até porque, já dissemos, a Constituição, de certa forma, é um espelho de pretensões da sociedade.

Nesse mesmo sentido, acerca da Constituição portuguesa, Vieira de Andrade assim se manifestou:

os direitos e liberdades não se bastam já com a sua proclamação formal: a experiência de liberdades que, por ausência de regulamentação jurídica ou por falta de condições de facto, não podiam concretizar-se leva a que da consagração dos direitos se deduza também a obrigação para o Estado de criar as condições objectivas indispensáveis à efectiva realização prática desses direitos. Sobretudo por influência das críticas socialistas, tende a abandonar-se o conceito de *liberdades abstractas* em favor do de *liberdades concretas*²⁴⁸.

Francisco Viola, em seu estudo sobre a democracia deliberativa, faz uma distinção expressiva justamente no tocante a essa configuração da Constituição, no anseio de demonstrar a conexão entre o constitucionalismo e o multiculturalismo. A relação entre a Constituição e os procedimentos democráticos podem ser visualizadas de dois modos diferente: a Constituição limitando externamente a democracia e a Constituição como objeto dos mesmos procedimentos democráticos²⁴⁹.

De acordo com o autor, de um lado, apresenta-se a “Constituição-custódia”, visualizada dentro de uma concepção clássica como um modelo em que se inserem princípios e normas determinantes oriundas do poder político eleito e majoritário. Essas regras – completas e determinadas - contidas na Constituição

²⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. p.45.

²⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p.53.

²⁴⁹ VIOLA, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. p. 3.

atuariam como vínculos invioláveis, apresentando-se como limites externos à democracia que elas mesmas definem – regras do jogo. Este modelo produz uma “particular democracia vigiada”, estrita, em que se prestam contas das atividades e políticas utilizadas, bem como sobre seus efeitos incide responsabilidade²⁵⁰.

Diferentemente, a “Constituição-semente” apresenta um modelo aproximado de uma leitura moral e aberta. Forma sua preferência por princípios a serem delineados consoante o contexto social e as circunstâncias históricas. Seu pressuposto é, basicamente, que os princípios constitucionais estão incompletos e indeterminados. Para cada caso, apresentar-se-iam regras gerais e, nas especificidades, regras particulares a serem eleitas em cada caso mediante uma interpretação confiada a instituições democráticas. Esse modelo produziria uma “democracia agricultora”, eis que, lançada a semente principiológica, busca desenvolver potencialmente os respectivos princípios. Assim, os princípios constitucionais regem internamente os procedimentos democráticos ao mesmo tempo em que se tornam deles objetos²⁵¹.

E, nos dizeres da professora Monica Caggiano, esse modelo interpretativo e argumentativo conduz a um **exercício deliberativo**, justamente pela diversidade de opiniões e os debates incidentes “para alcançar a interpretação que melhor se conformize às demandas e que se apresente mais justa”²⁵². É esse modelo – Constituição-semente – que mais se afina com a leitura proposta pelas diretrizes interpretacionistas da Constituição, como estamos tratando. Como ressalta Viola, o segundo modelo “permite formas de interpretación judicial mucho más articuladas y, consecuentemente, acerca al juez constitucional con el legislador”²⁵³.

Continua o autor:

Mi objetivo es el de mostrar que el segundo modelo es el más adecuado para comprender las relaciones efecivas que existen entre una Constitución liberal y una democracia representativa, y consecuentemente, el de defender la tesis de la estrecha conexión entre constitucionalismo y régimen democrático contra aquellas que afirman su yuxtaposición o su contraposición²⁵⁴.

²⁵⁰ VIOLA, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. p. 3-4.

²⁵¹ VIOLA, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. p. 4-6.

²⁵² CAGGIANO, Monica H. S. *Democracia x constitucionalismo*.

²⁵³ VIOLA, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. p. 7. No vernáculo: “permite formas de interpretação judicial muito mais articuladas e, consecuentemente, aproxima o juiz constitucional do legislador”.

²⁵⁴ VIOLA, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. p. 7. No vernáculo: “Meu objetivo é demonstrar que o segundo modelo é o mais adequado para compreender as

Diante desse quadro, urge necessário que se disponibilize instrumentária para conceder tutela a tais direitos. A guarida deles, ou seja, sua efetividade, depende, sobretudo, da utilização de meios que propiciem alcançar as finalidades de tais princípios.

O primeiro desses meios, evidentemente, é o próprio acesso aos Tribunais para reivindicar um direito que não é atendido espontaneamente pelo Estado. Esse direito é o da prestação da tutela jurisdicional – que se presta a tutelar não só os direitos fundamentais, porém todo e qualquer direito. Mas não somente uma tutela jurisdicional, e sim aquela que é adequada para a persecução de cada direito que se pleiteia. Salienta Canotilho: “Como conteúdo *constitucional e internacional mínimo*, exige-se que a *proteção jurisdicional* não fique aniquilada em virtude da inexistência de uma **determinação legal** da via judicial adequada”²⁵⁵; e tampouco que essa colocação seja “vaga e imprecisa”.

Além disso, é preciso que tal tutela se preste a dar efetividade ao direito, não bastando que dela decorra um processo que diga ser legítimo ou não tal pleito, a não ser que o resultado perquirido se baste nessa questão²⁵⁶. Assim, afora estes casos, uma tutela que cuide apenas de “dizer o direito” não se encontra em consonância com o dever de prestar a tutela efetiva por parte da jurisdição no Estado Constitucional-Social.

E quando se fala em tutela dos direitos fundamentais é ocasional ressaltar que não se trata simplesmente de defender direitos postos da ameaça de nova legislação, como nos casos de ação direta de inconstitucionalidade. Na verdade, como bem lembra Vieira de Andrade, a “tutela jurídica dos direitos fundamentais realiza-se, portanto, através de todos os ramos de direito”²⁵⁷. Vale dizer, a observação da tutela efetiva e adequada dos direitos fundamentais estende-se por todo o ordenamento jurídico, culminando numa proteção generalizada, traçando as delimitações do ramo pretendido e

relações efetivas que existem entre uma Constituição liberal e uma democracia representativa, e, conseqüentemente, defender a tese de estreita conexão entre o constitucionalismo e o regime democrático contra aquelas que afirmam sua justaposição ou sua contraposição”.

²⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p.465.

²⁵⁶ “Dar tutela a um direito nada mais é do que lhe outorgar proteção. Mas, exceto quando o autor postula uma sentença declaratória da existência ou da inexistência de uma relação jurídica ou a constituição ou a desconstituição de uma situação jurídica (sentença *desconstitutiva*), e, assim, além da sentença não é necessária qualquer *atividade de complementação da prestação jurisdicional*, não há como admitir que a sentença é *suficiente* para o juiz se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v.1. p.112.

²⁵⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p.313.

do caso concreto; assim como o mandado de segurança pode servir tanto no aspecto cível como no criminal.

De acordo com o §1º do artigo 5º da Constituição Federal, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ocorre que os direitos de defesa e os direitos a prestações constituem-se de forma bastante diferentes dentro do texto constitucional, conferindo a eles peculiaridades no trato de sua eficácia. Isso, no entanto, não descaracteriza a necessidade de se buscar aplicabilidade às prestações.

Acerca dos direitos de defesa, aliás, cabe a colocação de Ingo Wolfgang Sarlet:

podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade²⁵⁸.

Tal razão de ser se dá, na opinião do professor supracitado, em virtude de serem as normas de defesa geralmente dotadas de “suficiente normatividade” e por isso “independem de concretização legislativa, consoante, aliás, já sustentava a clássica concepção das normas auto-executáveis”²⁵⁹. Esse conceito, no entanto, soa vago, como se o rol de direitos de prestações por seu lado fosse obscuro e precisasse de interpretação legislativa ao passo que o rol de direitos de defesa fosse tão claro que tal mediação fosse desnecessária, podendo ser exigidos de pronto.

A nosso ver, ambas situações gozam do caráter de exigibilidade automática em Juízo, variando somente a situação concreta em que são levantados. Observa Marinoni: “Como as normas constitucionais têm força vinculante, não há razão para o juiz se curvar à ausência de lei, permitindo que os direitos fundamentais se tornem letra morta”²⁶⁰.

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p.258. Não cumpre nosso objetivo, no entanto, nesse trabalho discorrer acerca da instrumentalização de eficácia de cada direito fundamental de defesa considerado.

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p.253.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v.1. p.77.

O legislador, o administrador e o juiz possuem uma responsabilidade no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais. A essa eficácia dá-se o nome de *vertical*, pois constitui aos três, representando o Estado, a obrigação de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos, com uma ação daqueles em prol destes. Assim é que o juiz, na omissão dos dois primeiros, pode abrigar dentro do contexto da necessidade um direito fundamental que restou violado. Note-se, ao juiz não resta inovar, mas somente prestar o mínimo garantido pelo direito fundamental e esse talvez seja o maior desafio do direito constitucional na atualidade. Essa eficácia é sempre direta ou imediata.

Entretanto, pensando-se num Estado onde o direito não serve mais tão somente para proteger o cidadão do mesmo, como na concepção liberal, as relações prestacionais ganham especial relevo. E, pensando-se na democracia, evidentemente um princípio fundamental não apenas de nosso Estado, mas de todos aqueles albergados por Constituições modernas, há que se socorrer de reflexos distintos a depender da forma e da especificação da efetivação da democracia.

A democracia pode estar, por exemplo, protegida de forma defensiva, quando a Constituição proíbe o Estado de se imiscuir na criação dos partidos políticos (artigo 17, *caput*). Assim como pode ter cunho prestacional com o fundamento do Estado de promover o pluralismo político (artigo 1º, V).

Sem pretender adiantar-se, por ora, parece-nos que toda a questão da separação entre aquilo que é efetivação da Constituição e o que é ativismo, isto é, entre o que seria permitido e o que seria supostamente proibido ao Judiciário, gira em torno do caráter do direito que decorre do princípio democrático²⁶¹.

É evidente que a efetivação de direitos que decorram do princípio democrático pode trazer em si o problema das colisões com outros direitos também assegurados constitucionalmente.

Ao trazer uma tentativa de resposta ao problema das colisões, Alexy alerta: “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos”²⁶², o que nos permite crer que os direitos fundamentais em confronto necessitam de uma especial atenção no relevo que ocupam no caso concreto.

²⁶¹ O tema será melhor exposto no item 3.6.

²⁶² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. p.62.

Nesse sentido é que os direitos fundamentais precisam gozar de um aspecto de flexibilidade que lhes permita, embora dentro de uma ordem fundamental, trabalhar o contexto propriamente dito. Outrossim, sobrelevam-se os princípios mais salutares como direitos que “largam na frente” dos outros, caso da igualdade e da liberdade. Isso quer dizer que o direito à liberdade em confronto com outro direito tem a prerrogativa de, a princípio, ser mais substancial, necessitando o outro direito demonstrar-se mais importante; vale dizer, apresentar uma carga muito maior de elementos de convicção em seu favor²⁶³.

Com a democracia não é diferente, até mesmo considerando sua posição topológica em nossa Constituição, ressaltada não apenas no preâmbulo, mas também na própria estrutura da República Federativa do Brasil (artigo 1º, *caput*). Em Portugal a ideia é a mesma. O preâmbulo luso assegura à Assembleia Constituinte a missão de “estabelecer os princípios basilares da democracia” e “assegurar o primado do Estado de Direito democrático”, melhor especificado no artigo 2º.

O preâmbulo da Constituição Espanhola de 1978 traz entre os objetivos da Nação “estabelecer uma sociedade democrática avançada”. O artigo 1º estabelece a Espanha como “Estado Social e Democrático de Direito”, com valores superiores a liberdade, justiça, igualdade e pluralismo político.

Da mesma forma, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, em seu artigo 20 estabelece que a República Federal da Alemanha é um Estado Democrático e Social (*demokratischer und sozialer Bundesstaat*).

A Constituição Francesa de 4 de outubro de 1958 traz em seu preâmbulo o propósito do “desenvolvimento democrático”. Em seu artigo 1º assevera que a França se constitui em uma República indivisível, secular, democrática e social. É palpável a influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, traz em seu artigo XXIV o princípio do Estado de Direito para assegurar o respeito aos direitos e liberdades e a satisfação das “justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

Enfim, considerando o princípio democrático como fundamental e não sendo possível nem uma “ordem inflexível” na organização dos princípios, que

²⁶³ “A idéia de prioridade *prima facie* dos princípios da liberdade e da igualdade instituiu uma estruturação da argumentação segundo os princípios. Para que um princípio possa se sobrepor ao princípio da liberdade é necessária *uma argumentação mais robusta do que aquela que se deve fazer para sustentá-lo*”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v.1. p.68.

viabilizasse uma única solução para cada caso, e nem uma relação de “regras de decisão para cada caso concebível de direito fundamental”²⁶⁴, que seria o ápice de uma “ordem dura”, a saída, em meio ao conflito, é um “processo de argumentação jusfundamental” objetivando uma “questão de controle racional”²⁶⁵ de tal argumentação. De qualquer forma, cabe ressaltar, nesse sentido, o magistério de Alexy, segundo o qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral que não pode resolver o conflito sem a presença do juízo de valor para cada bem²⁶⁶.

Há que se falar ainda em um princípio da “concordância prática”, ou seja, uma análise da unidade da Constituição, harmonizando “da melhor maneira os preceitos divergentes”²⁶⁷, “através de um critério de *proporcionalidade* na distribuição dos custos do conflito”²⁶⁸. Assim, o sacrifício de um direito só ocorre quando é necessário para a salvaguarda de outro que naquela ponderação é considerado mais importante.

É salutar compreender que dentro de uma ordem jurídica e de uma sociedade complexas os conflitos são inevitáveis. A busca por soluções vai além da simples eleição numérica de força de princípios, a tal ponto que mesmo os mais salutares para a compreensão de um Estado Democrático, quais sejam a liberdade e a igualdade, são relativizados quando em confronto com outros princípios que, *prima facie*, são menos substanciais, mas cujos argumentos podem levar a entender em sentido contrário. É esta flexibilidade que garante a existência no texto constitucional de princípios por vezes tão opostos.

E a democracia deve se render a tal propósito, sob pena da própria conclusão ser tida como antidemocrática. Melhor explicando, é possível que os direitos decorrentes do princípio democrático, quando em confronto com outros direitos ou princípios, venham a ceder sua posição preponderante, o que, ao cabo, se dá em nome da própria democracia.

Por exemplo, é comum valer-se do direito de informação com fulcro no princípio democrático para se escorar a publicação pela mídia de reportagens que tratam de determinados representantes políticos da sociedade, mas que, ao extrapolarem o

²⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.552.

²⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.553.

²⁶⁶ Ver: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*.

²⁶⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p.222.

²⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p.223.

direito de publicidade, adentram a questões pessoais ou que ainda se encontram sob investigação, fulminando o princípio da presunção de não culpabilidade.

Decisões como essa, como o voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 9.428, asseveram que tais limitações não podem ser comparadas a censuras, o que advogaria contra a democracia, mas sim se tratam de restrições inerentes ao próprio princípio democrático, de forma que a liberdade regrada seja compatibilizada com seu exercício comum. Faz parte da democracia a compreensão de que não deve a mídia se valer de poderoso instrumento para articular a opinião pública, arranhando o livre exercício de escolha.

Recentemente, em outubro de 2012, a rede social *Twitter* anunciou o bloqueio de acesso pelos alemães à conta pertencente à organização neonazista *Besseres Hannover*, embora ainda pudesse ser visualizada em outros países. O contexto histórico, todavia, justifica a postura ancorada na condenação judicial dos membros do grupo por incitarem o ódio racial e formação de quadrilha, principalmente considerando o modelo de Estado propugnado pelo artigo 20 da Lei Fundamental de Bonn, ainda mais em face da construção jurisprudencial exercida a partir da liberdade de expressão do artigo 5 da *Grundgesetz* no caso *Luth*²⁶⁹. Conforme assevera Gilmar Mendes, “as restrições legislativas são permitidas e até exigidas constitucionalmente quanto têm o propósito de proteger, garantir e efetivar tais liberdades”²⁷⁰.

Assim, a efetivação da democracia, por meio dos direitos mais objetivos a ela inerentes, é uma dança conforme a música. Além da análise que envolve ser o dispositivo de defesa ou de prestação, envolve sempre a observação casuística de eventual conflito do princípio com outros decorrentes do próprio Estado Democrático de Direito.

²⁶⁹ BverfGE 7, 198, 1958.

²⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais. p. 10.

3. POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A doutrina inspirada na concepção montesquiana da divisão de poderes sempre defendeu, de forma superficial, que os Poderes apresentam-se em três matizes, sendo que cada um seria responsável por uma função essencial ao funcionamento do Estado. Seriam eles o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O Judiciário de Montesquieu, dentro da ideia de atribuição de funções típicas, houve por bem herdar a “aplicação da lei”, como num processo industrial em que se etiquetam frascos. Aos ouvidos dessa doutrina, o Judiciário jamais criaria o Direito.

O tempo mostrou, como vimos acima, que o processo de “aplicação” do Direito envolve, ao mesmo tempo, em maior ou menor grau, a “criação” do mesmo.

Grant Gilmore ressalta que há muito tempo essa percepção já atua em larga escala no direito norte-americano, até sendo mais ousada em face da natureza anglo-saxônica do Direito:

No início deste século, era comum se fazer uma distinção nítida entre a função judicial e a função legislativa. Os tribunais decidiam os litígios à luz do Direito Consuetudinário existente ou das leis escritas. Somente o legislativo é que poderia alterar as leis, cabendo aos tribunais a obrigação de executá-las. Mas verificou-se posteriormente que tal distinção não é nem nunca foi sustentável. Os tribunais, como o Juiz Holmes ressaltou muito bem, há mais de meio século, na verdade legislam e não podem deixar de fazê-lo; ou seja, alteram as leis, para refletir as condições diferentes da vida. Com a progressiva codificação da lei substantiva neste século, uma parte considerável do produto legislativo tem sido meramente uma confirmação das leis existentes do Direito Consuetudinário, uma reelaboração da jurisprudência, visando a proporcionar mais simplicidade e objetividade²⁷¹.

E o processo de criação acaba se relacionando com a política, seara eminentemente criadora. Assim, quanto maior o “ativismo” no que toca à criação legal, maior será também o caráter político do Tribunal. Isso pode ser facilmente visualizado na Suprema Corte dos Estados Unidos.

²⁷¹ GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. p. 25-26.

Aqui, no entanto, o Judiciário extrapola sua esfera para adentrar ao tema recorrente mais ao Executivo e, em menor grau, também ao Legislativo. Conforme veremos no tópico 3.4, o problema novamente é entender o que pode ser fruto da interpretação judicial e o que realmente representa uma tomada de função.

O problema do Judiciário adentrando a questões políticas, todavia, não é nenhuma novidade. O'Brien lembra que a "doutrina das questões políticas" teve origem em 1803, por meio do julgado de Marshall no famoso *Marbury vs. Madison*. Naquele momento, entendeu-se que questões de natureza política não deveriam ser submetidas aos Tribunais. Isso porque tais questões, que cedo ou tarde alcançariam as Cortes, seriam julgadas também por razões políticas de cada magistrado²⁷².

A Corte, sob comando do *Chief* Roger Taney, desenvolveu pela primeira vez a doutrina em 1849, no caso *Luther vs. Borden*, ao afirmar que a discussão sobre o Estado de *Rhode Island* ter ou não uma forma republicana de governo, conforme assegurado pelo artigo IV da Constituição, era um problema para o Congresso decidir, e não para a Corte.

Por muito tempo, a Corte partilhou da ideia de que deveria evitar entrar em discussão acerca das partilhas dos Estados e de sua representação nas eleições estaduais e federais, entendendo que esse era um campo além da competência do Tribunal, conforme reconheceu no caso *Colegrove vs. Green*²⁷³.

Naquela ocasião, o Juiz Felix Frankfurter explicou: "It is hostile to the democratic system to involve the judiciary in the politics of the people. And it is not less pernicious if such judicial intervention in na essentially political contest be dressed up in the abstract phrases of the law"²⁷⁴.

Mas não é menos verdade que a utilização do precedente, deitado nas raízes do *stare decisis*, é, na alçada do Tribunal, uma decisão política que, partindo do pressuposto de uniformidade do entendimento judicial, fixa para a sociedade uma certa previsibilidade do Direito. É uma decisão política de cunho altamente substancial que

²⁷² O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and politics*. v.2. p. 111.

²⁷³ O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and politics*. v.2. p. 111. Conforme explicou o Juiz Felix Frankfurter: "Evidentemente, nenhuma Corte pode remapear os distritos de Illinois para adequá-los aos modelos mais justos para um sistema representativo. No máximo, podemos declarar que o sistema eleitoral existente é inválido. O resultado seria deixar Illinois sem distritos e colocar em execução, se o parlamento de Illinois escolher permanecer inerte, a escolha dos membros da House of Representatives por meio de uma eleição em todo Estado. A última opção seria pior que a primeira".

