

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
MESTRADO “CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE”
DISCIPLINA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Alberto Cascais

**DEMOCRACIA, PLURALISMO POLÍTICO, FICHA LIMPA
E O DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL**

Brasília – DF
Setembro de 2014

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

Alberto Machado Cascais Meleiro

**DEMOCRACIA, PLURALISMO POLÍTICO, FICHA LIMPA
E O DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL**

Brasília – 2014

Alberto Machado Cascais Meleiro

DEMOCRACIA, PLURALISMO POLÍTICO, FICHA LIMPA
E O DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito
Público (IDP) como parte dos requisitos para a obtenção
do título de mestre.

Orientador: Professor Doutor Ney de
Barros Bello Filho

Brasília – 2014

Alberto Machado Cascais Meleiro

DEMOCRACIA, PLURALISMO POLÍTICO, FICHA LIMPA
E O DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito
Público (IDP) como parte dos requisitos para a obtenção
do título de mestre.

Aprovada em: ___ / ___ / ___.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Ney de Barros Bello Filho (Presidente)

Professor Doutor Ministro Gilmar Ferreira Mendes

Professor Doutor Olindo Menezes

AGRADECIMENTOS

Resultado de uma nova etapa de vida e de um desafio auto imposto, chega-se a este trabalho que, evidentemente, em muitos aspectos ainda deverá ser aprimorado.

Chegar até aqui, entretanto, não seria possível sem o acolhimento e o encaminhamento científico realizado pelos professores do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, instituição que muito me honra integrar como aluno. Assim, agradeço à direção dessa Instituição e a todos os professores por todo o apoio e consideração e, especialmente, pela dedicação e entusiasmo no relevante trabalho que desempenham.

Um agradecimento especial ao Professor Doutor Ney de Barros Bello Filho, orientador e amigo que desde o início compreendeu e incentivou o desenvolvimento deste trabalho, quando ainda era uma ideia disforme e cheia de lacunas, sendo determinante em indicar o caminho que deveria ser trilhado.

Dedico ainda uma palavra de agradecimento especial à Professora Doutora Flavia Santinoni Vera pelo trabalho de revisão do texto.

É evidente que quando subtraímos um tempo do convívio familiar acabamos por afetar aos que mais amamos. Por isso mesmo, esse trabalho é dedicado a Kátia e ao Victor Hugo, amores que circundam minha vida.

APRESENTAÇÃO

Tenho a honra de submeter a presente dissertação a essa distinta banca examinadora, a título de trabalho final do curso de pós-graduação *stricto sensu* na área 1, Processo e Jurisdição Constitucional, que tem como eixo o item 1.a – Jurisdição Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Não se teve a pretensão de esgotar o tema abordado, mesmo porque se tratade estudo que comporta vários desdobramentos, além de aprofundamentos específicos que desbordam os limites e os objetivos desse trabalho, mas que permitirão sempre novas perspectivas, especialmente por se tratar de assunto dinâmico, a despeito de tratar também de conhecidos conceitos de constitucionalismo, republicanismo e democracia, além do princípio da igualdade de chances no pleito eleitoral, financiamento eleitoral e abuso do poder político, e da distinção entre condições de elegibilidade e inelegibilidade.

Quanto ao tema escolhido propriamente dito, entendo modestamente que, além de pouco explorado, dentro de um enfoque acadêmico e judicial, abarca outras questões correlatas, já que dispõe de um ingrediente político relevante, por tocar em pontos somente há pouco abordados, como a existência de um devido processo legal eleitoral.

Portanto, caberá sempre um novo enfoque, dentro de uma maior reflexão e estudo, o que, contudo, os prazos do curso de mestrado não admitiriam.

Chega-se, entretanto, a formular aqui algumas propostas legislativa, voltadas à alteração da estrutura de um sistema jurídico consolidado há anos, mas que nem por isso indene de distorções.

Espero, assim, contar com o beneplácito dessa ilustre Banca para obter a almejada aprovação.