²⁷⁴ No vernáculo: "É hostil para o sistema democrático envolver o Judiciário nas políticas populares. E não é menos pernicioso que alguma intervenção judicial em uma política essencial controversa seja disfarçada com as abstratas expressões do direito".

opta pela segurança, pela estabilidade, pela justiça das decisões – ainda que o próprio precedente seja injusto, será para todos – e pela celeridade do Judiciário, em prejuízo da análise casuística e da justiça de cada decisão.

Não se pode negar, ao depois, que o Judiciário, enquanto poder, está intimamente vinculado à vida das pessoas. Nossa experiência é ainda recente – em face de outras Cortes Constitucionais -, mas hoje em dia é perceptível o ingresso das decisões do Supremo Tribunal Federal na vida e no cotidiano das pessoas.

Sempre que se afirma que não deve o Judiciário ingressar em questões políticas, há de se questionar, afinal, o que é “questão política”? E o que não é? O liame muitas vezes parece bastante sensível, de modo que, ou quase tudo se torna questão política, ou, confundindo política com questão eleitoral, nem sempre é possível afirmar que uma questão se enquadre exatamente nos liames desta.

Afirmar que não deve o Judiciário adentrar a tal seara é uma resposta por demais simples para as questões envolvidas e seus possíveis desdobramentos. E é ainda mais simples se visualizada sob o ângulo de efetividade de um direito constitucionalmente assegurado. No mínimo, toda questão “política” rebate a democracia, direito assegurado pelo Estado ao próprio Estado e com desdobramento direto no direito de todo cidadão.

A falta de maior entusiasmo da Corte Norte-Americana no famigerado julgamento *Dred Scott vs. Stanford*, de 1857, em que questões econômicas e políticas impediram o Tribunal de combater a escravidão naquilo que o Senador Henry Cabot Lodge alcunhou de “grande loucura”, acabou sendo suprimida com o tempo, até que, quase 100 anos depois, em 1954, no marcante caso *Brown vs. Board of Education*, a Corte declarou inconstitucionais leis estaduais que segregassem, nas escolas públicas, os alunos negros dos brancos, ocasião em que a “crítica de injustiça social se inspira no senso profundo da moral”²⁷⁵.

A Corte, nessa nova mentalidade, manteve-se firme quando o Conselho Escolar em Little Rock pleiteou, em *Cooper vs. Aaron*, em 1958, o adiamento da implementação do decidido no caso *Brown*, a ponto do Juiz Frankfurter preocupar-se

²⁷⁵ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. p. 192. Para o autor, essa postura da Suprema Corte poderia ser tida, ainda, como profética, dada a previsão de sucesso político dessa crítica moral, mas, em verdade, trata-se apenas de se estabelecer o momento em que o povo norte-americano passa a se submeter aos princípios jurídicos determinados pelo povo do passado, e não a criação de uma nova política constitucional. p. 200.

com o *Chief* Warren, no sentido de que estaria este se tornando mais um “político combativo” do que propriamente um juiz.

O’Brien lembra que Frankfurter preocupava-se com a preservação da Suprema Corte enquanto o órgão impositivo que a Constituição determinava, e não como um palanque de lutas políticas entre a Corte e o país, inclusive após os votos: “When the justices move too far or too fast in their interpretation of the Constitution, they threaten public acceptance of the Court’s legitimacy”²⁷⁶.

A evolução de pensamento da doutrina e jurisprudência norte-americana, evidentemente, não coloca a Corte a salvo; ao contrário, aumenta sua exposição diante da opinião pública, colocando em xeque mesmo seu prestígio.

O’Brien ressalta um problema antigo na Suprema Corte atualmente vivido por nós. Nos Estados Unidos os juízes costumam anunciar suas decisões diante de uma sala repleta de repórteres, advogados e espectadores curiosos, o que estimula uma certa exposição em prol de um bom reconhecimento público. Em 1971, o *justice* Burger convenceu seus colegas a abandonarem a prática ainda utilizada no Supremo Tribunal Federal de ler na íntegra os seus extensos votos. O resultado da prática em face do oneroso dispêndio de tempo fora a utilização por alguns de seus pronunciamentos para a exposição de suas posições políticas. Burger novamente sugeriu que tais palavras fossem resumidas a um curto espaço de tempo²⁷⁷.

A exposição completa de votos e opiniões, principalmente em locais onde as sessões são televisionadas, como no Brasil, conduzia, nos Estados Unidos, a públicas dramatizações e discussões absolutamente impertinentes e desnecessárias, como bem conhecemos. No Brasil, o julgamento da Ação Penal 470 percorreu alguns meses, após milhares de páginas de votos e algumas rugas entre os membros da Corte mais alta do país. Em *hard cases* como esses é realmente improvável não extrair das votações um fundo nitidamente político.

E é sobre isso que pretendemos tratar ao longo deste capítulo.

²⁷⁶ No vernáculo: “Quando os julgadores modificam substancial ou rapidamente sua interpretação da Constituição, eles ameaçam a aceitação pública da legitimidade da Corte”. O’BRIEN, David M. *Storm Center*. p. 278.

²⁷⁷ O’BRIEN, David M. *Storm Center*. p. 278-279.

3.1 O JUDICIÁRIO COMO INSTÂNCIA DE DEBATES POLÍTICOS

Quando Marshall afirmou que os juízes devem se limitar às questões jurisdicionais, negando justiciabilidade às questões políticas, evidentemente, a própria doutrina das “questões políticas”, referendando a tese, salvaguardou a construção de que isso não pode significar que existam questões constitucionais que sejam isentas de controle.

O princípio da autolimitação judicial é uma dessas discussões que não se furtam à necessidade de se impor limites aos próprios limites.

O magistério de Canotilho é farto a respeito:

Em primeiro lugar, não deve admitir-se uma *recusa de justiça ou declinação de competência* do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e deve ser decidida por instâncias políticas. Em segundo lugar, como já se disse, *o problema não reside em, através do controlo constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da constituição, a constitucionalidade da política*. A jurisdição constitucional tem, em larga medida, como objecto, apreciar a constitucionalidade do “político”. Não significa isto, como é óbvio, que ela se transforme em simples “jurisdição política”, pois tem sempre de decidir de acordo com os parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da constituição. Consequentemente, só quando existem parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político pode o TC apreciar a violação desses parâmetros²⁷⁸.

O professor de Coimbra ressalta que o sentido para o princípio da autolimitação judicial não é impedir a existência de juízos político-valorativos na interpretação da Constituição, mas sim guiá-los dentro dos limites da função jurisdicional. “Isso implica, desde logo, *reflexão* sobre a respectiva precompreensão e *disciplina* na invocação de elementos de interpretações valorativos”. Segundo Canotilho, a ideia imporia limites à cognição dos vícios, devendo-se apurar *vícios de constitucionalidade* dos atos normativos, e não os *vícios de mérito* – oportunidade e conveniência²⁷⁹.

²⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1309.

²⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1309.

Ocorre que tal distinção nem sempre se faz tão simples e uma dessas vertentes se apresenta quando tratamos, por exemplo, do *princípio constitucional da proporcionalidade*, considerado implícito na Constituição Federal, a decorrer, no entendimento do STF, do *devido processo legal substantivo*.

Segundo a doutrina administrativista, não ofenderia o princípio da proporcionalidade a escolha pelo Executivo sobre o local de construção de uma praça, mas sangraria o princípio se este mesmo Chefe escolhesse construir a praça ao invés de um hospital necessário à população²⁸⁰.

Na ADPF 45 MC, do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal traçou alguns parâmetros acerca da imersão política da jurisdição.

Lembrou o decano que essa a atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal por meio das ações constitucionais “põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais”.

De acordo com o Ministro, a Constituição pode ser violada também quando o Estado deixa de adotar as medidas necessárias para efetivar a Constituição, tornando seus preceitos realidade concreta. Isso não significa, por evidente, que cabe ao Judiciário formular e implementar políticas públicas, atribuição conferida ao Executivo e ao Legislativo. Mas não se autoriza que os órgãos estatais reiteradamente descumpram os encargos políticos ao qual se comprometeram mediante a confecção da Constituição. Sua vertente programática não pode servir de escudo para promessas inconsequentes.

Ressalta Celso de Mello, ainda, que devem guiar as políticas públicas os princípios da *reserva do possível* e do *mínimo existencial*, de forma a, de um lado, nem onerar o Poder com mais do que pode arcar, de outro, nem ignorar que certos direitos são necessários para uma vida digna²⁸¹.

O professor Paulo Bonavides aponta uma distinção quanto às vias utilizadas pelo controle de constitucionalidade. Enquanto a via de *ação* teria um cunho

²⁸⁰ Consoante destaca a melhor doutrina acerca do referido princípio: “Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. p. 38.

²⁸¹ Ver: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*.

notoriamente *político*, a via de *exceção* caracterizar-se-ia mais como *judicial*²⁸². Mas, segundo o professor, mesmo nesta, em face das consequências e dos direitos discutidos, não haveria como se afastar do cunho *político*. Assim, enquanto a via de exceção apresentar-se ia formalmente como judicial, no aspecto material é de enorme dificuldade limitar os temas políticos.

Daqui promanam pois obstáculos que fazem hesitante senão polêmica a abrangência de certos assuntos na competente órbita judicial de exame de constitucionalidade. E se não houver um critério satisfatório com que separa o político do jurídico, o resultado bem poderá ser o retraimento do Poder Judiciário evacuando considerável área no campo das garantias constitucionais ou, ao contrário, sua indébita intromissão na esfera da competência constitucional dos demais poderes²⁸³.

Bonavides lembra a busca de Rui Barbosa por um critério para separar os atos estritamente políticos, excluídos da tutela jurisdicional, ao mesmo tempo em que reconhecia que “todos os atos legislativos passíveis de uma averiguação de constitucionalidade constituem genericamente matéria política”²⁸⁴.

Para o supracitado professor deveria haver uma linha a separar os atos atribuídos aos ramos da soberania daqueles que se consideram direitos atribuídos aos indivíduos. Mas é que mesmo um dos atos mais reconhecidamente políticos – a lei – não se furta à apreciação jurisdicional de sua constitucionalidade, a qual ninguém sobriamente contesta, justamente em face da hierarquia que determina o alinhamento das normas ao texto maior, ou melhor, o alinhamento dos atos normativos separados à vontade soberana inscrita no texto constitucional.

Da mesma forma não é convincente defender ser a matéria dos direitos individuais excluída da seara política, não apenas porque sua efetivação depende muitas vezes de políticas públicas, mas também porque não raro se vê tais direitos associados a outros, digamos, eminentemente políticos. É o que ocorre, por exemplo, quando se entende ser a captação de sufrágio causa de inelegibilidade em face do direito de voto do cidadão²⁸⁵.

²⁸² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 317.

²⁸³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 318.

²⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 318.

²⁸⁵ Foi o que reconheceu Rui Barbosa, conforme ensina Bonavides: “A boa doutrina que aqui se produziu foi portanto no sentido da admissão e legitimidade desse controle quando, de envolta com questões

O mestre cearense ressalta que a distinção tornou-se ainda mais problemática com a *politização* decorrente da ascensão do Estado Social contemporâneo, que houve por bem constitucionalizar certas questões cruciais não apenas do ponto de vista do indivíduo, mas do coletivo, sobrepujando a ideia de direitos fundamentais do Estado Liberal – 1ª dimensão.

Além disso, ressaltava Rui Barbosa:

Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demanda, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado²⁸⁶.

Não se deve olvidar, ademais, que o controle das leis segundo a constitucionalidade é fruto de uma sobreposição ao Estado Absolutista, evitando-se que o governante reine absoluto, criando leis casuísticas e ilimitadas.

John Hart Ely constituiu-se como um dos mais críticos doutrinadores norte-americanos contra a ingerência do Judiciário em questões políticas em sua teoria do reforço da democracia (*democracy-reinforcement*).

Ely parte de uma concepção procedimental do papel do Judiciário quanto à democracia, de sorte que deve este Poder exercer suas atribuições para garantir o bom funcionamento do processo democrático, sem interferir no mérito das escolhas realizadas politicamente.

Não haveria justificativa, segundo o ex-professor da Universidade de Miami, para a crença de que os valores dos juristas deveriam prevalecer sobre aqueles pertencentes aos representantes democraticamente eleitos²⁸⁷. E, caso os representados não concordassem com as opções destes, poderiam demonstrar sua insatisfação no pleito eleitoral.

políticas, há direitos individuais cuja preservação ou tutela se faz necessária”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 324.

²⁸⁶ BARBOSA, Rui, *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*. p. 178.

²⁸⁷ Lembra Ely: “Quando uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está *rejeitando* a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à ‘correção’ pelo processo legislativo ordinário. Assim, eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam”. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. p. 8.

Assim, o Judiciário deveria deixar a democracia seguir naturalmente seu curso, intervindo apenas quando o processo apresentar falhas que gerem desconfiança, a fim de controlar o seu livre exercício:

Não é justo dizer que o governo está “funcionando mal” só porque às vezes ele gera resultados com os quais discordamos, por mais forte que seja nossa discordância (e afirmar que ele obtém resultados de que o “povo” discorda – ou de que discordaria, “se compreendesse” – na maioria das vezes é um pouco mais que uma projeção delirante). Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o *processo* não merece nossa confiança. Quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.

É óbvio que nossos representantes eleitos são as últimas pessoas a quem devemos confiar a identificação de qualquer uma dessas situações. Os juízes nomeados, no entanto, estão relativamente à margem do sistema governamental e só indiretamente precisam preocupar-se com a permanência no cargo. Isso não lhes dá um canal de acesso especial aos valores genuínos do povo norte-americano: na verdade, pelo contrário, praticamente assegura que não terão esse acesso. No entanto, isso também lhes dá condições de avaliar objetivamente – embora ninguém possa dizer que a avaliação não estará cheia de decisões discricionárias tomadas no calor do momento – qualquer reclamação no sentido de que, quer por bloquear os canais de mudança, quer por atuar como cúmplices de uma tirania da maioria, nossos representantes eleitos na verdade não estão representando os interesses daqueles que, pelas normas do sistema, deveriam estar²⁸⁸.

Ely critica, outrossim, a *leitura moral da Constituição*, dado o fato de esta estar mais sensível às opções puramente pessoais de cada *justice*²⁸⁹.

²⁸⁸ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. p. 137.

²⁸⁹ “A experiência nos diz que, na verdade, haverá sim uma distorção sistemática na escolha de valores fundamentais pelos juízes, uma distorção que privilegia (o que, aliás, não surpreende) os valores dos profissionais liberais da alta classe média, da qual provém a maioria dos juristas, dos juízes e também dos

As críticas de Ely merecem sublime consideração, pois escancaram uma preocupação homogênea, mesmo entre aqueles mais ativistas, de que o Tribunal não deve nem exceder seu campo jurisdicional e se colocar na posição de legislador e de que não é desejável que os juízes se valham puramente de suas opções morais para justificar decisões coletivas.

Quanto à segunda objeção, importante destacar o papel da justificação racional enquanto método para o controle da atividade jurisdicional. Ninguém pode ser neutro ou imparcial, salvo para as equivocadas suposições liberais. E, se assim o é, é ideal que exista uma forma de se assegurar que as questões pessoais do julgador influenciem o mínimo possível no julgamento.

A ironia de Ely, ao afirmar que se 6 *justices* gostam de Rawls e 3 de Nozick e que, portanto, vencem por 6 a 3²⁹⁰, anulando a lei, o que não pode ser tido como esperado nos Estados que exigem do Judiciário que suas decisões sejam motivadas racionalmente, cai por terra ao termos por inimaginável esse tipo de quadro até em procedimentos do Júri como o nosso, que aceita recurso se os jurados votarem manifestamente contra a prova dos autos, conforme preceitua o artigo 593, III, “d”, do Código de Processo Penal.

E a justificação racional também serve como forma de se medir a primeira objeção. Vale dizer, a construção racional da decisão serve como instrumento para se averiguar quão política é a decisão do Tribunal e se ela adentra, de forma desarrazoada, à esfera do Legislativo, até porque, em verdade, é difícil uma decisão de uma Corte Constitucional que não seja pelo menos um pouco política. Toda Constituição, seja quando for interpretada, traz em si uma vertente política muito forte, até porque tem a missão de elencar os anseios da sociedade.

Antes de se preocupar com o Judiciário legislando, é necessário lembrar que alguém precisa defender a Constituição acima de todo o ordenamento jurídico. E que tal função, embora caiba a todos os poderes, não poderia ter seu controle atribuído a nenhum outro que não fosse o Judiciário. Assim, ter um controle de constitucionalidade das leis, embora traga riscos, é uma necessidade inerente a todo Estado Constitucional, a fim de se preservar os anseios populares que guiaram o poder constituinte originário.

filósofos. As pessoas costumam achar que o que é importante para elas é importante para todos, e nós não somos exceção”. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. p. 78.

²⁹⁰ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. p. 77-78.

E, embora não exista uma fórmula, é evidente que a interpretação constitucional não deve ter o cunho de criar um direito que não decorra direta e automaticamente da leitura do dispositivo constitucional, sob pena, aí sim, de se imiscuir na função legislativa.

Tampouco é possível, como pretende Bonavides, traçar uma linha imaginária e de um lado colocar as questões políticas e do outro as demais. Nota-se, pois, que elas se misturam de uma maneira tão intrincada que talvez não exista uma questão puramente jurisdicional presente na Corte Constitucional.

Restará o apelo à fundamentação e a razoabilidade da motivação, a inspirar a decisão para que decorra diretamente do texto constitucional e não se transforme em inovação presente apenas no imaginário dos juízes.

3.2 O PROBLEMA DA INÉRCIA LEGISLATIVA

No Estado Legal, Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra que a lei se apresenta ao reduzido papel de instrumento político. De acordo com Burdeau, ressalta o professor que a lei se configura enquanto meio pelo qual o poder político busca realizar seu programa.

A lei, no Estado Legal, não está voltada para apresentar um conteúdo de justiça, mas sim por representar a vontade política do povo. Assim, bastaria que a lei tenha sido editada nos termos do processo legislativo para que seja vista pelo Governo como hábil para a realização de seu programa.

Mas a presença das “ideologias de combate”, talqualmente o marxismo, acabaram consagrando a tese de que a lei não apenas se mostra como meio para a busca de um programa, mas sim representa a conquista política das forças dominantes, de caráter não neutro. Assim, “a lei se politiza. Quer dizer, ela ganha o caráter de medida política adotada pelo Governo (definida pela maioria política e enquadrada partidariamente) para alterar a sociedade no sentido que este grupo entende bom”, vale dizer, com uma face nitidamente partidária e antiminoritária²⁹¹.

²⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. p. 47-49.

Ocorre que, igualmente, diante dos direitos propugnados constitucionalmente, a ideologia da maioria pode estar representada justamente na ausência da lei. Isto é, o interesse majoritário político estaria escancarado no fato de se negar a produzir a lei que garantirá direitos, muitas vezes às minorias políticas.

Nada mais sutil que afirmar que a ausência de legislação equivale a um silêncio eloquente no mesmo momento em que o texto constitucional traz em si uma determinação para que os Poderes garantam a possibilidade de exercício de determinado direito.

Noutra oportunidade, e com igual maestria, o professor da USP lembra que o modelo de Montesquieu tende para a preponderância do Legislativo. Este confecciona a lei, que servirá ao Executivo para administrar e ao Judiciário para julgar. Assim, embora independentes, o sentido dos demais Poderes seria pré-determinado pelo Legislativo²⁹².

Tal concepção restou clara no modelo Parlamentar inglês, caracterizado, de um lado, pela supremacia do Legislativo, e, de outro, pela submissão do Executivo por meio da “responsabilidade política do Gabinete”²⁹³.

Neste estado de coisas, a democracia era confundida com a soberania parlamentar, de forma que a vontade do povo significava, em último grau, a vontade do Parlamento.

Mas a atribuição de excesso de funcionalismo ao Legislativo, longe de erigi-lo ao papel de dominador, acabou tornando este Poder, por sobrecarga, quase paralisado²⁹⁴. Um número alto de questões que batiam às portas de um Poder nitidamente burocrático e marcado pela necessidade de uma imensa pluralidade para cada decisão a ser tomada verteu o Legislativo em uma decadência da qual não se recuperou até os dias atuais²⁹⁵.

²⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete vezes democracia*. p. 87.

²⁹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete vezes democracia*. p. 88.

²⁹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete vezes democracia*. p. 89.

²⁹⁵ Tratando da realidade estadunidense, ressalta Gilmore: “Um dos fatos da vida legislativa, pelo menos neste país e neste século, é o de que obter a promulgação de um estatuto é muito mais fácil do que se conseguir a revisão desse estatuto, para ajustá-lo às condições diferentes de um mundo em transformação. No nível federal, é extremamente difícil, quase uma impossibilidade, concentrar a atenção de um Congresso dominado por crises em qualquer área de reforma legal, mesmo urgente, enquanto não se converter numa questão de controvérsia política. E quanto mais rígida foi a elaboração original de um estatuto, mais difícil se torna ajustá-lo às condições diferentes sem uma revisão legislativa. Infelizmente, com o *New Deal*, entrou em voga um estilo de formulação legal que visava a uma precisão sobrenatural e sobre-humana, tanto no nível federal como no estadual”. GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. p. 111-112.

Em pesquisa recente, o Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE concluiu que o brasileiro confia mais no Supremo Tribunal Federal do que no Congresso, resultado influenciado sobremaneira pelo julgamento do caso “mensalão”. De acordo com o Instituto, numa escala de 0 a 100, o índice de confiança do STF é de 54, frente a 35 do Congresso. Ainda, o Instituto apurou que a confiança no Judiciário de modo geral é de 47 pontos. Para o brasileiro, a confiança no Congresso só é maior do que a dos partidos políticos, com 29 pontos. Nesse quadro, a Presidência da República destacou-se obtendo 63 pontos²⁹⁶.

Nesse momento, bastante restrito, acentuou-se o caráter parcial do Legislativo, determinado a tratar apenas daquilo que fosse interesse das forças políticas dominantes, e, quiçá, alguns ataques emergenciais e populistas. É então que o Executivo submete, economicamente, o Legislativo.

Pois bem. Em um quadro desenhado consoante acima exposto, nasce para o Judiciário não mais a função de analisar a constitucionalidade de uma norma existente, mas, ao contrário, verificar se a ausência da lei é, em si, inconstitucional.

No direito comparado, o artigo 283 da Constituição Portuguesa traz, entre as atribuições do Tribunal Constitucional, a verificação do “não-cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exeqüíveis as normas constitucionais” e, caso reconhecida a inconstitucionalidade, a obrigação de dar conhecimento ao órgão legislativo competente.

Manoel Gonçalves ressalta que a inconstitucionalidade por omissão traz uma “equiparação entre o descumprimento da Constituição quanto a suas regras auto-executáveis e o descumprimento da Constituição quanto a suas regras não auto-executáveis, especialmente de caráter programático”²⁹⁷.

O problema, evidentemente, do reconhecimento do caráter das normas *non self-executing* conduz à dificuldade em exprimir das mesmas a obrigatoriedade de, naquele instante, ter-se tais normas a serviço dos Tribunais. Mas, ao mesmo tempo, é natural que se reconheça não estarem tais normas inseridas em uma carta aberta ao legislador para traduzir a pretensão em lei quando quiser e se quiser²⁹⁸. Diz-se isso

²⁹⁶ <http://br.noticias.yahoo.com/brasileiro-confia-stf-congresso-diz-ibope-095400163.html>.

²⁹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. p. 107.

²⁹⁸ Lembra-nos Manoel Gonçalves: “Tais normas programáticas, como toda norma não auto-executável, fixam parâmetros dentro dos quais o legislador há de definir um corpo coerente de regras obrigatórias, estabelecendo assim um conteúdo prescritivo, que falta aos programas. Igualmente, salvo a hipótese de fixarem prazo para essa definição, sempre deixam ao legislador ordinário a escolha do *momento* em que a

porque a ausência de uma data para a confecção da lei joga a responsabilidade legislativa para o infinito, o que, em verdade, equivale ao poder de não realizar. Evidentemente, não é esse o objetivo buscado pelo constituinte quando elaborou a sistemática programática.

Não que seja correto, em afronta a tal possibilidade pernicioso, afirmar que todo o dispositivo da Constituição possui aplicabilidade imediata desde 5 de outubro de 1988, o que, diante das impossibilidades fáticas, seria realmente ingênuo.

Assim como é ingênuo crer que a mera ciência ao Legislativo sirva para mobilizá-lo a edificar a construção legal necessária para conferir efetividade ao direito propugnado pela Constituição. De fato, a experiência demonstra, o Legislativo só trata daquilo que realmente quer, conforme as orientações políticas predominantes. Não foi diferente, por exemplo, com a regulamentação da greve do servidor público e da aposentadoria especial do servidor público, consoante a lição concretista do Supremo Tribunal Federal²⁹⁹. Enquanto a Corte científicou, nada foi feito.

Interessante, todavia, destacar que o Legislativo brasileiro entendeu o recado. Quando o Supremo ameaçou regulamentar a questão do aviso prévio proporcional, resolveu o Legislativo assumir seu papel e produzir a Lei 12.506/2011.

É claro que a abertura de um espectro de atuação jurisdicional em meio à omissão legislativa não pode significar uma folha em branco para atuar fora de qualquer limite proporcional, vale dizer, além do que se espera do Estado naquele momento, embora esse conceito possa ser tido como essencialmente subjetivo. Mas é que para declarar a inconstitucionalidade por omissão e, mais ainda, para assumir um papel concretista, é preciso que a Corte justifique racionalmente a sua postura. Assim é que, por exemplo, seria inadmissível que a Corte, logo na primeira provocação, deixe de científicar o Legislativo e já assuma uma postura concretista.

Mas, repise-se, a defesa das ambições normativas não pode ser elevada a um ponto tão restritivo que torne sem qualquer eficácia o mandamento constitucional. Certamente, já o dissemos, quando o constituinte expôs suas pretensões a prazo não pretendia dar ao legislador um atestado para fazê-lo a destempo e tão menos para deixar de fazê-lo. Nesse tocante, a omissão é tão lesiva quanto a ação que desfigura o sentido da norma.

promessa se torna prescrição, dela decorrendo direitos e obrigações exigíveis". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. p. 107-108.

²⁹⁹ Mandados de Injunção 283, 680, 708 e 712.

3.3 LIMITES PARA SEPARAÇÃO DE PODERES E CONFORMIDADE DOS FREIOS E CONTRAPESOS

Já se disse que talvez o maior desafio da postura mais ativa do judiciário ou da descoberta da criação do Direito pela via jurisdicional seja desenhar até que ponto tal criação não seja lesiva à separação de poderes, ingressando nas raias de ação do Legislativo.

Kelsen diferencia a função legislativa da jurisdicional, a princípio, lembrando que aquela cria normas gerais e esta normas individuais. Mas ressalta que a anulação de uma lei por inconstitucionalidade – Kelsen não é adepto da teoria da nulidade – tem o mesmo sentido técnico da criação de normas gerais, apenas se diferenciando por ser uma “elaboração com sinal negativo”³⁰⁰.

Para o austríaco, essa atribuição conferida ao Judiciário, em verdade, tem cunho Legislativo, o que significa dizer que há uma “repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo”³⁰¹.

Nesse caso, todavia, o eterno professor de Berkeley assevera que não existe uma violação ao princípio da separação de poderes, como ocorria em algumas monarquias em que o rei poderia derogar por decreto as leis do Parlamento. A ideia de separação de poderes, nesse instante, passa a ceder lugar a uma “divisão de poderes”, sentido no qual o poder estaria dividido entre diferentes órgãos sem que isso signifique isolamento dos mesmos. Ao revés, a atribuição de funções típicas e atípicas serve para que exista um equilíbrio e controle recíproco.

E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão – concentração que seria perigosa para a democracia -, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação de poderes; ao contrário, é uma afirmação dele³⁰².

³⁰⁰ KELSSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 151-152.

³⁰¹ KELSSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 152.

³⁰² KELSSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 152.

Ao tratar da evolução histórica que levou à criação da Questão Prioritária de Constitucionalidade, que instituiu o modelo repressivo na França, e a nova atribuição da Corte de Cassação, Fabrice Hourquebie ressalta que o papel de contra-poder atribuído ao Judiciário tem como função o controle dos excessos do próprio Poder – visto como um todo –, que, na concepção de Montesquieu, é “potencialmente dominante”. O contra-poder é a medida de “equilíbrio global do sistema por ajustes espontâneos ou induzidos entre as potências”³⁰³.

Cabe ressaltar, todavia, que, como se vê, Kelsen fala em “jurisdição constitucional” justamente porque seu modelo restringe-se ao exame de constitucionalidade por meio de um Tribunal com tal finalidade e em uma ação voltada apenas para tanto. Mas o teórico destaca que a questão de ser ou não um tribunal o órgão adequado para anular leis é totalmente desprovida de importância³⁰⁴.

Até porque mesmo no exercício da análise de constitucionalidade em sede incidental ocorre a mesma premissa que na jurisdição constitucional, isto é, o juiz está limitado ao exame da lei conforme lhe fora colocado processualmente, com a atividade de legislador negativo – ainda que para apenas um julgado – amarrada pela diretriz constitucional. Ao passo que o legislador não possui qualquer restrição – nem mesmo procedimentalmente em relação à Constituição, como afirma Kelsen, pois do contrário jamais haveria inconstitucionalidade formal. O legislador terá a liberdade de elaborar as leis da forma como lhe convier, bastando apenas convencer os demais de sua aprovação. E, se ainda sim contabilizar de forma equivocada a votação, pensando estar aprovada a lei que na realidade não obedeceu ao quórum para aprovação, verá entrar em vigência tal norma, até que o Tribunal reconheça sua inconstitucionalidade por vício de forma.

Consoante afirma o mestre austríaco acerca da jurisdição constitucional, “ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito”³⁰⁵. E é isso que lhe torna jurisdicional, ainda que não seja equivocado reconhecer sua base legislativa.

E apesar de reconhecer que as Constituições deverão ter seu modo peculiar de tratar a jurisdição constitucional, Kelsen apresenta algumas premissas genéricas.

³⁰³ HOURQUEBIE, Fabrice. *Quelques observations sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel en France*. p. 6.

³⁰⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 152.

³⁰⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 153.

Primeiramente, ressalta que o número de membros desse Tribunal não pode ser elevado, dada sua missão jurídica. E a escolha de tais membros sofrerá reservas se depender da eleição de apenas um outro Poder, sendo adequado que haja uma combinação, como teoricamente ocorre no Brasil com a escolha pelo Presidente e a aprovação pelo Senado – digamos “teoricamente” porque bem sabemos que os laços políticos acabam conduzindo a uma aprovação anunciada pela Casa Legislativa, que em toda história reprovou apenas a nomeação do médico Cândido Barata Ribeiro.

Kelsen chama a atenção para a necessidade de um perfil técnico na Corte: “É da mais alta importância conceder, na composição da jurisdição constitucional, um lugar adequado aos juristas de carreira”, sugerindo, por exemplo, indicações a serem realizadas pelas Faculdades de Direito do país. “De fato, o tribunal tem o maior interesse em fortalecer sua autoridade trazendo a si especialistas eminentes”³⁰⁶.

Nesse aspecto, as últimas quatro indicações realizadas para o Supremo Tribunal Federal, todas por conta da Presidente Dilma Rousseff, tiveram um alto perfil técnico. Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso já o eram juristas de largo reconhecimento no país.

Em 11 de setembro de 2012, o Advogado-Geral da União, Luís Inácio Adams, em entrevista, confirmou que a Presidente Dilma Rousseff tem adotado tal perfil técnico para a indicação dos nomes para a Corte³⁰⁷.

Kelsen ainda destaca ser importante excluir membros do governo ou do parlamento da referida escolha, já que são precisamente atos destes que caberá à jurisdição constitucional controlar. “É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional”³⁰⁸.

O mestre austríaco não esconde que a presença política na escolha dos juízes da Corte Constitucional pode ser decisiva no processo, mas prefere, ao menos, que tal politização seja declarada e às abertas, ao invés de dissimulada. Melhor seria, segundo ele, que um dos membros fosse diretamente escolhido pelo Parlamento, por eleições, “levando-se em conta a força relativa dos partidos”³⁰⁹. Assim, diante da

³⁰⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 154.

³⁰⁷ Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/09/perfil-tecnico-e-preferencia-de-dilma-na-escolha-para-o-stf-diz-adams.html>>.

³⁰⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 154.

³⁰⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 154.

presença técnica dos demais escolhidos, haveria um legítimo e esclarecido equilíbrio entre o político e o jurídico.

A preocupação de Kelsen foi retomada por Robert Bork em *The tempting of America*, conforme narra Cass Sunstein. Segundo o supracitado autor, há dois tipos de juízes com uma premissa bem distinta: os neutros, que se prendem às determinações legais; e os políticos, que negam tal vinculação. A diferença é a aceitação ou negação de estar o juiz vinculado aos princípios do texto.

Bork afirma que aqueles que rejeitam tal vinculação adentram à função legislativa do Congresso e infringem a separação de poderes e o federalismo. Mas não se pode entender que a ruína da suposta neutralidade seja um fenômeno recente. Ao contrário, o autor relembra quão antiga é tal sedução no constitucionalismo norte-americano³¹⁰.

Sunstein destaca que o autor defende ser a Constituição uma lei a que não se pode ignorar, e que deve ser visualizada também sob o prisma original, isto é, de acordo com o entendimento daqueles que ratificaram o texto constitucional. É como uma medida dos interesses e pretensões da sociedade que edificou a Carta.

Segundo esse prisma, um juiz que rejeite os entendimentos originais rejeita a própria Constituição, ou se vê realmente em uma queda livre, ou abismo, onde o significado se dá por suas próprias predileções ou juízos de valor. Para esse magistrado, a Constituição se torna irrelevante, visto que apenas suas opiniões importam. É nessa altura que se requer neutralidade e, conseqüentemente, legitimidade da parte do juiz. Para Bork, evitar juízos de valor é parte fundamental da tarefa do direito. Apenas a observação dos entendimentos originais se presta a essa função³¹¹.

Mas Sunstein, com acerto, destaca o equívoco dessa análise, lembrando os pontos nevrálgicos da jurisprudência norte-americana que estariam extremamente afetados por tal entendimento. Fosse com base no “originalismo”, uma Constituição tão antiga ainda apresentaria legitimidade, por exemplo, para a escravidão³¹². Como ressalta o mestre da Universidade de Chicago, é “surpreendente, mas real, que muitos dos

³¹⁰ SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. p. 120-121.

³¹¹ SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. p. 121.

³¹² SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. p. 121-122.

princípios da liberdade constitucional mais prezados pelos americanos tenham sido criados não pelos fundadores, mas pela Suprema Corte durante este século”³¹³.

Nessa toada, a questão das consequências deve ser erigida para a análise principiológica da interpretação. Tampouco é razoável sustentar que a presença dos valores pode ser afastada da interpretação constitucional, sob o argumento esdrúxulo de que rompe com a separação de poderes e adentra ao mérito original da Constituição.

Em Constituições tão antigas, como a norte-americana, não é válido sustentar que os Tribunais de hoje devem permear as pretensões da sociedade de 1787. Se a lei fundamental de um Estado serve como alarme para os anseios da sociedade, é certo que os valores que circundam a interpretação constitucional prestam excelentes serviços como atualizadores desses anseios.

Para aqueles que creem não ser o entendimento original decisivo para a interpretação constitucional não é correto concluir que se furtam ao significado real da Constituição.

Ao contrário, imaginam que a interpretação adequada da Constituição requer uma consulta às considerações não contempladas no entendimento original (compreendido em termos estritos). Alegam frequentemente que o seu conceito preferido de interpretação é ele próprio uma exigência histórica. Em qualquer caso eles propõem não abandonar a Constituição, mas discernir o seu significado com base em algo além do entendimento original (novamente, compreendido em sentido estrito)³¹⁴.

Assim, Bork difere substancialmente de Kelsen, que admite a existência de valores e de diretrizes políticas na jurisdição constitucional, embora não fosse de todo desejável. Mas, sendo inevitável, melhor que tais concepções sejam realizadas de forma transparente.

Roman Herzog, ex-Presidente do Tribunal Constitucional Federal e da República da Alemanha, em 1993, afirmou que o direito constitucional alemão na época da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, era composto por 146 artigos e, quarenta anos depois, passou a ser implementado por 15 a 16.000 páginas de decisões jurisdicionais do Tribunal³¹⁵.

³¹³ SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. p. 122.

³¹⁴ SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. p. 123.

³¹⁵ MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. p. 1.

De qualquer forma, indissociável do princípio de interpretação que a Constituição seja analisada a partir da vontade política e da orientação valorativa da sociedade atual, sob pena de malferir o objetivo principal de qualquer Constituição, que é se constituir enquanto diretriz das pretensões de seu povo.

Toda interpretação edificada sob tais preceitos não rasgará, como se espera, o pano que define ser do Legislativo a competência para inovar a ordem normativa. Esclarecer a vontade da Constituição é tarefa de todos, mas quis a prática constitucional que restasse ao Judiciário controlar tal fator.

3.4 ENTRE A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A LEGISLAÇÃO JUDICIÁRIA

A questão do limiar entre a criação e a aplicação do Direito sempre incomodou a teoria e, apesar de profundas análises, jamais conseguiu obter uma resposta que se mostrasse plenamente segura. Talvez porque grande parte da doutrina que tenha se dedicado ao tema acabasse buscando, de fato, a existência de uma linha divisória, ao invés de se dedicar a campos onde as duas áreas mais se misturam do que se separam.

A busca por um divisor de águas entre aquilo que seria interpretação e aquilo que significaria verdadeira criação alimenta, como seria de se esperar, uma discussão prática acerca das motivações judiciais, no afã de garantir que o Judiciário não rompa a barreira separatista e se imiscua na função típica do Legislativo.

De forma muitas vezes pejorativa, é comum se referir aos novos parâmetros judiciais como “ativismo”, sem que o termo consiga precisar justamente em que ponto se encontra o Judiciário naqueles campos acima traçados. Seria o ativismo um Judiciário mais interpretativo sem adentrar à pura criação? Ou será que o ativismo tem a nítida ideologia criativa do Direito? Como distinguir, aliás, o que é criação e o que é aplicação? As respostas para tais perguntas poderiam resolver todo o dilema que cerca as Cortes Constitucionais contemporâneas. Afinal, o Judiciário está mesmo invadindo competências externas?

Essa preocupação é partilhada por Bruce Ackerman, para quem a preocupação das Cortes Superiores em formatar modelos morais é inconsistente com a democracia dualista, que exige mudanças de baixo para cima, e não o oposto:

Não é próprio à jurisdição especial dos juízes e juristas conduzir o povo progressivamente na direção de novos e mais elevados valores. Essa é a tarefa dos cidadãos que podem, após investir muita energia, ter sucesso (ou fracassar) na tarefa de obter o consentimento da maioria dos seus compatriotas. O que os juízes e juristas podem fazer é preservar as conquistas da soberania popular durante os longos períodos da nossa existência pública, quando a cidadania não estiver mobilizada para grandes conquistas constitucionais³¹⁶.

Mas, como diria Kelsen, “não seria uma petição de princípio querer medir a criação do direito com um padrão que só é criado com o próprio objeto a medir?”³¹⁷.

O mestre austríaco, que passou seus últimos dias em Berkeley, proferiu em outubro de 1928, junto ao Instituto Internacional de Direito Público, brilhante exposição acerca da jurisdição constitucional e tratou, de forma ímpar, a questão da criação e da execução do direito criado.

A princípio, Kelsen afirma que o paradoxo decorrente da identificação do direito com o próprio direito é fruto da concepção tradicional que confunde lei com direito. E, assim, a jurisdição e, ainda mais, a administração, enquanto funções se colocariam externamente ao direito, como que apenas aplicando um direito preexistente antes delas, isto é, pura e simplesmente a lei³¹⁸. Nessa concepção, a criação derivaria apenas da legislação.

Mas, ensina o eterno professor de Berkeley, é inverdade a relação de separação absoluta que se cria entre legislação e execução, como se entre elas houvesse um abismo. Em verdade, tanto uma quanto a outra representam ao mesmo tempo criação e aplicação do direito: “Legislação e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias”³¹⁹.

³¹⁶ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. p. 195.

³¹⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 124.

³¹⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 124.

³¹⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 124-125.

O processo se iniciaria na influência da ordem internacional na soberania dos poderes constituintes originários, para passar pelos atos normativos e alcançar os atos administrativos e as sentenças, dos quais derivam ainda atos de execução material, encerrando o deslinde.

Nesse processo, é perceptível como o direito cria o próprio direito e os atos executórios, sem se desvencilhar do direito, conduzem à eterna dialética de criação e recriação do Estado. De forma que todas etapas do processo, no fundo, representam a vontade criadora e coletiva do Estado moderno.

Se partirmos da análise da Constituição, como norma superior posta, podemos afirmar que ela regula a elaboração da legislação, e, assim, a legislação se traduz em aplicação do direito constitucional. Mas para os decretos e regulamentos submetidos à lei, a lei é fonte da criação do direito. Da mesma forma, o decreto é, em relação à lei, aplicação; e, em relação ao ato administrativo que o aplica, criação³²⁰.

Assim, o direito se verá concretizando ao longo de todo o percurso que se inicia, na colocação acima, na Constituição e culmina nos atos de execução material. Para Kelsen, a cada nível que se desce em direção aos atos de execução material diminui-se o espaço criativo e aumenta-se a parte da aplicação³²¹. Nessa razão, cada grau produz direito para o inferior e reproduz o superior. As sentenças, na base desse sistema, seriam dotadas de maiores limites para a criação.

E é essa afinação com o grau superior que mede a regularidade da norma. “Garantias da Constituição significam portanto garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis”³²².