Alberto Cascais

RESUMO

O trabalho divide-se em três capítulos e se inicia com uma abordagem histórica da democracia até os dias atuais e de suas contradições, em especial quanto ao conceito de povo e quanto à necessidade de se ter um ambiente homogêneo e previamente democrático para que a democracia perdurasse como forma de governo até ao estágio atual em que democracia toma a forma de um direito, associado ao valor de liberdade e não somente ao de igualdade. Em sequência, passa-se a explicitar a soberania interna e sua legitimação pela democracia e pelo sistema político representativo e como o pluralismo e o constitucionalismo delimitam o poder da maioria, não sendo mais a democracia a simples prevalência de quem detenha mais votos, mas pressupondo a democracia constitucional como o conjunto de direitos fundamentais que impõem limites às maiorias eventuais. Na terceira parte, aborda-se a existência de um devido processo legal eleitoral, com normas superiores que garantem direitos tanto ao cidadão-eleitor como ao cidadão-candidato, como o princípio da anterioridade qualificada da lei eleitoral, eficaz tanto em relação ao legislador como frente a juízes e tribunais em suas interpretações e, nessa perspectiva, analisa-se a Lei Complementar 135/10 e sua aplicação pelos Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal, chegando-se à hipótese, confirmada pelos dados, de que o STF, em sede de controle concentrado de normas, não chega a reformar atos normativos editados pelo TSE.

Palavras-chave: Democracia.Procedimentos estatais.Devido Processo Legal Eleitoral.Ficha Limpa.

ABSTRACT

The work is divided in three chapters e begins with na historical approach of democracy untill nowadays and its contradictions, especially about the meaning of the concept of people and about the necessity of having a previous and homogeneous democratic ambient for the maintenance of democracy as a form of government, until the actual stage when democracy assume a way of a right, in association with a value of freedom and not only equality. In sequence, the work make a explicit of the intern sovereignty and its legitimation from democracy and from the political representative system and how pluralism and constitucionalism delimit the majority power, democracy not being a simple prevalence of whom has more votes, but a presupposition of a set of fundamental rights that impose limits to eventual majorities. In the third part, the work approach the possible existance of a electoral due process of law, with superior norms that guarantee rights to citizen-voters and also to citizen-candidate, how the principle of anteriority qualifyied electoral law, that is efficiency before Congressmen and likewise in attention to judges and Courts in its law interpretation power and, in this perspective, analyzes the Complementar Law 135/10 and its aplicattion by the Supreme Electoral Court and by the Federal Supreme Court, confirming the hyphotesis, ratified by the data, that the Supreme Court, in norm concentrated control process, doesn't reform normative acts edited by the Superior Electoral Court.

Keywords: Democracy.State proceedings.Electoral due process of law.Political clean report.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – DEMOCRACIA	17
1.1 O POVO	17
1.2 DEMOCRACIA DE MASSAS	21
1.3 DEMOCRACIA COMO PODER INCONTESTÁVEL	32
1.4 A VICISSITUDE DA DEMOCRACIA MODERNA	35
1.5 A DEMOCRACIA HEGEMÔNICA	44
1.6 AS VÁRIAS CONCEPÇÕES DE DEMOCRACIA	47
CAPÍTULO 2 – SOBERANIA E PLURALISMO	67
2.1 A LEGITIMAÇÃO DA SOBERANIA PELO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO	67
2.2 A RECUPERAÇÃO PELO ESTADO DE COMPETÊNCIAS POLÍTICAS EM FACE DO MERCADO	68
2.3 A TRANSFORMAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL	72
2.4 A SOBERANIA DA CONSTITUIÇÃO	74
2.5 O PLURALISMO E OS PROCESSOS DE DECISÃO	77
2.6 OS PROCEDIMENTOS ESTATAIS	86
2.7 AS QUESTÕES POLÍTICAS – OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALI- DADE DAS LEIS	95
CAPÍTULO 3 – A RESERVA CONSTITUCIONAL DO SISTEMA ELEITORAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL	102
3.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL	102
3.2 AS INELEGIBILIDADES NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI	112
3.2.1 AS INELEGIBILIDADES COMO MATÉRIA PROPRIAMENTE ELEITORAL	112
3.2.2 INELEGIBILIDADE LEGAL	114
3.3 A ANTERIORIDADE QUALIFICADA DA LEI ELEITORAL	116
3.3.1 FUNDAMENTOS DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL	116
3.3.2 A ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL NA PERSPECTIVA DO STF.....	119
3.4 A CONSULTA SOBRE A LEI COMPLEMENTAR Nº 135, DE 2010	122
3.5 O CASO CONCRETO DEDUZIDO A PARTIR DA RESPOSTA DO TSE	124
3.6 A LEI COMPLEMENTAR Nº 135, DE 2010	127
3.7 OS FATOS LEGISLATIVOS E O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO RELATIVO ÀS INELEGIBILIDADES DECORRENTES DA APLICAÇÃO DA LC 135	129