Ocorre que, ao contrário do que se poderia simplesmente supor, embora a lógica kelseniana não seja equivocada, as normas individuais decorrentes das sentenças judiciais não se submetem a um modelo em que são na esmagadora parte aplicadoras ao invés de criativas.

Devemos lembrar que, na análise kelseniana, a interpretação da norma e sua valoração aplicativa ocorre “mesmo diante da mais absoluta inequívocidade de sua formação literal”³²³, culminando na produção da norma individual:

³²⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 125.

³²¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 126.

³²² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 126.

³²³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Hermenêutica Kelseniana*. p. 44.

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral³²⁴.

A interpretação necessariamente passa por um processo de criação, não apenas porque toda decisão deve dizer qual o produto da interpretação, mas também porque esse processo envolve afastar as interpretações divergentes que, de uma forma ou outra, poderiam ser concedidas ao texto legal. É claro que a interpretação completamente oposta à norma renderia mais do que interpretação ou criação judicial do Direito, equivalendo-se à própria criação da norma. Equivaler-se-ia ao processo legislativo, mas ofuscado pelo fato de que seria realizado por apenas uma pessoa, sem fundamento legal e que não fora escolhida para ser representante da maioria. É como asseveram Mendes, Coelho e Branco: “uma coisa é atribuírem-se, criativamente, significados ou sentidos às regras de direito, e outra, bem distinta, é desconstruí-las, mas, ainda sim, dizer que isso é *interpretação*”³²⁵.

Até porque em Estados como o nosso a criação de leis é atividade designada, de forma típica, ao Legislativo, mediante representantes democraticamente eleitos. Isso significaria que a criação legal por parte de outros Poderes, fora das hipóteses constitucionalmente previstas, e, evidentemente, dentro da proporcionalidade que assegura o equilíbrio dos Poderes, identificar-se-ia com o desvirtuamento da própria democracia.

Aliás, não pode ser considerada nenhuma grande conclusão aquela que aduz que o Judiciário não deve legislar, mas sim julgar com base no Direito positivo e nos princípios constitucionais. O problema é saber quando o Judiciário está de fato inovando a ordem jurídica estanque. Uma linha tênue e cambiante pode, muitas vezes,

³²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. p. 390-391.

³²⁵ MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. p. 92. Lembra-nos o magistério de Cappelletti: “Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 74.

separar a criação legal da interpretação/efetivação do direito, o que, no campo teórico, conduz a uma ideia de impossibilidade de definição de limites³²⁶.

Mais do que isso: o controle de constitucionalidade permitirá que o Judiciário aja como legislador negativo, mas para tanto há um fundo igualmente democrático: a própria Constituição, promulgada pelos representantes do povo, democraticamente eleitos. Assim, não teríamos criação do Direito, mas mera efetivação da Constituição.

Quer dizer que a Constituição se permite romper com a barreira legal justamente por conta dessa mais-valia democrática, não havendo, a princípio, problema quando se afirmar que o Judiciário deve efetivar a Constituição. O problema é sempre a interpretação que desvirtue do sentido da norma constitucional, bem como da criação legal sem qualquer base na Constituição.

Parece-nos que desde as contribuições de Montesquieu resta difícil imaginar um modelo de Estado que se permita equilíbrio funcional sem a presença de um Executivo, um Legislativo e um Judiciário, exercendo funções típicas e buscando o equilíbrio pelo controle mútuo. Àquele que for atribuída – ou admitida - mais de uma função, evidentemente, estará sendo atribuído também mais poder, gerando grave desequilíbrio na balança estatal.

O problema da ausência de legitimidade do Judiciário é resolvido, já dissemos, pela necessidade de motivação racional das decisões, a partir do qual a sociedade absorve e aprova ou reprova a conduta dos juízes. Deve-se registrar, ainda, que dentro da doutrina de separação de poderes, o Judiciário sofre a influência de controle por parte dos demais Poderes, não reinando sozinho e irresponsável.

Não se deve olvidar, por outro lado, que a lei, num sentido amplo, enquanto objeto a ser interpretado, sofrerá necessariamente a influência cultural e ideológica de quem apreende o objeto³²⁷. Construções tais desafiam a ultrapassada premissa de que *in claris cessat interpretatio*. O que é realmente “claro” no Direito? A

³²⁶ Cappelletti apresenta algumas questões simples - “virtudes passivas” - que diferenciam procedimentalmente o trabalho legislativo/administrativo do judiciário: a) os juízes devem ser *super partes*, isto é, decidir sobre casos do qual eles não participem ou tenham interesse, livre das pressões das partes; b) o processo deve sempre apresentar claramente seu caráter contraditório, permitindo uma manifestação adequada de todas as partes perante um juiz imparcial; c) o processo jurisdicional necessita de atores a movê-lo, não se iniciando *ex officio*. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p.75-76.

³²⁷ “como o direito integra o mundo da cultura, o conhecimento das normas jurídicas, também ele, está submetido a todas as *vicissitudes* que singularizam o processo gnosiológico das *coisas do espírito*, fato que se constitui num motivo adicional para não se exigir *mais objetividade* aos sujeitos da interpretação”. MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. p. 95.

interpretação judicial passa, assim, longe de ser um defeito, constituir uma necessidade, inerente ao processo de descobrimento do Direito. Mas, ressalta-nos Cappelletti, criatividade jurisprudencial não significa “direito livre”³²⁸.

Por essa razão, a interpretação, principalmente a constitucional, constituir-se-á no momento em que se tomam as razões do decidir, o que identifica sempre uma característica temporal e local na construção da decisão. Eis a razão pela qual pode o Tribunal alterar seu posicionamento anterior para passar a considerar inconstitucional lei que antes era dada por constitucional. Desde que, evidentemente, as alterações do fundamento tenham construção racional que não desvirtue completamente – total incompatibilidade – com o texto constitucional³²⁹.

Uma das vertentes da interpretação constitucional, além disso, é sua amplitude diante das matrizes principiológicas, permitindo, ainda mais, a construção de interpretações divergentes e cambiantes.

O bom do Estado Democrático é que é totalmente relativa a concepção de que, quanto à interpretação do Direito, a última palavra cabe ao Judiciário, diante não apenas das estruturas de freios e contrapesos, mas da titularidade última do poder: o povo.

Assim, por exemplo, o Judiciário brasileiro construiu a tese de necessidade de verticalização das coligações partidárias (Consulta 715 do Tribunal Superior Eleitoral), e, respondendo à queda de braço, o Legislativo aprovou a Emenda Constitucional 52/2006, colocando fim à obrigatoriedade. Logo, vê-se que o jogo democrático permitiu que a última palavra não ficasse restrita aos juízes.

Ademais, não é demais lembrar que o povo, a qualquer tempo, poderá conduzir, diante da total discrepância entre a pretensão da sociedade e as esferas de poder, a um novo poder constituinte originário, buscando tal identidade a partir de suas escolhas.

Logo, a jurisdição constitucional, bem como a interpretação judicial, não se apresenta enquanto risco, mas sim como necessidade para a construção de um Estado democrático, desde que respeitadas os limites que, embora sutis e casuísticos, rompam a função atribuída ao Legislativo.

³²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 26.

³²⁹ Novamente Cappelletti: “O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 74.

Cabe ressaltar, novamente, que um bom termômetro é a característica do direito objetivo ligado ao princípio democrático, de forma que a interpretação não se pretenda enquanto total inovação da ordem jurídica.

Analisando o “ativismo” nos Estados Unidos, Grant Gilmore tece importantes considerações. Uma delas é a de que é justamente no estrangulamento da função jurisdicional que o “ativismo” tende a se desenvolver mais rapidamente.

Gilmore lembra que o “ativismo” destacou-se nos Estados Unidos sob o comando de Earl Warren na Suprema Corte, principalmente nas áreas de Direito Público ou Constitucional, mas o nascimento do “ativismo” antecedeu em muito o Tribunal Warren e atingiu igualmente tribunais federais e estaduais ao longo do país, tanto nas áreas de Direito Privado como no Direito Público.

Ainda em 1978, o professor de Yale já previa: “As perspectivas atuais são de que essa onda de ativismo continuará, não importando quem possa estar no Supremo Tribunal dos Estados Unidos ou em outros tribunais menos augustos”³³⁰.

Gilmore lembra que no período pós-Guerra civil lhe parecia que juízes e teóricos atuavam na mesma direção. De um lado, os padrões dos teóricos e do outros os resultados práticos dos julgados encontravam-se em sintonia. A jurisprudência do pós-Guerra civil, até então, via-se apegada à abstração e à formulação de teorias unitárias, bem como insistia em restringir tanto responsabilidade como as indenizações. Mas, é “certo que, neste século, as reformas preconizadas pelos professores em seus artigos jurídicos já estavam sendo executadas pelos juízes, sem que ninguém se apercebesse do que acontecia”. Assim, as abstrações perderam paulatinamente sua força, desapareceram as teorias unitárias, cresceram as responsabilidades e revigoraram-se as indenizações³³¹.

Para o mestre de Yale, o renascimento da postura ativista se deu conjuntamente com a revalorização do princípio federalista. Dominava, até então, uma postura construída no paradigmático caso *Swift vs. Tyson*, em 1842, que, basicamente, entendia que a *lei escrita estadual*, exceto nas searas reguladas pela Constituição e pelos estatutos federais, deveria ser utilizada como regra para julgamentos de casos em que houvesse direito consuetudinário nas Cortes norte-americanas. Assim, estariam excluídas do sentido de *leis* para as cortes federais os precedentes das cortes estaduais.

Em 1938, a posição veio a ser revista no julgamento do caso *Erie Railroad Co. vs. Tompkins*, passando a entender a Suprema Corte que, exceto nas

³³⁰ GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. p. 108.

³³¹ GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. p. 108-109.

questões regidas especificamente pela Constituição Federal ou por atos do Congresso, o *Direito* a ser aplicado em qualquer caso é o Estadual. E se o Direito Estadual foi construído pelo Legislativo estadual por meio de lei ou se é fruto da jurisprudência da mais alta Corte do país não é assunto de interesse federal, não podendo negar-lhe espaço pelo simples fato de ser discutido no âmbito federal. Estava aí gerado um problema de sede federalista.

Gilmore lembra que enquanto o caso *Erie* prevaleceu havia muita frustração por parte dos juízes federais ao se verem vinculados a precedentes estaduais construídos há muito tempo pelos Tribunais Estaduais e não revistos desde então, o que se tornou ainda mais problemático com o aumento das atribuições aos Tribunais Federais, presos aos precedentes estaduais³³².

No entanto, uma série de decisões que vieram a ocorrer após a II Guerra Mundial, em especial o caso *Garrett vs. Moore-McCormack Co., Inc.*, de 1942, reorientou a questão para uma concepção de que a presença de qualquer espécie de interesse federal seria suficiente para que a questão se submetesse à lei federal e não à lei estadual. Antes, imaginava-se que as lacunas no direito federal deveriam ser preenchidas pelo direito consuetudinário estadual, mas essa posição acabou suplantada pela ideia de que o direito federal possui o direito consuetudinário próprio.

E nessas áreas abrigadas pelo direito federal – como, por exemplo, o direito marítimo, falências e patentes – devem receber o insumo de um preceito federal novo, moldado para aquele caso, na inexistência de um anterior, ao invés de ser amparado pelo preceito estadual:

Desde a II Guerra Mundial, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos tem aplicado a noção de que, em áreas de especialidade federal, deve-se ‘moldar’ um preceito federal sempre que não existir um anterior. A supremacia federal exige a aplicação da lei federal, mesmo que o foro de litígio seja um tribunal estadual. Esse aspecto do Novo Federalismo vai muito além da doutrina de lei federal do *Swift v. Tyson*. Por essa doutrina, os tribunais federais não estavam presos aos preceitos da lei estadual, mas os tribunais estaduais também não tinham a obrigação de seguir um preceito federal. Pela doutrina emergente da supremacia federal, os tribunais estaduais serão regidos por preceitos de lei federal numa área que tende a se expandir cada vez mais, à medida que vão se expandindo também os poderes do governo federal³³³.

³³² GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. p. 111.

³³³ GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. p. 110-111.

Gilmore ainda ressalta que a política legislativa vigente após o *New Deal*, e a legislação que, aos poucos, se tornava obsoleta e de difícil atualização, acabou colaborando para a formulação de densas áreas de direito consuetudinário. Desde a segunda metade do século passado, diante de tais problemas legislativos, foi que a doutrina norte-americana passou a confrontar a legalidade com a justiça de forma mais contundente, passando a sugerir que a decisão seja mais baseada no bom senso do que na obsoleta legislação³³⁴.

A nova postura federalista edificada após a II Guerra Mundial, evidentemente, libertou os Estados Unidos das decisões obsoletas em nível estadual, mas não resolve o problema do ativismo e do interpretacionismo por parte da Suprema Corte, principalmente considerando o fato de que o mais alto Tribunal dos Estados Unidos apenas julga o que lhe convém. Daí Gilmore sinalizar pela possibilidade dos Tribunais inferiores oferecerem decisões com interpretação mais atualizada diferente das tomadas pela Suprema Corte, sem que para isso se apresente processo de *overruling*, o que, a nosso ver, pode acabar apresentando um sério problema sistemático e de apontamentos sobre quais e por quais razões precedentes poderiam ser considerados válidos e quais não.

Deve-se ressaltar que, independentemente da experiência constitucional, a interpretação não pode se furtar à lógica, ainda que construída sob certa estrutura cultural. Ademais, também é desejo inerente a todo Estado constitucional que as decisões estejam afinadas em todo o Estado, até porque todo Estado de Direito sempre terá a Justiça entre os seus princípios. É sempre atual a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho de que a Constituição faz o elo entre a Justiça e o Direito³³⁵.

³³⁴ “A medida que a idéia for se tornando mais familiar, eu diria que chegaremos a ver o momento em que a reformulação de um dispositivo estatutário obsoleto estará dentro da competência judicial legítima, assim como a reformulação de um preceito obsoleto do Direito Consuetudinário. Na verdade, se não agirmos assim, daqui a pouco estaremos perdidos num emaranhado legal, sem a menor esperança de encontrar uma saída”. GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. p. 113.

³³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. p. 86. Ainda: “Não se olvide, porém, que a lei somente é lei em razão de um conteúdo de justiça. Ora, a justiça decorre da natureza das coisas, jamais da vontade do homem. O Legislativo, portanto, não faz a lei. A vontade do legislador, expressa por meio de representantes, não cria a norma, simplesmente a declara”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reconstrução da democracia*. p. 9.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA

O constitucionalismo moderno, como já se viu, trouxe o peso aos Tribunais para decidirem acerca da constitucionalidade das normas. E as Constituições modernas tiveram a perspicácia de elencar o Estado Democrático como fundamental para a sobrevivência da sociedade. Nesse jogo, a democracia se viu lançada a um princípio base do Estado Constitucional. O controle a partir dela se tornou inevitável.

A sensibilidade se aguça ao se colocar, como ocorre com a textura normativa das Constituição modernas, diante de um princípio extremamente aberto e amplo, como a democracia. A democracia pode ser, por exemplo, a base processual e ao mesmo tempo a finalidade material. Como assevera a professora Monica Caggiano, “o alargamento do campo de ação do Poder Judiciário decorreu da preocupação com o futuro democrático”³³⁶.

O que preocupa os juristas é exatamente a flexibilidade que marca a interpretação de princípios tão abertos. Afinal de contas, como proteger as regras constitucionais a partir de uma interpretação ampla da Constituição? Estaria o instrumento democrático ao sabor pura e simplesmente da composição da Corte?³³⁷

Não se afirme, por evidente, que a atividade prática da Corte Constitucional derive apenas da falha da instância política, mas é um fato que não deve ser desprezado. Como ressalta Leonardo Martins, o Tribunal Constitucional Federal alemão, pronunciando-se sobre quase todas as questões polêmicas de hermenêutica, mostrou-se muito mais ativo quando os demais Poderes fugiram ao debate, “transferindo questões políticas incômodas ao crivo do controle de constitucionalidade, antes mesmo de haver aperfeiçoado o momento eminentemente político da conformação legislativa”³³⁸.

³³⁶ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo*.

³³⁷ “É fato que os ‘mortos’ não devem governar os ‘vivos’; mas disso **não decorre a exigência de demolição da ideia de rigidez constitucional**. A própria previsão de reforma da Constituição – quer por via revisional, quer por via de emenda – atende razoavelmente à necessidade de adaptar as Constituições à realidade fática. E mais que isto, rompida a estabilidade constitucional e o núcleo duro do postulado do Estado de Direito, qual seria a estrutura jurídica, sólida o suficiente para garantir e preservar a democracia? A fragilidade e a expansividade dos processos de interpretação constitucional já demonstraram flagrante fracasso quando do aniquilamento da democrática Constituição de Weimar, abrindo as portas para o nazismo. **A segurança jurídica e a democracia ainda se encontram na dependência do velho constitucionalismo**”. CAGGIANO Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo*.

³³⁸ MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. p. 5.

De qualquer forma, parece que a postura mais agressiva do Judiciário é fato contemporâneo que decorre de uma soma de fatores, a partir não apenas do aspecto político – como no caso do Legislativo preferir não enfrentar certos temas polêmicos, como ocorreu com o aborto de anencéfalos no Brasil –, mas também do aspecto jurídico que envolve o controle de constitucionalidade e a força cada vez mais focada que se visualiza na Constituição.

O enaltecimento das normas constitucionais e a transformação do direito constitucional em centro das atenções do ordenamento jurídico do Estado, de forma que hodiernamente se fale constantemente em constitucionalização do direito civil, do direito processual etc, carreou toda a discussão para uma comparação de conformidade com o texto constitucional³³⁹.

Nesse entrevero, a democracia se rendeu ao charme do constitucionalismo e os Tribunais tiveram a agudeza de introduzir em suas discussões os direitos que diziam respeito, direta ou indiretamente, à efetivação da democracia, sobretudo aqueles pertinentes à seara eleitoral.

Como ressalta com particular destreza o mestre Canotilho, a “Constituição, ao consagrar o princípio democrático, não se ‘decidiu’ por uma teoria em abstracto (...) Procurou uma ordenação normativa para um país e para uma *realidade histórica*”³⁴⁰.

Continua o professor de Coimbra:

É com base na articulação das “bondades materiais” e das “bondades procedimentais” que a Constituição respondeu aos desafios da legitimidade-legitimação ao conformar normativamente o princípio democrático como *forma de vida*, como *forma de racionalização do processo político* e como *forma de legitimação do poder*. O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um *método* ou *técnica* de os governantes escolherem os governados, pois, como princípios normativos, considerando nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade³⁴¹.

³³⁹ Conforme ressalta Leonardo Martins ao tratar do direito alemão: “O problema da constitucionalização é um problema típico do sistema concentrado alemão. Trata-se de um fenómeno de desaparecimento gradual da fronteira entre o direito constitucional e o resto do ordenamento jurídico, sobretudo do direito privado. Foram os esforços pela otimização da vigência das normas constitucionais, principalmente as normas que garantem os direitos fundamentais, que o criaram”. MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. p. 77.

³⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 287.

³⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 288.

Pouco a pouco, a democracia invadiu os espaços antes reservado aos Poderes mais claramente políticos e as decisões construídas pelas motivações jurídicas contornaram os aspectos políticos da teoria democrática, conferindo, no âmago de cada cidadão, novos desenhos para o Estado Constitucional³⁴². É sempre pertinente lembrar que a democracia deve ser vista como um processo dinâmico, a ser construído por toda sociedade e insuscetível de solução de continuidade por ideologias perversas, salvo sob o modo revolucionário.

Discutir se essas decisões são razoáveis dentro do esperado do Judiciário, ou se, ao contrário, eivaram de um excesso de Poder; se tais decisões são racionalmente fundamentadas; e, principalmente, de que forma os Tribunais costumeiramente têm enfrentado a temática, é o objetivo a que nos propomos.

4.1 O PAPEL EXERCIDO PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A conexão à moda das Constituições contemporâneas entre o Estado de Direito e a democracia permitiu a edificação do alcunhado Estado Democrático de Direito em que, para sua manutenção, tornou-se imprescindível a defesa, por alguém legitimado para tanto, de seus preceitos.

Assim sendo, a fiscalização, mesmo quando de caráter objetivista, em último termo visa a salvaguarda dos valores de igualdade e liberdade. Toma-os como pontos de referência básicos quando dirigida ao conteúdo dos atos, à inconstitucionalidade material. E tão pouco deixa de se lhes reportar, quando voltada para a inconstitucionalidade orgânica e formal, na medida em que não se concebe maioria sem observância dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos. Ela só é contramaioritária ao inviabilizar ou infringir esta ou aquela pretensão da maioria, não considerada no contexto global do sistema³⁴³.

³⁴² “Da mesma forma que o princípio do estado de direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 287

³⁴³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. p. 510.