3.8 O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	138
3.8.1 O CONTROLE ABSTRATO DOS PRONUNCIAMENTOS DO TSE	138
3.8.2 O PROBLEMA DA COMPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE DOIS TRIBUNAIS	140
3.8.3 O DÚPLICE JULGAMENTO E O AUTOJULGAMENTO	142
3.9 DA INEXISTÊNCIA DE CASOS DE REVOGAÇÃO DE RESOLUÇÃO DO TSE PELO	
STF	144
3.9.1 FIXAÇÃO DOS PÂRAMETROS DA PESQUISA	144
3.9.2 AÇÕES NÃO CONHECIDAS	146
3.9.3 AÇÕES NÃO CONHECIDAS POR FALTA DE LEGITIMIDADE DO REQUERENTE ..	147
3.9.4 AÇÕES AINDA PENDENTES DE JULGAMENTO	148
3.10 AÇÕES DIRETAS COM DECISÃO DE MÉRITO	150
3.10.1 FIXAÇÃO DO NÚMERO DE VEREADORES EM CADA MUNICÍPIO	
(ADI nº 3345-0/DF)	150
3.10.2 FIDELIDADE PARTIDÁRIA (ADI nº 3999-7/DF)	153
3.10.3 FIDELIDADE PARTIDÁRIA (agora objeto da ADI nº 4086-3/DF	155
3.11 MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA CONTRA RESOLUÇÃO	157
3.12 CONFIRMAÇÃO DA HIPÓTESE	157
CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS	162

INTRODUÇÃO

O presente trabalho começou a ser cogitado a partir de observação da forma como tramitou o Projeto de Lei Popular 518/09 no Poder Legislativo federal, que veio a se constituir na Lei Complementar 135, de 2010, conhecida hoje com “lei da ficha limpa”, bem como se deu a análise de constitucionalidade dessa lei perante as instâncias judiciárias.

Foi instigante acompanhar os vários desdobramentos de uma lei que recebeu apoio popular, mas que nem por isso venha a ser uma lei liberal. Antes disso, trata-se de uma lei excessivamente restritiva de direitos fundamentais, como são, a propósito, os direitos políticos, e por isso mesmo uma lei que até hoje, em uma análise mais percuciente, suscita dúvidas quanto à sua constitucionalidade, a despeito do que o Supremo Tribunal Federal já decidiu a respeito.

A Lei Complementar nº 135, de 2010, apesar da eloquência de seu codinome, em realidade, retoma a orientação arbitrária e autoritária que marca a história da legislação eleitoral em épocas ditatoriais, quando se partia do pressuposto da incapacidade do povo de saber escolher representantes e de definir seus próprios destinos políticos e da necessidade de moralização do processo político, que nunca está à altura do eleitorado. Dentro dessa lógica é que surgiram os mecanismos de pré-seleção de candidatos.

Isso, por si só, soa incompatível com o sentido superador e libertário das eleições e com a dogmática constitucional instituída a partir da Constituição de 1988. Além disso, essa seleção prévia suscita a questão sobre real significado da democracia, no que se refere à conceituação do termo “povo”.