Jorge Miranda destaca, com igual relevância, a anotação de John Rawls acerca da Suprema Corte dos Estados Unidos: tem ela como propósito o “paradigma da razão pública”. E ao aplicá-la, as Cortes Constitucionais evitam a corrosão da ordem constitucional por legislações passageiras³⁴⁴.

O professor português ainda destaca que na defesa da razão pública o Supremo não possui papel apenas defensivo, mas também o de realizar tal razão e assegurar seu efeito contínuo³⁴⁵.

Cá, coube ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição desde a previsão na Constituição de 1934 da figura da *representação interventiva*, embora a arguição de inconstitucionalidade direta viesse a ser tratada apenas pela Constituição de 1946, com a Emenda 16 de 1965³⁴⁶.

A Constituição de 1988 teve o mister de expandir substancialmente o rol de legitimados, antes restrito ao Procurador-Geral da República, conferindo maior tonalidade democrática ao controle de constitucionalidade, bem como passou a prever mais instrumentos para tal exercício, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade, criada pela Emenda 3 de 1993 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para ocupar um espaço até então imune ao controle³⁴⁷.

Ademais, tal ampliação acabou conferindo um significado especial ao controle de constitucionalidade, convertendo-o em maior parte ao modelo abstrato, ao permitir que as controvérsias mais relevantes fossem levadas a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal com efeitos *erga omnes*³⁴⁸.

Mas no modelo de controle de constitucionalidade típico do *judicial review*, também adotado no Brasil, o Supremo Tribunal Federal não é o único responsável jurisdicional pela guarda da Constituição.

E caberá aos Tribunais, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do órgão especial, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, consoante o disposto no artigo 97 da Constituição – *cláusula de reserva de plenário*.

Muitas vezes é possível averiguar uma certa “provocação” judiciária, em que outro Tribunal Superior acaba se manifestando sobre a constitucionalidade de

³⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. p. 510-511.

³⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. p. 511.

³⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p. 197-206.

³⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade*. p. 62.

³⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p. 208.

determinado ato normativo como que antecipando a decisão a ser proferida pelo Supremo³⁴⁹, ou, ao menos, incitando a Corte Maior ao debate e a considerar as motivações utilizadas pelo Tribunal Menor.

No tocante à *verticalização das coligações partidárias*, o Tribunal Superior Eleitoral proferira a palavra inicial, consoante a Consulta 715 que, ao ser respondida de forma negativa, culminou na edição das Resoluções 20.993/2002 e 21.002/2002 e na Instrução Normativa 55, todas do TSE.

Naquela ocasião, os consulentes questionaram se os “partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de Presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial”.

Para o Tribunal Superior Eleitoral, aplicar-se ia ao caso uma “teoria dos conjuntos”, em que o nível federal englobaria o estadual, pois, o contrário criaria “situações de bicefalia, ou, se preferirem, de esquizofrenia partidária, no nível estadual”, levando a “indesejáveis dissidências regionais em relação aos partidos, os quais, na forma da Constituição Federal, têm caráter nacional”. Ainda, na continuação do seu voto, a Ministra Ellen Gracie destacou que a verticalização presta favor à “consistência ideológica das agremiações e das alianças”, aperfeiçoando o sistema político-partidário³⁵⁰.

A base para tal construção seria, de acordo com o Tribunal, a previsão constante do artigo 17, I, da Constituição, no sentido de que os partidos políticos possuem “caráter nacional”, e, assim, “nacionais” devem ser as suas coligações.

A ousada construção não durou. Por razões políticas, fora promulgada a PEC 548/2002, transformando-se em Emenda Constitucional 52/2006, que passou a prever a inexistência de “obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal”, nos termos do artigo 17, §1º, CF.

Antes, porém, a matéria fora levada ao Supremo Tribunal Federal, embora não tenha restado conhecida, “por conta do entendimento de que a Resolução atacada em verdade regulamentava o artigo 6º da Lei 9504/97”³⁵¹.

³⁴⁹ No Brasil, cumpre ressaltar um aspecto muitas vezes decisivo do Tribunal Superior Eleitoral: em sua composição de, no mínimo, sete membros, três são integrantes do Supremo Tribunal Federal.

³⁵⁰ Consulta 715 – voto da Min. Ellen Gracie.

³⁵¹ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. Ativismo judicial e o papel das Cortes Constitucionais nas correções de rota da democracia representativa. p. 33.

A Emenda 52 fora atacada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.685, em que se reconheceu violação ao artigo 16 da CF, ante a tentativa de aplicar o preceito da inexistência de verticalização para as eleições que vinham a seguir, sem que tivesse decorrido o prazo de um ano para que as alterações surtisserem efeito.

Mas, na ADI 3.686, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, extinta por ausência de pertinência temática, pretendeu-se uma discussão atinente à possibilidade da modificação realizada pela supracitada Emenda.

Parecer do professor Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira trouxe algumas considerações a respeito, no conteúdo da referida Ação Direta:

Via de consequência, o papel do Ministério Público Eleitoral, fiscal da lei e da democracia, é também vedação material implícita à possibilidade de emendas constitucionais, data máxima vênua, pois alterar disposições por emenda que subtraia do titular da democracia qualquer forma de fiscalização ou atuação é, via oblíqua, quebrar o manto da democracia para instalar, pelo Poder Econômico ou Político, sem qualquer tecnicismo jurídico, a demagogia (forma corrompida da democracia, segundo Aristóteles), com o rótulo de “democracia”.

Além disso, num sentido ideológico, concluiu-se:

Assim, para a sociedade é importante que as alianças políticas não sejam somente jogo de cena. O eleitor quer saber o que realmente está em jogo e não entende alguns cenários, em que um partido rival se alia ao outro, com ideologias completamente distintas, apenas pensando em aumentar o tempo de propaganda eleitoral na televisão. Desta forma, em que pese muitos eleitores sequer acompanharem ou entenderem a decisão do TSE, a vinculação das coligações é de fundamental importância para acabar com a fragilidade partidária brasileira e para deixar transparente ao eleitor a ideologia de cada partido.

Para tal corrente, a verticalização estaria afinada com a proposta ideológica partidária, resgatando os posicionamentos estatutários e ideais partidários. Além disso, haveria, nesse entender, violação ao preceito fundamental de que os partidos devem ter caráter nacional.

Na Consulta 715 do TSE, por exemplo, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao trazer suas impressões, tratou de ressaltar que “a ideia da ‘verticalização

das coligações' (ou expressão equivalente) melhor atende e aprimora o sistema eleitoral, o fortalecimento dos partidos e, em consequência, a própria democracia”.

Nota-se, pois, neste julgado que o Tribunal Superior Eleitoral preferiu um enfrentamento substancial da demanda, que acabou rechaçado pelo Supremo Tribunal quando fora confrontado pelo Legislativo com a edição da Emenda 52. Aqui, o “aviso” do TSE não serviu para que o STF se aprofundasse na questão.

Ainda sim, o Ministro Celso de Mello acabou adentrando à questão dantes provocada e destacado que “a competência reformadora outorgada ao Poder Legislativo da União não defere à instituição parlamentar o inaceitável poder de violar o ‘sistema essencial de valores da Constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário’”³⁵².

Já entendi em outra ocasião que tais premissas seriam corretas, não sendo possível afastar a proposta do caráter nacional das amarras ideológicas decorrentes do pluralismo:

Na mesma linha, indissociável a composição ideológica de um determinado partido, razão pela qual este assume caráter nacional – às vezes até internacional, como a ideologia que rege o Partido Verde. Não há como apresentar uma proposta para o campo federal e outra para o campo estadual, sob pena de desarranjo interno, o que retira a unidade partidária³⁵³.

Atualmente, no entanto, após as construções já tratadas ao longo deste trabalho, principalmente aquela atinente à justificação racional direta da decisão, é de se lamentar que o Supremo tenha fugido à provocação do TSE, mas pelo propósito de ver declarada inconstitucional a pretensão da verticalização.

Nem por um esforço hermenêutico muito grande é possível afirmar que o texto constitucional esclarece que o caráter nacional dos partidos conduz à necessidade de verticalização das coligações partidárias.

Muito pelo contrário, eis uma interpretação construtivista, para afirmar caber no texto aquilo que lá não está escrito nem de maneira subliminar. Quem quiser pode ler qualquer coisa. Do “caráter nacional” pode-se extrair até mesmo a proibição de Diretórios Estaduais ou Municipais tomarem quaisquer decisões, pois, afinal, o partido

³⁵² ADI 3.685 – Rel. Min. Ellen Gracie. Voto do Min. Celso de Mello.

³⁵³ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. Ativismo judicial e o papel das Cortes Constitucionais nas correções de rota da democracia representativa. p. 36.

somente poderia ser reconhecido por sua posição nacional, o que soaria, além de centralizador, absurdo. Uma conclusão como essa não pode ser retirada pura e simplesmente da interpretação da Constituição.

O caráter nacional quer indicar, isso sim, que os Partidos devem ter um mesmo objetivo em todo território nacional e devem ser organizados e registrados junto ao Tribunal Superior Eleitoral.

Ao depois, tal entendimento confrontaria com a liberdade de organização de que dispõem os partidos políticos, o que inclui a escolha, consoante os cargos disputados, de partidos que perfaçam as suas coligações. Denota-se incompatibilidade dos preceitos, mas um está claramente explícito na Constituição – *liberdade de organização partidária* -, enquanto o outro é fruto de uma construção bastante fértil a partir da simplista redação sobre o *caráter nacional* dos partidos.

Em momento algum, é possível justificar racionalmente a *verticalização* pura e simplesmente pela concepção de caráter nacional dos partidos. Assim, como muitas vezes é dificultoso ao intérprete ler o que está escrito no texto constitucional, também é imprescindível não ler aquilo que não está escrito.

Com a temática da *fidelidade partidária* é diferente.

O artigo 17, §1º, CF, passou a prever que os estatutos dos partidos políticos devem conter “normas de disciplina e fidelidade partidária”, esmiuçadas nos artigos 23 a 26 da Lei 9.096/95.

Duverger lembra que “o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral”³⁵⁴, deixando claro que os mandatos pertencem aos partidos, não aos candidatos³⁵⁵.

Aqui, igualmente, o STF viu-se impelido a alterar seu posicionamento inscrito no MS 20.927, a partir da provocação do TSE nas Consultas 1.398 e 1.423. E o fez no julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, corroborando a conclusão antes apresentada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Naquela ocasião, o TSE respondeu afirmativamente ao seguinte questionamento realizado pelo então Partido da Frente Liberal: “Os partidos e

³⁵⁴ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. p. 388.

³⁵⁵ “Em modelos, como o brasileiro, nos quais os partidos políticos detêm o monopólio das candidaturas, não há como perquirir uma vaga de representante popular afastado dos programas partidários. De forma a delinear de forma mais clara a representação, a exigência de filiação partidária permite uma identificação entre o candidato e os eleitores que se identificam não com ele, mas com a proposta partidária”. BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. *Ativismo judicial e o papel das Cortes Constitucionais nas correções de rota da democracia representativa*. p. 36.

coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”.

Ainda, na Consulta 1.398, o Ministro Relator Asfor Rocha trouxe algumas considerações pertinentes quanto à propriedade do mandato:

Não se há de permitir que seja o mandato eletivo compreendido como algo integrante do patrimônio privado de um indivíduo, de que possa ele dispor a qualquer título, seja oneroso ou seja gratuito, porque isso é a contrafação essencial da natureza do mandato, cuja justificativa é a função representativa do servir, ao invés de servir-se.

A ideia terá ainda substancial fundamento se imaginarmos que os partidos são verdadeiros “entes intermediários entre o povo e o Estado, integrados no processo governamental”³⁵⁶.

Ainda mais considerando que no Brasil não vige o instituto do *recall*, segundo o qual os representados poderiam revogar o mandato do representante. O mandato representativo livre, obviamente, traz a implicação de afinamento com algum programa partidário, o que deveria conduzir o representante à eleição. No direito comparado, a Constituição da República Portuguesa assevera que o parlamentar que trocar de legenda perderá o mandato (artigo 160, “c”). Entre os espanhóis, reina ojeriza ao *transfuguismo*.

Nesse sistema, a mudança de legendas acaba representando “violação à vontade do eleitor e um falseamento do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos”³⁵⁷. Fidelidade é garantia da vontade do eleitorado.

Diante de tais argumentos, o Supremo confirmou a tese da Justiça Eleitoral. O Ministro Gilmar Mendes ressaltou, no julgamento do MS 26.602, que o “processo de formação política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período”. A democracia representativa não se consuma com a eleição do representante, mas se mantém intacta ao longo de todo mandato.

Diante de tal chancela de constitucionalidade, a questão voltou ao Tribunal Superior Eleitoral, a fim de ser regulamentada, o que restou realizado com a edição da Resolução 22.610, com redação posteriormente dada pela Resolução 22.733,

³⁵⁶ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Sistemas eleitorais x representação política*. p. 65.

³⁵⁷ MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. p. 777.

que foram atacadas pelas Ações Diretas de Constitucionalidade 3.999 e 4.086, em que o Supremo novamente circulou a constitucionalidade da questão.

Consoante a lição de Gilberto Amado, é certo que “o voto proporcional é dado às ideias, ao partido, ao grupo”³⁵⁸. Isso não significa, obviamente, que o exercente do mandato deva perder sua autonomia de opinião e voto³⁵⁹, aliás, assegurados inclusive contra a lei penal, mas é evidente que o desalinhamento com a postura ideológica do partido torna o seu exercício desconexo com a vontade dos representados que o elegeram.

As belas e profícuas lições, bem como seu substancial e pertinente fundamento, acabam, a nosso ver, representando uma questão secundária na discussão. É claro que são totalmente válidas, mas nada subsidiariam se o próprio artigo 17, §1º, CF, não previsse expressamente a necessidade de que os partidos disponham sobre e obedeçam as normas de *fidelidade partidária*, de forma que a interpretação passa a ter como relevo apenas a necessidade ou não do próprio TSE regulamentar o tema.

Mas é que, por evidente, embora os estatutos possam ter em seu conteúdo a normatização da fidelidade partidária, pouco adiantaria se não houvesse uma regulamentação a atingir todos de forma equânime e indistinta. Até para que haja base normativa para a impetração de instrumentos com vistas a efetivar o direito sempre que desrespeitado.

Aqui a regulamentação pelo TSE decorre de forma lógica do preceito contido no referido artigo, sendo racional crer que se se exige que os mandatários sejam fiéis às propostas que os elegerão é no mínimo esperado que tal direito conferido aos partidos tenha meios de ser efetivado.

Antes da edição da Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010) Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal trocaram figuras também na temática da *inelegibilidade por vida progressa*.

Para alguns Tribunais³⁶⁰, até então, o artigo 14, §9º, da CF³⁶¹, seria auto-aplicável, estabelecendo inelegibilidades para perfis incompatíveis com mandatos eletivos.

³⁵⁸ AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. p. 53.

³⁵⁹ CLÉVE, Clemerson Marlin. *Fidelidade partidária*. p. 26.

³⁶⁰ Um desses Tribunais foi o Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, consoante Acórdãos 31.258 e 31.241.

³⁶¹ Art. 14 § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida progressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência

O Tribunal Superior Eleitoral entendeu, todavia, que a simples pendência de inquérito criminal ou processo-crime não legitimaria a inelegibilidade, consoante Acórdãos 1.069 e 1.133. Na ADPF 144, de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros, o Supremo Tribunal Federal declarou que o dispositivo em questão não seria auto-aplicável.

Mas a celeuma voltou a se instalar com a edição da Lei Complementar 135/2010, que modificou o artigo 1º da LC 64/1990, criando hipóteses de inelegibilidade baseadas na vida pregressa do candidato.

Passou-se a articular acerca da aplicação nas novas disposições já para as eleições de 2010, dada a publicação da lei no Diário Oficial da União no dia 7 de junho de 2010. A posição foi chancelada pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta 1.120, de relatoria do Min. Hamilton Carvalhido, inclusive para englobar condenações anteriores à lei.

Os irresignados pretenderam junto ao Supremo, num primeiro momento, o respeito ao artigo 16 da CF (anualidade eleitoral). Em 24 de setembro de 2010, no Recurso Extraordinário 630.147, após empate de 5 a 5, o STF decidiu suspender o julgamento, em face do impasse. Posteriormente, em 27 de outubro, no RE 631.102, após novo empate, o STF concluiu pela aplicação do artigo 205 do Regimento Interno da Corte, mantendo-se, assim, a decisão proferida pelo TSE.

Com a nomeação do Ministro Luiz Fux, o STF finalmente tomou uma posição sobre a questão, no RE 633.703. Fux, seguindo votos dos Ministros Peluso e Gilmar Mendes, concluiu pela inaplicabilidade da nova Lei para as eleições de 2010, por conta do artigo 16 da Constituição. Ressaltou o Ministro: “O intuito da moralidade é de todo louvável, mas a norma fere o artigo 16 da Constituição Federal”.

A questão voltou à baila agora para discutir sobre a possibilidade de criação de tal causa de inelegibilidade por vida pregressa em face da presunção de inocência, no já mencionado Recurso Extraordinário 630.147 (recorrente Joaquim Roriz).

Em uma construção de proporcionalidade, diante do conflito de princípios em questão³⁶², o Supremo concluiu pela possibilidade da inelegibilidade por vida pregressa, em homenagem à moralidade administrativa.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no referido recurso, é elucidativo:

Com efeito, em uma necessária ponderação de valores, penso que a presunção de não culpabilidade, em se tratando de eleições, cede espaço – sem ser, evidentemente, desprezada – aos valores constitucionais estabelecidos no art. 14, § 9º, da Constituição. Nada impede, a meu ver, que o legislador complementar defina outras hipóteses de inelegibilidade, **como a renúncia ou a condenação por órgão colegiado**, sem trânsito em julgado, em homenagem aos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. Em outras palavras, em se cuidando de postulantes a cargos eletivos, o interesse público sobrepõe-se aos interesses exclusivamente privados.

Nesse caso em particular, o Judiciário, que vinha inovando num primeiro momento, recebeu o aporte legal, com a edição da Lei Complementar 135, subsidiando suas decisões, a partir não mais da criação legal, mas da interpretação.

De qualquer forma, mostraram-se corretas tanto a decisão acerca da inaplicabilidade para as eleições de 2010, com fulcro no artigo 16 da Constituição, já que flagrante a violação ao princípio da anualidade eleitoral; bem como, a decisão que, por concordância prática, colocou na balança os valores envolvidos e entendeu que, primeiramente, o dispositivo efetiva mandamento constitucional, constante no artigo 14, §9º, CF, e, em segundo lugar, é razoável se valer da moralidade administrativa para minimizar os efeitos da presunção de inocência, em face dos aspectos públicos relevantes envolvidos.

Noutro caso, em que a temática envolvera a *captação de sufrágio*, o Supremo referendou a posição defendida pelo Tribunal Superior Eleitoral³⁶³.

³⁶² Pertinente a metodologia do Tribunal Constitucional Alemão, segundo ensina Gilmar Mendes: “Ressalte-se, porém, que o Tribunal não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente se logra estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados. Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à *concordância prática (praktische Konkordanz)*, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p.82-83.

A celeuma envolve a edição do artigo 41-A da Lei 9.504/97, a vedar a captação de sufrágio, entendida como a atividade do candidato consistente em “doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive”.

A captação de sufrágio ataca uma das questões mais substanciais do voto: seu exercício *livre* – preceito decorrente do voto *secreto*, consoante artigo 60, §4º, CF -, aspecto tão essencial que pétreo. É a lição de José Afonso da Silva:

O sufrágio é um *direito público subjetivo democrático*, que cabe ao povo nos limites técnicos do princípio da universalidade e da igualdade de voto e de elegibilidade. É direito que se fundamenta, como já referimos, no princípio da soberania popular e no seu exercício por meio de representantes³⁶⁴.

Sobre o tema, já dissemos:

O problema da captação de sufrágio é justamente o fato de atacar a liberdade do seu exercício, culminando por viciar a vontade popular, o que, em reflexo, atinge a própria representatividade. Isto é, o eleitor assume como representante não o candidato que melhor se afina com seus ideais e apresenta as melhores propostas, mas sim aquele que apresenta maiores vantagens de cunho nítida e exclusivamente pessoal³⁶⁵.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.592, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro, com vistas a derrubar a previsão constante do artigo 41-A da Lei 9.504/97, sob argumento de ter tratado de matéria reservada à lei complementar, o Supremo chancelou posição antes já tomada pelo TSE de que as sanções de registro ou cassação do diploma na Lei das Eleições não constituem novas hipóteses de inelegibilidade, mas visam “reforçar a proteção à vontade do eleitor, combatendo, com a celeridade necessária, as condutas ofensivas ao direito fundamental ao voto”³⁶⁶.

³⁶³ Vide: REspE 25.241; RO 882; REspE 25.295; REspE 25.215.

³⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 355.

³⁶⁵ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademar. Ativismo judicial e o papel das Cortes Constitucionais nas correções de rota da democracia representativa. p. 46.

³⁶⁶ MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. p. 736.

Assim, o eleitor economicamente frágil teria a seu lado garantias para que não seja instrumento de fácil captura pelos elegíveis a viciar sua vontade e desvirtuar o interesse da “pólis”³⁶⁷.

Nota-se, ao longo desse tópico, quão constante o Tribunal Superior Eleitoral tem debatido as questões políticas de relevo com o Supremo Tribunal Federal, seja por conta da composição daquele, seja mesmo pelos fundamentos ou até pelo fato de que as questões constitucionais tratadas naquele admitem recurso extraordinário a serem julgados por este.

De qualquer forma, no tocante ao desenho do controle de constitucionalidade em questões políticas brasileiras, ambos os Tribunais têm apresentado sua contribuição para a fundamentação que guia a decisão final.

4.2 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A *interpretação conforme a Constituição* (*Verfassungskonforme Auslegung*) talvez seja uma das técnicas mais difundidas acerca da hermenêutica constitucional, a ponto de Bonavides classificá-la como um “princípio largamente consagrado em vários sistemas constitucionais”.

O professor cearense ainda lembra que tal princípio decorre de três fatores importantes: a rigidez constitucional, a posição hierárquica das normas constitucionais e a unidade da ordem jurídica³⁶⁸.

Ademais, a rigor não seria realmente um princípio interpretativo, mas um método para leitura das normas infraconstitucionais a partir da Constituição. A *interpretação conforme* é como uma lupa por meio do qual se observa o restante do ordenamento jurídico.

De acordo com Canotilho, o princípio deita raízes em antigo princípio da jurisprudência estadunidense, “segundo a qual os juízes devem interpretar as leis *in harmony with the constitution*”³⁶⁹.

³⁶⁷ ADI 3.592. Voto do Min. Carlos Ayres Britto.

³⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 518.

³⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1310.

O mestre Bonavides, no entanto, lembra que o princípio teve especial relevo na jurisprudência alemã, com base na ideia de que a lei não seria declarada inconstitucional se houver uma interpretação compatível com a Constituição, conservando seu sentido³⁷⁰. Assim, conserva-se a norma, bem como a mesma é englobada em um todo constitucional.

Alguns autores ressaltam que a *interpretação conforme*, modernamente, ganhou um significado mais amplo, não apenas para direcionar qual o sentido constitucional, mas para indicar, dentre as exegeses possíveis, qual orienta para a Constituição ou qual melhor corresponde ao anseio constitucional³⁷¹.

Evidentemente, a finalidade do instituto é manter significado à norma, e não atingir um objetivo distinto, com a desculpa de que se trata de conformidade com o texto constitucional. Muito menos pretender conferir a uma lei claramente inconstitucional um suposto significado constitucional, como que para salvá-la da nulidade iminente. O método também tem seus limites, a fim de evitar o desvirtuamento.

Canotilho resalta que o método tem seus limites na “letra e na clara vontade do legislador”, “devendo ‘respeitar a economia da lei’ e não podendo traduzir-se na ‘reconstrução’ de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto”³⁷².

A *interpretação conforme*, se não desvirtuada, possui um aspecto positivo que a torna altamente recomendável em questões políticas. Isso porque o tratamento conferido se aproxima de forma muito mais patente da interpretação do que da criação, restando claro aos Tribunais seu papel de controlar a constitucionalidade das leis sem que seja necessário se tornar legislador³⁷³.

³⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 518.

³⁷¹ MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. p. 120.

³⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1311. Na famosa Representação 1.417/DF, o Ministro Moreira Alves, inaugurando a temática no Brasil, assim se expressou: “A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. p. 349.

³⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 520. Ainda: “Com efeito, na medida em que o método confessadamente se emprega para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de situações ou interpretações ambíguas, não resta dúvida de que ele não só preserva o princípio da separação de poderes como reconhece ao legislador uma posição de hegemonia no ato da concretização constitucional, o que está de todo acorde com o princípio democrático encarnado no legislativo”. p. 523.

Pois bem.

Na já mencionada decisão tedesca acerca da cláusula de barreira, a Corte Alemã cotejou realizar supostamente *interpretação conforme a Constituição*, com o intuito de reduzir o percentual mínimo de votação para acesso ao reembolso de despesas que havia sido fixado em 2,5% para 0,5%, por considerá-lo mais razoável, garantidor de uma adequada e eficaz propaganda (*angemessen und wirksame Wahlpropaganda*) e de uma igualdade de oportunidades (*Chancengleichheit*)³⁷⁴. Assim, entendeu o Tribunal que o percentual deveria ser interpretado nos termos do que a Constituição consideraria razoável.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 442/SP, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgada em 14 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal conferiu *interpretação conforme* para o artigo 113 da Lei Paulista 6.374/89, que trata da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo – UFESP, com base no disposto no artigo 24, I, CF, segundo o qual cabe à União legislar sobre direito tributário.

De acordo com o STF, a legislação paulista somente tem compatibilidade com a Constituição se o fator UFESP for igual ou inferior ao utilizado pela União (Índice Nacional de Preços ao Consumidor – IPC).

Embora a questão possa parecer apenas tributária, é certo que nesse julgamento o STF adentrou a uma discussão sobre política fiscal dos Estados.

Mas o caso que talvez soe mais pertinente dentro da temática deste trabalho diz respeito à já mencionada questão da verticalização das coligações partidárias.

No julgamento da ADI 3.685/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, discutia-se a validade da Emenda Constitucional 52/2006, que colocou fim à verticalização. De acordo com esta Emenda, que fora publicada em 8 de março de 2006, a nova regra do artigo 17, §1º, CF, entraria em vigor na data de publicação, valendo para as eleições de 2002. O objetivo, evidentemente, com tal previsão é de que a regra já valesse para as eleições de 2006³⁷⁵.

Vislumbrando ofensa ao artigo 16 – princípio da anualidade eleitoral -, o STF concedeu *interpretação conforme* para que “a inovação trazida no art. 1º da EC

³⁷⁴ BVerfGE: 24, 300.

³⁷⁵ Conforme destaca a Ementa: “Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral”.

52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência”, consoante destacado na Ementa.

Assim, o STF embora tenha entendido como válido o fim da verticalização, ressaltou que a Emenda só possui validade se interpretada como em vigor apenas um ano após sua publicação.

Por derradeiro, deve-se repisar a ideia de que a *interpretação conforme* deve trabalhar com limites que permeiem o sentido do texto de forma clara e o fim pretendido pelo legislador, para que, no anseio de atuar como legislador negativo, não se torne o Judiciário nítido inovador da ordem jurídica.

Há decisões no Supremo que tratam o princípio da *interpretação conforme* com o mesmo sentido da *declaração de nulidade sem redução do texto*, com o que não concordamos, razão pela qual separamos outro tópico para tratar do tema.

4.3 DECLARAÇÃO DE NULIDADE TOTAL E DECLARAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL COM OU SEM REDUÇÃO DO TEXTO

Pode ocorrer da medida natural da declaração de inconstitucionalidade – a nulidade do dispositivo – não se apresente como a técnica mais adequada para que a norma esteja de acordo com a Constituição, quando o remédio possa ser aplicado em apenas uma parte do dispositivo, sem afetar seu sentido. A nulidade é sempre um pesar, razão pela qual, quando possível e recomendável – sem ser a regra -, sempre será de bom grado a redução do seu alcance.

Analisando a Constituição Portuguesa, o mestre Canotilho ensina:

A possibilidade de o TC fixar efeitos mais restritos do que os da nulidade *ipso jure* é indiscutível perante a redacção actual do art. 282º/4. O TC só se manterá, porém, dentro dos limites impostos pelo princípio da conformidade funcional, quando recorrer à limitação dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade a *título de excepção* e ponderar sempre, de acordo com o princípio da proporcionalidade, os custos e benefícios de tal limitação. Já a transformação da excepção em *regra*, abusando sistematicamente da restrição dos efeitos, pode

vir a preencher uma hipótese de “excesso de poder” do Tribunal Constitucional³⁷⁶.

Assim, ao lado da *declaração de nulidade total*, é possível que se pretenda a nulidade de apenas um trecho do dispositivo atacado (*declaração de nulidade parcial*), o que poderá ocorrer *com* ou *sem* a redução do texto, vale dizer, com a supressão de parte do texto impugnado.

É nesse sentido que se confunde a declaração *sem redução do texto* com a *interpretação conforme*, uma vez que o dispositivo atacado permanece como se encontra, sem seja expulso do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que a norma passa a não ter mais o alcance de outrora.

Mas os métodos diferem em alguns pontos, não havendo razão para confundi-los.

Na *interpretação conforme*, a Corte declarará um sentido que está em consonância com a Constituição, ao passo que na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a Corte irá apontar qual sentido de interpretação está em dissonância com o texto constitucional. Nesse sentido, embora ambos reduzam o alcance do texto primitivo, é correto dizer que o primeiro tem um aspecto restritivo da norma, ao passo que o segundo possui um sentido mais ampliativo – declara que uma interpretação é inconstitucional, permitindo as demais.

É por isso que se pode afirmar também que a *declaração de nulidade sem redução* apresenta uma conclusão mais inequívoca do que a *interpretação conforme*, já que nesta declara-se uma interpretação como constitucional, sem prejuízo de outras que também possam ser, mas, no entanto, não estão declaradas como tanto; já na *declaração de nulidade sem redução do texto* a Corte faz um exercício inverso, fixando qual a interpretação que não corresponde com a Constituição, o que significa dizer que os demais sentidos são constitucionais.

Moreira Alves, no julgamento do Recurso Extraordinário 184.093/SP, defendeu, ainda, que o controle difuso não admite a técnica da *declaração de nulidade sem redução do texto*, “por se lhe dar uma interpretação conforme à Constituição, o que implica dizer que inconstitucional é a interpretação da norma de modo que a coloque em choque com a Carta Magna, e não a inconstitucionalidade dela mesma que admite interpretação que a compatibiliza com esta”.

³⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1315-1316.

Ademais, não se deve olvidar que a *interpretação conforme* pode ter um sentido diverso, indicando, em sentido genérico, toda e qualquer interpretação normativa realizada a partir da Constituição.

Na discussão das cláusulas de barreira aos partidos políticos, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de trabalhar com a *nulidade parcial com redução de texto*.

De acordo com os dispositivos da Lei 9.096/95 atacados nas Ações Diretas 1.351 e 1.354, os partidos que não obtivessem uma votação mínima receberiam apenas 1% do Fundo Partidário, para ser dividido entre todos os partidos, enquanto os demais ficariam com os outros 99%. No tocante ao direito de antena, os partidos que não atingissem o referido patamar usufruiriam de apenas um programa em cadeia nacional por semestre, com duração de dois minutos, enquanto os demais teriam direito a um programa em cadeia nacional e um em cadeia estadual por semestre, com duração de vinte minutos, além de um tempo total de quarenta minutos, por semestre, para pequenas inserções de trinta segundos ou um minuto em redes nacional e estadual.

Para funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas em que tenha representante, o Partido deveria ter obtido, na eleição para a Câmara dos Deputados, no mínimo 5% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, com o mínimo de 2% do total de cada um deles. Esse é o mesmo patamar mínimo a que se refere o parágrafo acima.

A grande problemática do modelo proposto era o rompimento com a igualdade de chances dos partidos políticos (*Chancengleichheit*), condenando os partidos pequenos “a uma morte lenta e segura, ao lhes retirar as condições mínimas para concorrer no prélio eleitoral subsequente em regime de igualdade com as demais agremiações”³⁷⁷.

No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade acima mencionadas, o Supremo Tribunal Federal entendeu que havia violação ao pluralismo político, à autonomia partidária, à soberania nacional, ao regime democrático, ao pluripartidarismo, aos direitos fundamentais da pessoa humana e à representação das minorias nas Mesas e Comissões permanentes da Câmara e do Senado.

³⁷⁷ MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. p. 750.

O Ministro Marco Aurélio, relator das duas ações, colacionou um estudo segundo o qual, com a cláusula, a grande maioria dos partidos nacionais ficaria sem funcionamento parlamentar e com escassos recursos.

Sob o prisma da razoabilidade, foi considerada imprópria a possibilidade de se ter partidos com deputados eleitos, mas sem o desempenho parlamentar necessário, a receber recursos extremamente escassos. Haveria, “em termos de funcionamento parlamentar, o esvaziamento da atuação das minorias”³⁷⁸.

Na ADI 1.354, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que se trata de uma “restrição absoluta ao próprio funcionamento parlamentar do partido”, ultrapassando os limites de uma simples “mitigação”. Para o constitucionalista, o legislador não deixou nenhum espaço para a atuação partidária, vedando, *in totum*, o funcionamento parlamentar, violando o princípio da proporcionalidade. A tentativa equivaler-se-ia a um “sacrifício radical das minorias”.

Como já dissemos, os partidos são essenciais na formação da vontade político, servindo como mediação entre o povo e o Estado, para a finalidade de organizar as decisões deste conforme a exigência daquele³⁷⁹.

E não há como se falar em representatividade democrática sem considerar as vozes minoritárias. O sentido democrático somente se mostra enquanto tal se respeitadas as pretensões dispersas das minorias. Nunca é demais ressaltar que na realidade brasileira, é justamente nos partidos minoritários que se mostra mais palpável o substrato ideológico.

De sorte que, entre o risco da pulverização a-ideológica e a fundamentação da representatividade pela oferta dos mais variados temas minoritários, manda o bom senso e a proporcionalidade que se eleja este último como propósito para uma tentativa de realinhamento democrático³⁸⁰.

A decisão das Ações Diretas, todavia, obedecendo a técnica constitucional não foi pela supressão integral de todos os artigos mencionados, mas sim por partes dos artigos que tornavam a leitura ofensiva à Constituição, além dos artigos 13, 48 e incisos I e II do artigo 41 da Lei 9.096/95.

³⁷⁸ ADI 1.351 – Voto do Relator Ministro Marco Aurélio.

³⁷⁹ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. Ativismo judicial e o papel das Cortes Constitucionais nas correções de rota da crise da democracia representativa. p. 30.

³⁸⁰ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. Ativismo judicial e o papel das Cortes Constitucionais nas correções de rota da crise da democracia representativa. p. 32.

Ainda, foi declarada inconstitucional a expressão “obedecendo aos seguintes critérios”, constante do artigo 41, *caput*; a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”, constante do artigo 49, *caput*; e a expressão “no art. 13”, constante do inciso II do artigo 57, culminando por aplicação da *técnica de nulidade parcial com redução do texto*.

Ao depois, foram declarados inconstitucionais também os *caputs* dos artigos 56 e 57, com interpretação para eliminar de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito. Nesse tópico, há uma técnica mista de *declaração de nulidade sem redução do texto com apelo ao legislador*, pois, ao mesmo tempo em que se afirma que os prazos dispostos são inválidos, se recorre ao legislador para regular a temática.

Assim, a análise constitucional da democracia por meio do controle de constitucionalidade também assiste à difusão das técnicas, de modo que seja aplicada aquela que puder ser vista como mais pertinente aos olhos da Constituição.

O que se deve, todavia, ressaltar é que a *declaração de nulidade com redução do texto* jamais pode ser utilizada para alterar o sentido normativo, o que permitiria ao Supremo atuar nitidamente como legislador. Assim, a supressão de um “não” pode, a depender do caso, justamente gerar o sentido inverso, permitindo aquilo que o legislador quis proibir, sem que possa ser considerado inconstitucional.

4.4 AUSÊNCIA LEGISLATIVA, OTIMIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E MÁXIMA EFETIVIDADE

O problema da ausência legislativa sempre se mostrou como uma questão renitente no tocante à interpretação constitucional, precipuamente a partir dos novos parâmetros conferidos a esta, de forma a buscar otimizar os princípios previstos na Constituição.

Para Gilmar Mendes, o *inadimplemento do dever constitucional de legislar*, por vezes, dá ensejo à utilização do *apelo ao legislador*, que pode decorrer de “*expressa exigência constitucional (Verfassungsauftrag)*”, do “*dever de proteção*

(*Schutzpflicht*)” ou mesmo de um “*dever geral de adequação (allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt)*”³⁸¹.

Ocorre, todavia, que muitas vezes o *apelo* não se mostra como a técnica mais concreta ou que melhor socorra a intenção constitucional, havendo necessidade de se buscar no princípio sua otimização, seja porque não se trata de uma questão tão clara de ausência legislativa, seja porque a efetivação do direito constitucional não pode se render aos caprichos legislativos, precipuamente diante de uma inequívoca vertente da Constituição.

Conforme adverte Uadi Lammêgo Bulos, em relação ao exegeta, ao “observar os condicionamentos fáticos e jurídicos que envolvem o problema concreto, cumpre-lhe balancear valores e interesses conflitivos, ponderando, harmonizando e realizando a *vontade da constituição*”³⁸².

Bulos ensina, quanto à máxima efetividade, que o “*princípio da eficiência interpretativa* ou da *interpretação efetiva*” tem como objetivo “imprimir eficácia social ou efetividade às normas constitucionais, extraindo-lhes o maior conteúdo possível, principalmente em matéria de direitos humanos fundamentais”. A ideia é, basicamente, de “realização prática”, para fazer prevalecer “os fatos e os valores” consignados no texto constitucional³⁸³.

Nesses casos, a Corte Constitucional, ao realizar a leitura da Constituição, concluirá pela existência de um dispositivo que, embora inequívoco, carece de um reforço jurisdicional para ganhar implementação.

A otimização dos princípios certamente adquire mais força persuasiva nos Estados em que os Tribunais Constitucionais se mostram não apenas mais ativos, mas mais dotados de métodos de construção racional da norma a partir do processo jurisdicional. No Brasil, essa nova visão certamente é fruto de um envolvimento maior

³⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p. 412-413.

³⁸² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. p. 454.

³⁸³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. p. 448. Ainda, tratando da máxima efetividade: “Este princípio, também designado por **princípio da eficiência** ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese de actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1224.

do Supremo Tribunal Federal com as questões jurídico-políticas e a percepção de que a Constituição para se efetivar não necessitará sempre da palavra de um legislador³⁸⁴.

E, segundo o magistério de Canotilho, a efetivação do princípio terá lugar mesmo em casos de reconhecidas normas programáticas ou conteúdos genéricos:

Além de constituírem princípio e regras definidoras de directrizes para o legislador e a administração, as “normas programáticas” vinculam também os tribunais, pois os juízes “têm acesso à constituição”, com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja seu conteúdo) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento (...) dos actos normativos contrários às mesmas normas³⁸⁵.

Entre nós, já tivemos a oportunidade de mencionar as decisões em Mandado de Segurança que, revendo jurisprudência anterior, passaram a admitir a existência de fidelidade partidária (MS 26.602, 26.603 e 26.604, referendando as Consultas 1.398 e 1.423 do Tribunal Superior Eleitoral).

Também neste caso, o STF acabou *otimizand*o o anseio constitucional. Conforme ressaltado na ementa: “A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo”.

Elucidativo o voto do Ministro Gilmar Mendes:

O Supremo Tribunal Federal está a reinterpretar a Constituição, em toda sua inteireza e não fundado em textos isolados, exercendo, dessa forma, sua função precípua de guardião da ordem constitucional. Como tenho afirmado em outros julgados nesta Corte, a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina

³⁸⁴ “Em vez de revelar o conteúdo preexistente nas normas constitucionais, o magistrado realiza o nobilitante papel de *vivificá-las*, pois elas não apresentam sentido unívoco, objetivo e idêntico para todas as situações. Nisso, privilegia a supremacia material e axiológica da Constituição brasileira, potencializando a normatividade de seus princípios. E, no ato de submeter os problemas jurídicos ao crivo da Carta de 1988, o intérprete poderá lançar mão das técnicas de interpretação constitucional”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. p. 445.

³⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1180.

adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição à realidade que a circunda³⁸⁶.

Nota-se, assim, que a otimização dos princípios e a construção de uma efetividade máxima podem acabar correndo paralelamente à mutação constitucional, para que a Corte reveja sua posição anterior no anseio de atender aos princípios destacados neste tópico.

Mendes, Coelho e Branco ressaltam, ainda, que a máxima efetividade vincula-se ao princípio da força normativa da Constituição, e “orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo”³⁸⁷.

Assim, o princípio não se apresenta como uma técnica em si, mas como uma forma auxiliar para subsidiar a utilização de uma ou outra técnica, bem como para fundamentar o direcionamento da decisão pela Corte.

4.5 A INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL QUE NÃO VIOLE O SENTIDO DO TEXTO

Já se disse ao longo deste estudo que um dos preceitos que guiam a interpretação jurisdicional do Direito e a criação decorrente de tal processo é a base racional da construção jurídica, de modo que o produto não divirja daquilo que razoavelmente possa ser deduzido do texto.

Não que os sentidos do texto sejam tão inequívocos, pois, sendo assim, questionaríamos o próprio processo de interpretação. E bem já dissemos da falácia da máxima *in claris cessat interpretatio*.

Mas é evidente que não pode o intérprete produzir a construção que inverta completamente a lógica do texto, de modo a permitir aquilo que o legislador proibiu. Assim, por exemplo, diante da proibição constante no artigo 5º, XLVII, “b”, de nosso texto constitucional, não poderia a interpretação concluir pela possibilidade de

³⁸⁶ MS 26.602 – Voto Ministro Gilmar Mendes.

³⁸⁷ MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. p. 118.

pena de caráter perpétuo, eis que o produto se contrapõe frontalmente à previsão normativa.

De outro modo, no entanto, em face do artigo 5º, LV, CF, pode-se conferir interpretação para entender que o termo “os recursos a ela inerentes” possui lógica e aplicação quando existente a previsão legislativa de tais recursos, o que coaduna com a doutrina que defende a inexistência de uma garantia geral de duplo grau de jurisdição³⁸⁸.

Talvez a maior problemática acerca da justificação das decisões, que por vezes ultrapassa a lógica do razoável, seja o fato de o julgador primeiro pretender o resultado e, em segundo, construir a linha para chegar ao resultado pretendido. Essa é uma vertente exclusivamente política da questão, em que o julgador se vale de uma discricionariedade que não possui para se imiscuir em questões que não são puramente de sua alçada.

Não se pode olvidar, evidentemente, que o problema de interpretação jurisdicional é sempre a atribuição concretista do teor abstrato da norma passada. Conforme ressalta Radbruch, “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um *pensar de novo* aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar até ao fim* aquilo que já começou a ser pensado por um outro”³⁸⁹. O que não significa, no entanto, que cabe ao intérprete o papel de legislar as novas realidades e expectativas, mas sim construir evolutivamente a expectativa ancorada no passado, apesar da posição que coloca a jurisdição constitucional no centro das decisões políticas³⁹⁰.

³⁸⁸ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. v.2. p. 493-497.

³⁸⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. p. 274. Ainda a lição kelseniana: “O insustentável dualismo entre Estado e direito que força a teoria da integração a considerar todas as funções fundamentais como, simultaneamente, pertencendo e não pertencendo ao Estado, acaba por se encontrar em uma situação bem difícil em face da função legislativa. Pois, sobretudo através desta função, o Estado manifesta-se como autoridade e justamente nela deve-se reconhecer um nível particularmente expressivo e significativo do processo de produção do direito, independentemente de este processo seguir sobre os trilhos da jurisdição ou da administração”. KELSEN, Hans. *O Estado como integração*. p. 93-94.

³⁹⁰ “No âmbito da jurisdição constitucional, por exemplo, o exercício dessa criatividade, em rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve, essencialmente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas *lapidares* que integram a parte *dogmática* das constituições. Nesse contexto de *ativismo judicial*, alguns juristas mais enfáticos chegam a anunciar, entre nós, um sensível deslocamento do centro das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo – por eles reputados inertes –, em direção ao Poder Judiciário, porque acreditam que a *nova magistratura* estaria disposta a resgatar as promessas de emancipação social inseridas na Constituição de 1988. No plano externo, por força da normatividade da Constituição e da sua presença em todo tipo de conflito, e não apenas nos de natureza política, que se travavam entre os órgãos supremos do Estado, Prieto Sanchís afirma que o novo constitucionalismo desemboca na onipotência judicial, juízo do qual participa Andrés Ibáñez, ao dizer que já ocorreu, e

Mas são sempre atuais as palavras de Hegel: “A Constituição é racional quando o Estado determina e em si mesmo distribui a sua atividade em conformidade com o conceito, isto é, de tal modo que cada um dos poderes seja em si mesmo a totalidade”³⁹¹.

Continua a lição o mestre de Stuttgart:

O caráter fundamental do Estado político é a unidade substancial como idealidade dos seus momentos. Nela (...) se dissolvem e ao mesmo tempo se conservam os diferentes poderes e as diferentes funções, mas só se conservam quando a sua legitimidade é, não independente, mas determinada unicamente pela idéia do todo³⁹².

De tal forma que, mesmo para os fiéis defensores ativistas da Constituição, a medida de separação, permanecendo o Judiciário em suas funções interpretativas, sem avançar além da razoável interpretação, deve ser o respeito ao equilíbrio de poderes conforme propugnado não apenas pelo texto constitucional, mas pela lógica do Estado.

Não se pode olvidar, ainda, que o pluralismo, marca registrada do ascendente Estado Constitucional contemporâneo, acaba fornecendo à interpretação um sem-número de possibilidades de respostas interpretativas, em oposição a um ideal meramente estético pré-moderno.

A multiplicidade de respostas, como se sabe, sempre traz a questão acerca da utilização de um método, de forma que o percorrer interpretativo possa oferecer respostas plausíveis, racionais, e que perpassem por métodos científicos de análise. É justamente o que Bauman critica na arte pós-moderna que raramente rompia com o espírito do tempo (*Zeitgeist*)³⁹³, como se a insegurança de se produzir resultados autossuficientes, imunes à condição moderna, barrasse a criatividade.

continua a ocorrer, uma *transferência do poder político do legislador para o juiz*. Intérpretes finais da Constituição e juízes últimos de sua própria autoridade, as modernas cortes constitucionais – de resto com ampla aceitação nas sociedades democráticas –, acabaram se transformando em *quarto poder, gabinete na sombra, variante do poder legislativo, legislador complementar, parlamento de notáveis, legislador positivo, juiz soberano, contracapitão, instância suprema de revisão* ou, ainda, em verdadeira *constituente de plantão*, confirmando, assim, as célebres palavras de Charles Hughes – então Governador do Estado de Nova York e, depois, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos – quando afirmou que os americanos viviam sob uma Constituição, mas que essa Carta Política era aquilo que os juízes diziam que ela o era”. MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. p. 58-59.

³⁹¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. p. 244.

³⁹² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. p. 252.

³⁹³ BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*. p. 184-185.

Mas no Direito, a criatividade gerada pela pluralidade não pode ser de tal modo inovadora que rompa com a necessidade de se justificar racionalmente a construção do pensamento. Melhor dizendo, no Judiciário. O local para o espírito criador deitará sob a árvore governamental e, de certa forma, legislativa.

Analisando friamente, e com base no já alentado pensamento de Hughes, quando de sua posição junto à Suprema Corte Norte-Americana, é claro que as Cortes Constitucionais poderão realizar as construções menos ortodoxas e deixar os juristas mais perplexos acerca de suas teses mirabolantes sobre a criação do Direito e a aplicação da lei. A Constituição terá o sentido que o Supremo Tribunal Federal dizer que ela tem, sem que isso, aparentemente, signifique uma repulsa generalizada ao sistema instituído pelo Poder Constituinte.

Pelo contrário, a revolução jurisdicional pode se mostrar tão silenciosa a ponto de jamais ser captável, justamente porque se faz de um modo tão gradual e lento que os ataques à Corte parecem mais ataques pessoais aos seus membros em decorrência de determinados votos em um ou outro caso emblemático.

É então que os limites que circundam a interpretação racional podem ser rompidos pela obscuridade do posicionamento ético-moral dos julgadores, sem que, no entanto, jamais definam seus votos embasados em tais premissas. Como já dissemos, procurará o julgador edificar uma suposta estrada racional para justificar a sua posição antecedente.

Em um *hard case* altamente simbólico³⁹⁴ – a tal ponto que a solução dada pela controvérsia tardou em chegar –, o Supremo brasileiro entendeu que a inexistência de uma previsão de excludente para o aborto de fetos anencefálicos no Código Penal violava preceitos fundamentais. Nessa construção, o Supremo partira de um conceito de “vida digna” do feto, que nunca seria usufruída, vale dizer, potencialmente inexistente, em face da dignidade da mãe.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, no entanto, especialmente ativista em questões eleitorais, como já traçamos anteriormente, não seria tarefa do Supremo adentrar a tal discussão, atuando como legislador positivo. Contrariando a tese vencedora, o Ministro ressaltou que tal discussão deveria ser levada a público e tomada pelo Congresso Nacional.

³⁹⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – relatoria Min. Marco Aurélio. A ADPF fora proposta em 2004, mas julgada apenas nos dias 11 e 12 de abril de 2012, tendo como resultado 8 votos favoráveis e 2 contra. Consoante afirmara o Min. Ayres Britto, o julgamento era um “divisor de águas no plano da opinião pública”.

O fato é que, partindo da necessidade de se tratar de uma questão de saúde pública, a Corte, diante da resistência do Legislativo, se viu impelida a oferecer uma solução ao questionamento, e o fez, justificando racionalmente, mas no intuito de alcançar um resultado, digamos, “desejável”.

Não oferece grandes complicações a compreensão de que, com base em um quadro de conflito de princípios, a Corte poderá erguer praticamente qualquer construção que deseje, tanto para se mostrar ativa, quanto para se mostrar inativa. Digase, por exemplo, quando se acovardou frente ao Sistema Financeiro para afirmar que o §3º do artigo 192 da Constituição – revogado pela EC 40/2003 -, ao estabelecer que os juros reais eram limitados a 12% ao ano, consoante a vontade do poder constituinte, tinha aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar³⁹⁵.

E é para controlar a ampla possibilidade de controle de preceitos abertos, que o predicativo “razoável” deverá sempre guiar a interpretação realizada. O julgamento puramente estético é uma ameaça não apenas à racionalidade dos julgados, mas ao equilíbrio do próprio Estado. Tampouco, parece equilibrada qualquer posição que direcione a Corte Constitucional para uma super-posição, capaz de se colocar acima dos poderes do Estado para estabelecer, no fundo, que um Judiciário acima dos demais, em verdade, se coadunaria com a existência de um falso equilíbrio. É uma auto-afirmação muito distante do verdadeiro detentor do poder.

Assim, mais do que não violar o sentido do texto, a interpretação razoável tem a missão de manter, a partir de sua própria estrutura, o nivelamento do Poder estatal.

4.6 A APROXIMAÇÃO DO MODELO DO *STARE DECISIS* AO *CIVIL LAW*

A nova configuração do controle de constitucionalidade permite visualizar o papel preponderante concedido ao controle abstrato e, conseqüentemente, ao STF, como órgão político decisivo acerca da constitucionalidade legislativa, já que, além de ser órgão de última instância no que concerne a questões constitucionais dos

³⁹⁵ Súmula 638 do Supremo Tribunal Federal.

casos concretos, é competente “para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas”³⁹⁶.

Nesse sentido, urge-lhe o poder-dever de declarar a inconstitucionalidade, seja por qual meio for, de lei ou ato normativo que, no presente caso, vá de encontro à necessidade de uma tutela efetiva da democracia, como constitucionalmente garantida. A diferença, no entanto, neste caso, e que confere maiores valorações aos institutos do controle incidental – seja pelos juízes do território nacional ou mesmo pelo STF – e da súmula vinculante, é que, em tese, não lhe caberia suprir a omissão legislativa. Isto porque no controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade por omissão não tem o condão de criar a lei faltante, mas tão somente de declará-la nesta condição ao Legislativo, para que este, sem qualquer punição, tome as devidas providências.

Todavia, como uma alternativa às impossibilidades do controle por omissão, tema espinhoso tem ganhado bastante relevo. Trata-se da possibilidade dos efeitos vinculantes no controle incidental realizado pelo Pretório Excelso. Num primeiro momento, via de regra, tais efeitos não decorreriam, naturalmente, do acórdão pretoriano.

Contudo, uma lógica irrefutável nos inclina cada vez mais nesse sentido. Ocorre que o Supremo, sendo última instância nas discussões constitucionais, tem o condão de apaziguar as questões latentes que ali chegam. Constituir-se-ia uma abreviação ao caminho necessário da lide se o STF já se manifestasse sobre a questão por antecedência, em interpretação de caso análogo, impedindo que até lá se chegue para ouvir exatamente aquilo que já se disse anteriormente. É medida que viabiliza a tutela jurisdicional efetiva, impedindo o dispêndio desnecessário de tempo em instâncias judiciais inferiores.

O Ministro Gilmar Mendes assim coloca a questão:

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se

³⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. p. 20.

autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*³⁹⁷.

A lógica de se assegurar a eficácia contra todos e o efeito vinculante das decisões proferidas em sede abstrata pelo Supremo Tribunal Federal é a necessidade de se conferir *força normativa à Constituição*, conforme preleciona Konrad Hesse³⁹⁸, e o entendimento de que o STF, sendo o guardião da Constituição, é também seu intérprete último, de forma a uniformizar o entendimento sobre a questão constitucional³⁹⁹.

Esse mesmo pensamento tem conduzido a uma interpretação no sentido de que as decisões proferidas pelo Supremo, no controle incidental, ou seja, questões constitucionais que são levadas ao Pretório Excelso não por um processo em que a discussão seja a norma em si, mas sim quando tal discussão é caminho necessário para a adequada solução da lide, também merecem a mesma eficácia, irradiando-se para todo o Judiciário⁴⁰⁰. É o que Fredie Didier Jr alcunha de “objetização do recurso extraordinário”⁴⁰¹.

Essa tendência tem sido denominada no STF como “transcendência dos motivos determinantes, que recebera especial referência no RE 197.917 (caso dos vereadores de Mira Estrela) e no HC 82.959 (progressão de regime nos crimes hediondos), tendo a Corte recebido e dado provimento a diversas Reclamações por descumprimento do entendimento conferido pelo Pretório.

Sensível a isso, o legislador infraconstitucional, na edição da Medida Provisória 2.180-35 de 2001⁴⁰², previu a possibilidade de alegação de inexigibilidade da coisa julgada construída em entendimento que afronta a interpretação do Supremo Tribunal Federal, na seara do processo trabalhista (artigo 884, §5º, CLT). Na mesma toada, a Lei 11.232/2005 estendeu o raciocínio para o processo civil (artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

³⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p. 269-270.

³⁹⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. p.16.

³⁹⁹ Lembra-nos a professora Maria Helena Diniz: “O sistema apresentará unidade, se as várias normas forem conformes à norma-origem (Constituição); conseqüentemente haverá uma coerência, ante a impossibilidade lógica de existirem preceitos infraconstitucionais antagônicos à Lei Maior”. *Norma constitucional e seus efeitos*. p.119.

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, v.3. p.295. Ainda: REsp 819.850, rel. Min. Teori Zavascki.

⁴⁰¹ DIDIER JR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário.

⁴⁰² A referida Medida Provisória encontra-se em plena vigência por conta do artigo 2º da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001.

O que o dispositivo em questão, basicamente, afirma é que toda vez em que uma decisão for construída sob um entendimento fundado em lei ou ato normativo que venha a ser declarado inconstitucional pelo Supremo ou em aplicação ou interpretação tida por incompatível com a Constituição, a coisa julgada pode ser desfeita e o título tornado inexigível⁴⁰³.

Ainda, contornando tal premissa, a necessidade de repercussão geral ao recurso extraordinário nada mais é do que a busca por uma verticalização legislativa, de forma a solver com maior antecedência possível as interpretações dos casos concretos análogos.

Nesse aspecto, saltares as colocações de Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni:

Esses mecanismos processuais visam a compatibilizar as decisões jurisdicionais, uniformizando-as, concretizando, dessa ordem, o valor constitucional da igualdade no formalismo processual. Acabam por velar, nesse azo, pela unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, sobre racionalizar a atividade judiciária, importando em notável economia de atos processuais.

Além disso, têm por desiderato racionalizar a atividade judiciária, impedindo que recursos em confronto com a orientação dos Tribunais Superiores tenham seguimento, ocupando inutilmente a estrutura judiciária.

É nessa mesma quadra que se engasta, em determinada perspectiva, o instrumento da repercussão geral no direito brasileiro. Trata-se de salutar expediente que, ao mesmo tempo, visa a concretizar o valor da igualdade e patrocinar sensível economia processual, racionalizando a atividade judicial, sobre, constante já se destacou, contribuir para a realização da unidade do Direito em nosso Estado Constitucional⁴⁰⁴.

Acontece que, em outros modelos de jurisdição constitucional, como o estadunidense, as decisões tomadas pela Suprema Corte servem de embasamento a todas as decisões pátrias, criando precedentes que assegurem os princípios fundamentais do Direito. Em outras palavras, existe uma certa expectativa das decisões, desde que lhes haja precedentes garantidos pela *Court of Law*.

A eleição dos precedentes, frise-se, embora possa vincular as decisões futuras com base em argumentos construídos no passado, não se mostra incompatível

⁴⁰³ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. O processo trabalhista e a coisa julgada inconstitucional. p. 60.

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. p. 19.

com o progresso do direito. É sempre atual a possibilidade de superação do precedente, sempre caminhando ao lado da sombra das necessidades sociais contemporâneas⁴⁰⁵.

Como ressalta O'Brien, na realidade jurisdicional norte-americana, "the Court's rulings are usually considered controlling for other similar cases and the larger political controversy they represent"⁴⁰⁶.

Contudo, no direito supracitado não há o controle concentrado da constitucionalidade legislativa, sendo tal medida realizada no caso concreto. Mesmo assim, assegura a Suprema Corte que das suas decisões aferindo a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis tenha aplicação a todos os casos, servindo de precedente jurídico.

É importante que se tenha em mente que a interpretação constitucional realizada por um Tribunal Superior não possui o condão de desvirtuar o controle de constitucionalidade realizado pelos juízes e tribunais inferiores.

Em verdade, segundo nos parece, ambas medidas laboram, concomitantemente, na observância da constitucionalidade acima de qualquer outra medida. Seria desastroso que o ordenamento jurídico inferior à Carta Constitucional tivesse o poder de lhe contrariar, seja por uma questão de lógica hierárquica (formal), seja por uma questão de valoração dos direitos expostos na Constituição (material).

Desta feita, o papel do Tribunal Constitucional pátrio é de discutir questões de foro constitucional que possuem repercussão geral. E é exatamente esta repercussão que confere embasamento à sustentação da ideia de que as decisões constitucionais tomadas pelo Supremo, incidentalmente, devem ter seus efeitos expandidos a fim de abranger, interpretativamente, todos os casos análogos.

Noutra oportunidade, acerca do tema, já dissemos que

a repercussão geral confere o selo de autenticidade da importância da questão constitucional discutida, razão pela qual careceria de sentido aplicar estes efeitos para apenas um caso. Tanto é que na repercussão geral, após a decisão concreta, surtem os efeitos para todos os casos análogos que aguardaram junto aos Tribunais aquela decisão⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ OST, François. *O tempo do Direito*. p. 106 e ss.

⁴⁰⁶ O'BRIEN, David M. *Constitutional law and politics*. p. 34. No vernáculo: "As decisões da Corte são usualmente consideradas para fins de controle de casos semelhantes e para a maior controvérsia política que representam".

⁴⁰⁷ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. A encruzilhada jurídica entre a "tradição" processual e a perspectiva fundamental dos direitos. p. 35.

Ao depois, esta medida fortalece o controle de constitucionalidade incidental, seja para as questões de repercussão geral junto ao Supremo, seja para as questões constitucionais de somenos importância nos Tribunais, como na cláusula de reserva de plenário, ou pelos juízes de primeira instância. Evidente que para estas as questões constitucionais discutidas não possuem a mesma repercussão do que aquelas que chegam ao Pretório Excelso, mas o poder-dever de controlar a constitucionalidade das leis subsiste sempre, seja para aplicar interpretação do STF, seja para realizar a própria análise no caso concreto.

Ainda nessa linha, a Emenda nº 45 trouxe novidade ao sistema jurídico pátrio ao instituir no art. 103-A da Constituição Federal, a súmula vinculante, segundo a qual, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, o STF pode por dois terços de seus membros aprovar súmula que vincula todos os órgãos do Judiciário e a Administração Pública direta e indireta. Vale dizer, instituiu-se a possibilidade do controle incidental no STF mediante a aprovação de súmula fazer gerar efeitos a todos.

Importante salientar que a súmula vinculante somente faz sentido “após reiteradas decisões” de casos análogos, o que nos permite, logo em primeiro plano, concluir que seu principal objetivo é apaziguar as tensões sociais decorrentes das diversas interpretações jurídicas sobre determinado tema de natureza constitucional.

Dessa forma, se alinha ao exposto anteriormente acerca do controle incidental realizado pelo Supremo. A diferença é que seus efeitos vinculantes não decorrem de uma construção doutrinária e sim de dispositivo claramente exposto na própria Constituição.

É evidente que direitos sem garantias não podem subsistir. E, mais do que isso, as garantias estão vinculadas diretamente à possibilidade de instrumentalização do Judiciário para garanti-los, independente de vontade política e legislativa. Se tal construção decorre de expressa disposição constitucional ou se decorre de construção doutrinária pouco importa, contanto que essa se poste frente à lupa constitucional para concluir a maneira de se instrumentalizar a garantia. Não se trata mera e simplesmente de sobrelevar-se ao texto legal, pois, acima deste e do jurista, deve estar sempre a Constituição, essa sim o parâmetro e o ponto de vista de todo o observador do ordenamento pátrio.

Ao depois, consoante extenso trabalho produzido pelo professor Marinoni, deve-se frisar que parece “no mínimo indesejável, para um Estado

Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais”, prática em relação a qual a doutrina brasileira pouco reage⁴⁰⁸.

Nesse sentido, também destaca Alexy: as “razões básicas para seguir os precedentes é o princípio de universalizabilidade, a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal”⁴⁰⁹.

Pois bem.

Na vertente do Supremo Tribunal Federal, embora a questão não seja tão inequívoca, é possível se notar diversos exemplos, na discussão democrática, acerca da aplicação da força de precedente a decisões de cunho incidental, ou melhor, à transcendência dos efeitos das decisões tomadas em ações concretas.

Na discussão acerca da fidelidade partidária, a virada de jurisprudência do Supremo decorreu do julgamento de três mandados de segurança (26.602, 26.603 e 26.604), impetrados em face da resposta de duas consultas no Tribunal Superior Eleitoral.

De se ver que o caráter emblemático criado às razões do julgamento fora tão grande que direcionara a análise conjunta dos *mandamus*. E, após a declaração de constitucionalidade ocorrida em sede incidental, o TSE houve por bem regular a questão por meio da Resolução 22.610, demonstrando-se, assim, que a decisão do Supremo acaba de formar o precedente acerca da necessidade de fidelidade partidária aos mandatários.

Assim, embora julgado em mandado de segurança, não se discute, atualmente, que a fidelidade valha apenas para os impetrantes dos referidos *mandamus* ou de outros que tenham tratado da mesma temática.

No tocante à Lei de Ficha Limpa, o STF formou sua convicção quanto às questões discutidas no julgamento de dois recursos extraordinários.

⁴⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 101. Ainda, importantes observações: “Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o *common law* devota respeito aos precedentes. A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que essa tradição insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto no *civil law* foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões”. p. 100.

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. p. 259.

No RE 633.703, diante das fundamentações, o Supremo firmou posição no sentido da inaplicabilidade da nova Lei para as eleições de 2010, por ofensa ao artigo 16 da Constituição Federal, sendo que tal precedente passa a valer para todos os casos, e não apenas para o recorrente.

É de se ressaltar que a decisão fora tomada em Plenário, após extensa discussão e profunda análise dos termos da Lei Complementar 35, e não apenas do direito que assistia ao recorrente.

Posteriormente, no Recurso Extraordinário 630.147, o Supremo chancelou a constitucionalidade da Lei de Ficha Limpa, o que, por evidente, vale não apenas para atingir o recorrente Joaquim Roriz, mas todos os políticos que se enquadram na situação delineada pela lei.

No mencionado RE 197.917, o Supremo, interpretando o artigo 29, IV, CF, que estabelece a necessidade do número de vereadores ser proporcional à população do município, entendeu que deveria haver correspondência matemática entre as faixas indicadas e a população.

A decisão fora tomada em recurso que abrangia apenas o Município de Mira Estrela, mas o precedente formado atingia todos os municípios do país, inclusive norteando a Resolução 21.702 do TSE tratando da temática. Como consequência, é cediço que o Congresso Nacional promulgou a Emenda 58/2009, estabelecendo exatamente os limites de vereadores dentro de cada uma das 24 faixas populacionais, com variação de 9 a 55 vereadores.

Nesses casos, é certo que a decisão superior, servindo como precedente, ajustou a justiça da decisão, além de analisar a constitucionalidade da questão de forma nitidamente abstrata, ainda que em meio a um caso concreto. Por essa razão, tais decisões não poderiam ficar restritas às partes do processo.

Tal vertente anuncia a formação de uma nova perspectiva do controle de constitucionalidade, alcançando, por evidente, as questões que envolvem a discussão sobre a aplicação do princípio democrático e os direitos daí decorrentes.

Dado o caráter não apenas da formação da convicção do Tribunal, mas do próprio direito discutido, é natural que sempre que se fale em princípio democrático, para o bem da democracia, seja a decisão levada a efeito perante todos.

CONCLUSÃO

A democracia é um conceito em eterna construção. O princípio democrático é um preceito em contínua efetivação.

As clássicas e modernas concepções de democracia não conseguem se refugiar em um lugar onde não caiba o povo predicado pela liberdade. Seja como for, parece-nos que a democracia transita em um lugar soberano que, embora inatingível em sua plenitude, fornece aos atores do círculo social a missão de concretizar a sua efetivação.

Przeworski fornece pistas condizentes com a necessidade de que a democracia pressupõe um cenário beligerante, isto é, em que se possibilita a participação para aqueles que estão fora do Poder terem condições de a ele voltar. O que também exige o atendimento das expectativas sociais para os que não querem deixar o mandato.

Dahl foi além, justamente pela invocação da existência conceitual de democracia plena apenas se houver plenitude nas vertentes *possibilidade de participação popular e grau de oposição permitido*.

Muitos teóricos políticos ressaltaram que o problema da participação encontra-se intrinsecamente vinculado à presença dos partidos políticos. Diga-se, aliás, consoante excelentes construções de Kelsen que os partidos políticos são imprescindíveis na revelação da vontade popular, servindo como meio para ofertar a transmissão dos anseios da sociedade. Até porque, conforme conhecido por Rousseau, uma democracia direta somente seria viável em pequenas sociedades⁴¹⁰. Noutros modelos, serviria mais como atravancamento do sistema do que como voz da sociedade.

O século XX assistiu a “deusa democracia” ser elencada ao rol dos princípios fundamentais do Estado Constitucional, reconhecida como necessária para o estabelecimento do equilíbrio das funções do Estado. Mesmo as demais particularidades das novas Constituições – como o rol de direitos fundamentais – cresceram sob a égide de um objetivo democrático. Daí se dizer que a Constituição assevera um incontável número de direitos que circundam a democracia, dispostos a auxiliar a efetivação do princípio.

⁴¹⁰ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política*. p. 36.

Quando se fala em projeto constitucional, por evidente os teóricos do Estado sempre apontam uma consequência inerente à existência de uma diretriz duradoura. O problema de como o passado possa guiar o futuro, sem que no futuro se pretenda desviar dos objetivos do passado, mas tão somente articulá-los para oferecer respostas temporalmente mais adequadas sempre existiu e sempre existirá na temática do tempo do Direito.

Mais do que isso, questiona-se se o projeto democrático seria realmente eterno. Mas esse é um problema de base, visto que, se o Estado é uma ficção jurídica criada para organizar e direcionar a sociedade, isto é, o povo, nada mais natural e consequente do que o modelo que se apresenta leve em consideração a ampla participação popular, o que culmina na própria democracia. Assim, enquanto houver Estado Constitucional, a democracia lhe perseguirá.

Nesse novo paradigma do Estado, ao melhor modelo das revoluções científicas de Kuhn⁴¹¹, a defesa dos preceitos constitucionais de uma Constituição materialmente garantidora, apesar de requisitada de todos os Poderes do Estado, acabará encontrando no Judiciário seu fiel guardião. Assim, o Judiciário sai de uma posição pré-revolucionária bastante amíúde e passiva para assumir no contexto contemporâneo o papel protagonista: a última palavra do Estado Constitucional.

Seja no *judicial review* ou no modelo kelseniano, a ideia que circunda o controle de constitucionalidade se apresenta da mesma forma: a necessidade de que o Judiciário garanta a supremacia da Constituição por meio do controle dos atos estatais inferiores a ela, restando, assim, assegurado o projeto constitucional de outrora, mas sempre pendente de mutações interpretativas.

Evidente que o esforço trará em si o risco do abuso, na medida em que os liames entre a interpretação jurisdicional e a legislação judiciária não se mostram sempre tão óbvios. Partindo da premissa de Kelsen, de que a tarefa do julgador sempre terá em si uma vertente criativa⁴¹², torna-se necessário delimitar até que ponto essa criação não adentra à esfera detidamente legislativa.

Essa preocupação é esposada por Cappelletti:

⁴¹¹ “uma teoria científica, após ter atingido o *status* de paradigma, somente é considerada inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la (...) Decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, *bem como* sua comparação mútua”. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. p. 108.

⁴¹² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 124 e ss.

Vimos que a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional, e que existem, por outro lado, importantes razões para o acentuado desenvolvimento de tal criatividade em nosso século, correspondendo a características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais. Mas, em consequência dessas premissas, há neste ponto uma segunda questão a requerer resposta. Devemos inquirir se a atividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo⁴¹³.

Ainda, deve-se ressaltar que o controle de constitucionalidade traz ao Judiciário o papel de abordar temas que, por estarem materialmente inseridos na Constituição, não eram objeto de análise jurisdicional no direito pré-revolucionário, inclusive questões políticas tidas como inerentes à análise governamental ou de abrangência das atividades legislativas.

Tampouco se pode olvidar que, talqualmente a legislação, não há como afastar a identificação do conteúdo moral das decisões, seja pela formação ideológica do julgador, seja pela influência da confecção da norma, ou mesmo pelo fruto decorrente da interpretação realizada de forma não imune ao ambiente moral.

Diante desse quadro, alguns doutrinadores oferecem a saída da racionalização das decisões judiciais, de modo que os julgadores possam, na medida da construção jurisdicional, justificá-las sob a égide de fundamentos que ofereçam subsídio lógico-estrutural para os motivos determinantes, modelo bastante significativo diante de preceitos polissêmicos ou do embate de princípios constitucionais.

A despeito desse trabalho ter por foco as técnicas de controle de constitucionalidade utilizadas para a efetivação da democracia, esses estudos foram imprescindíveis para oferecer sustentáculos às nossas ponderações.

Na jurisprudência brasileira, a ascensão de preocupações tanto com um modelo mais participativo do controle de constitucionalidade, como com a efetivação do princípio democrático, conduziram à ampla participação não apenas da Corte Constitucional, mas, sobretudo, do Tribunal Superior Eleitoral, que, de forma didática, muitas vezes antecipava a posição a ser definida mais tarde pelo próprio Supremo.

⁴¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 73.

Entre nós, as técnicas de controle, de forte influência alemã, muitas vezes apresentaram sugestões pouco ortodoxas diante da tese de nulidade das leis inconstitucionais, para estruturar preceitos que modificariam o pressuposto de que *the unconstitutional statute is not law at all*, como defendia Willoughby no *judicial review* norte-americano⁴¹⁴.

Nesse contexto, nasceram teses de *interpretação conforme a Constituição*, precipuamente quando a declaração de nulidade fosse um mal maior do que remediar-se dentro da razoabilidade a interpretação do preceito. É o que o *Bundesverfassungsgericht* exercitou com a redução do percentual de 5% para 0,5% no caso das cláusulas de barreira.

No Brasil, no entanto, a temática das cláusulas de barreira sofrera interpretação distinta, sendo-lhe preferível declarar nulidades totais e parciais. É que a *interpretação conforme* enquanto técnica de interpretação oferece o alto risco do Judiciário adentrar à discussão de cunho nitidamente legislativo. Mas, como se disse, houve momentos em que a *declaração sem redução do texto* foi também aplicável, considerando o fato de que o objetivo era simplesmente eliminar uma restrição temporal constante de um artigo.

Declarações de nulidade sem redução do texto, embora próximas da *interpretação conforme*, mostraram-se divergentes em sua definição, proporcionando resultados distintos, com a primeira mais restritiva do que a segunda.

A ausência das leis diante de mandamentos constitucionais sempre se apresentou como um problema renitente no Estado Constitucional, ainda mais após a mudança de paradigma que possibilitara às Cortes o ingresso em questões que outrora eram limitadas ao debate político.

A jurisprudência, ademais, demonstrou que, sempre chamado, quase sempre o Parlamento se mostra inerte à advertência, recalcitrante em sua omissão, deixando graves problemas da sociedade sem a devida regulação legislativa.

Nessas situações, a sociedade buscará nas Cortes o remédio, não mais para apenas advertir o Legislativo, mas também para sanar a omissão apontada, o que, se não realizado de forma cautelosa, indicará um atropelado ingresso do Judiciário na vida legislativa.

⁴¹⁴ WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The constitutional law of the United States*. p. 9-10.

Como procuramos demonstrar, é evidente que os motes interpretacionistas podem conduzir a resultados diversos. E mesmo em face de quadros que exigem a justificação racional da construção jurisprudencial, não assusta a possibilidade ampla de entendimento do Judiciário, por vezes procurando conduzir sua motivação para alcançar a finalidade pressuposta.

Nesse ínterim, mostra-se ideal que a *interpretação razoável* ofereça algumas bases para que a interpretação, ao cabo, não ofereça solução completamente desvirtuada tanto do texto legal quanto do objetivo proposto de sua confecção, ainda que se valendo da necessidade de se adentrar ao mundo das mutações constitucionais.

Por fim, tivemos a oportunidade de adentrar à discussão que instaura a *transcendência dos motivos determinantes* nas ações concretas, o que significa, em última análise, a criação do precedente brasileiro, sobretudo em casos relevantes que trataram da discussão democrática.

Assim, tanto a inaplicabilidade da Lei de Ficha Limpa para as eleições de 2010, como sua constitucionalidade para a partir de então, tiveram discussões travadas em sede de recurso extraordinário, fornecendo um resultado para além das partes do processo.

Precipuamente nas temáticas democráticas, em face dos interesses difusos envolvidos e da sua objetividade em relação à estruturação do Estado, torna-se mais substancial a defesa de que decisões tomadas em sede incidental por uma Corte Constitucional devem ter aplicabilidade ampla.

A luta pela efetivação do princípio democrático traz em si mais do que a simples apuração de que se trata de um dever de todos. Oferecerá sempre o questionamento de quem exatamente e de que forma buscará implementar direitos que servem para estruturar a democracia.

Nesse diapasão, é natural que as dificuldades se apresentem, ainda mais considerando o embate de poderes, a possibilidade da quebra dos equilíbrios, a abertura dos preceitos e a ampla margem interpretativa.

A razoabilidade, a racionalidade e a utilização da técnica podem oferecer asfalto para que, nos dizeres do mestre Bonavides, se coloque a navegar “o barco constitucional”⁴¹⁵.

⁴¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. p. 243.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALAIN. *Mars ou la guerre jugée*. Paris: Éditions Gallimard, 1936.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999.

AMANTINO, Antônio Kurtz. Democracia: a concepção de Schumpeter. *Teoria e evidência econômica*. Passo Fundo, v. 5, n. 10, p. 127-140, mai./1998

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ARISTÓTELES. *A política*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1965.

ARON, Raymond. *Democracia e totalitarismo*. Lisboa: Presença, 1966.

_____. *Ensayo sobre las libertades*. Madrid: Alianza, 1969.

BACHRACH, Peter. *Critica de la teoria elitista de la democracia*. Buenos Aires: Amorrortu, 1973.

BAILEY, Sydney D. *British parliamentary democracy*. 3.ed. London: George H. Harrap & Co. Ltd, 1971.

BARBOSA, Rui. *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*. Rio de Janeiro: Typologia do Jornal do Commercio, 1910. vs. I e II.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas*. São Paulo: Brasiliense, 2004

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BEÇAK, Rubens. *A hipertrofia do Executivo brasileiro: o impacto da Constituição de 1988*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

_____. *Reflexões sobre o evoluer democrático rumo à sua otimização: a atualidade da “democracia deliberativa” e suporte teórico. Enfoque histórico-evolutivo. Contribuição à Teoria Geral do Estado*. 2013. 173f. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Brasília: UnB, 1995.

_____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. *Qual socialismo?* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

_____. *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 2.ed. Brasília: UnB, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Curso de direito constitucional*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. A encruzilhada jurídica entre a “tradição” processual e a perspectiva fundamental dos direitos. *Revista de Direito Público*. Porto Alegre, n. 28, p. 19-40, 2009.

_____. Ativismo judicial e o papel das Cortes Constitucionais nas correções de rota da crise da democracia representativa. *Revista de Direito Público*. Porto Alegre, n. 40, p. 25-49, 2011.

_____. O processo trabalhista e a coisa julgada inconstitucional: reflexos da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 na execução trabalhista. *Revista de Direito Univille*. Joinville, v.2, n.1, p. 58-67. 2012.

_____. Técnicas de controle de constitucionalidade e ativismo judicial na efetivação da democracia: notas introdutórias. *Revista de Direito Público*. Porto Alegre, n. 44, p. 174-189. 2012.

BULOS, Uadi Lâmega. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BURDEAU, Georges. *A democracia*. 3.ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1975.

_____. *Traité de science politique*. Paris: LGDJ, 1970. t.5.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva?* Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, v.1, p-5-23, 2011.

_____. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. Barueri: Manole, 2004.

_____. *Oposição na política*. São Paulo: Angelotti, 1995.

_____. *Sistemas eleitorais x representação política*. Brasília: Senado Federal, 1990.

CAMPOS, Rosana Soares. *Escolhas políticas, decisões econômicas, consequências sociais: um estudo sobre os impactos da democracia procedimental e do neoliberalismo na América Latina e no Brasil*. 247f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UFRGS, Porto Alegre, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARROZZA, Paolo; GIOVINE, Alfonso di; FERRARI, Giuseppe F. *Diritto costituzionale comparato*. Roma: Editori Laterza, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CLÈVE, Clemerson Marlin. *Fidelidade partidária*. Curitiba: Juruá, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. Hermenêutica Kelseniana. In: *Direito, Cidadania e Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations: which rest upon the legislative power of the States of the American Union*. 7.ed. Boston: Little Brown, 1903.

DAHL, Robert A. *How democratic is the American Constitution?* New Haven/London: Yale University Press, 2001.

_____. *Poliarquia e oposição*. São Paulo: Editora USP, 2005.

_____. *Polyarchy – Participation and Opposition*. 4.ed. New Haven: Yale University Press, 1973.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O que é participação política*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, L.; NERY JR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris: PUF, 1971.

_____. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1970.

EHRMANN, Henry W. *Democracy in a changing society*. New York: Frederick A. Praeger, 1964.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *A democracia possível*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. *A reconstrução da democracia: ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo contemporâneo e em especial no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Curso de direito constitucional*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Estado de Direito e Constituição*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Sete vezes democracia*. São Paulo: Convívio, 1977.

GICQUEL, Jean. *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*. 18.ed. Paris: Montchrestien, 2002.

GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *The sovereignty of parliament*. New York: Oxford University Press, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *Pluralismo y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

HARTWIG, Matthias. El control político en Alemania. In: MAILLARD, José Luis Prado et alli (Org.). *El control político en el Derecho comparado*. Granada: Editorial Comares, 2010. p.93-110.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1991*. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFSTADTER, Richard. *Great Issues in American History*. New York: Vintage Books, 1958.

HOLMES, Stephen. El Precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Colegio Nacional de Ciências Políticas Y Administración Pública, A. C. e Fondo de Cultura Económica, 1999.

_____; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, Inc., 1999.

HOURQUEBIE, Fabrice. *Quelques observations sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel en France*. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, n.15, 2012.

JEFFERSON, Thomas. *On democracy*. New York: Penguin Books, Inc., 1946.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Editorial Labor, 1934.

_____. *Jurisdição constitucional*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. Ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Madrid: Editorial Cenit, 1931.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. 2.ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MALBERG, R. Carre de. *Teoria general Del Estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 1948.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 11.ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1: Teoria geral do processo.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.2.

_____; *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luís César Amad. *História moderna e contemporânea*. 6.ed. São Paulo: Scipione, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. *Observatório da Jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t.III.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MOSCA, Gaetano; BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. 6.ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- NUN, José. *Democracia: ¿Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?* 2.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. A relação entre soberania popular e governo democrático na filosofia política de Jean Jacques Rousseau. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 73, p. 35-59. 2010.
- OST, François. *O tempo do Direito*. Bauru: EdUSC, 2005.
- O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and Politics*. New York: W. W. Norton, 1991. v.2: Civil Rights and Civil Liberties.
- _____. *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*. New York: W. W. Norton, 1986.
- PLATÃO. *A República*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- _____. *Diálogos: Fédon, Sofista e Político*. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.
- POPPER, Karl. Popper on Democracy: The open society and its enemies revisited. *The economist*. New York, p. 25 e ss, 23 abr. 1988.
- PRZEWORSKI, Adam. *Sustainable democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- _____. *Transition to Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1961. v.1.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito constitucional*. 1.ed. São Paulo: Verbatim, 2010.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*. 3.ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Ed., 1974.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo*. São Paulo: Editora Ática, 1994. v. 1.

_____. *Teoria de la democracia*. Madrid: Alianza Universidad, 1987.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. 2.ed. New York and London: Harper & Brothers Publishers, 1947.

_____. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*. Munique: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1989. v.III/1.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAFT, William Howard. *Hearings before the House Committee on the Judiciary*. 67th Congress, 2d sess., 1922, 2.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

THOMA, Richard. Die juristische Bedeutung der Grundrechtliche Sätze der deustchen Reichsverfassung im Allgemeinen. In: NIPPERDEY, Hans Carl (Org.) *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*. Berlim: Reimar Hobbing, 1929. v.I.

TUCÍDIDES. *História da guerra do Peloponeso*. 4.ed. Brasília: UnB, 1987.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, São Paulo, n. 8, p. 441-464, jul/dez 2008.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VIOLA, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The constitutional law of the United States*. New York: Baker, Voorhis, 1910. v.1.