Além disso, subjaz ao texto da Lei Complementar nº 135 o velho desprestígio da atividade político-partidária, em que o fato de o cidadão exercer o direito fundamental de se candidatar a um cargo político, ou, ainda pior, o fato de se encontrar no exercício desse cargo, é visto quase como um desvio de caráter. Exemplo disso, são as várias presunções feitas pela lei para tipificar condutas e assim tornar inelegível o candidato, como a exclusão do exercício da profissão por decisão do órgão profissional competente, fato que se constitui em punição administrativa e que, sem uma análise individualizada de caso, não deveria repercutir na capacidade eleitoral passiva, como direito constitucional, por se tratarem de esferas diferentes. O mesmo pode ser dito em relação aos que renunciam a seus mandatos, desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito

Federal ou da Lei Orgânica do Município. O exercício de um direito de renúncia acaba por determinar uma punição de caráter político de natureza gravíssima, baseada apenas na presunção.

As atuais e futuras gerações da sociedade brasileira, contudo, somente se darão conta de suas responsabilidades cívicas e da relevância do mister político na medida em que houver uma conscientização sobre as consequências do voto para a comunidade em que vivem, o que exige medidas educativas e não medidas punitivas, além das que já existiam. Significa dizer, civismo se aprende na primeira escola e responsabilidade com o voto, durante toda a vida. Votar bem se aprende votando. Disso é que advirá naturalmente a valorização do mister político e não de leis e de medidas arbitrárias, ainda que sob vestes institucionais e com apoio popular. Exigências cada vez mais restritivas ao exercício da capacidade eleitoral passiva não solucionarão a crise cívica pela qual se passa. Se assim fosse, o período ditatorial de restrição a direitos fundamentais, vivido antes da Constituição de 1998, há muito teria dado solução a esses problemas.

Questiona Dworkin se deveríamos permitir uma abordagem balanceadora que permitisse a criação de leis que venham a enfraquecer uma dimensão da democracia, quando essas mesmas leis fossem editadas a pretexto de proporcionar um aprimoramento da democracia. E ele mesmo responde afirmando que a Constituição americana impinge o critério profilático de que a melhor maneira de exercer a democracia, em longo prazo, é uma lei que vede ao governo [governo em sentido amplo] qualquer poder de tentar aprimorá-la, de vez em quando, por meio de restrição à liberdade das pessoas de dizerem o que quiserem, quando quiserem e com que frequência lhes aprouver¹.

São palavras lançadas em defesa do direito à liberdade de expressão, bastante caras à sociedade estadunidense, mas plenamente aplicáveis contra os alegados propósitos da “lei da ficha limpa”, que acabou se transformando em instrumento velado de exclusão política e de perseguição, além é claro, de *marketing* eleitoral.

Por isso, não foi sem surpresa que se viu prevalecer o viés majoritário popular nas decisões das mais altas Cortes com competência eleitoral. Pelos fundamentos de muitos dos votos proferidos, vê-se que o sentido foi mesmo o de responder a expectativas populares, em detrimento de direitos constitucionais dos candidatos.

¹DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca jurídica WMF), p. 516.

O suposto clamor público, entretanto, perdeu muita da sua relevância quando vários candidatos atingidos pelos efeitos dessa norma, obtiveram nas urnas votações muito mais expressivas que o número de assinaturas que inicialmente endossaram a proposta que deu origem à lei.

Tomando-se como ponto de partida essas reflexões, fez-se necessária primeiramente a análise dos vários significados do termo democracia e de seu pressuposto oculto, a homogeneidade, que, neste caso, significa que no conceito de “povo”, somente podem ser incluídas pessoas previamente qualificadas e que, por isso, somente é possível a igualdade dos iguais e a decisão daqueles que pertencem aos iguais.

À evidência, em países de diversidade social, cultural, educacional e econômica e onde a adoção do regime democrático é mais recente, não é de surpreender que a democracia de humanidade ou democracia de massas ainda não tenha superado essa questão da homogeneidade, o que induz reiteradamente a crise do sistema político-eleitoral e representativo e ao sentimento generalizado de que a própria democracia é algo prescindível.

A superação do fator homogeneidade leva à compreensão de que o conceito de democracia tem um valor em si mesmo, que vai além da retórica programática, constituindo-se em direito do povo de se reger por sua vontade política, com autonomia para definir os seus rumos e o da comunidade em que vive, não apenas como sujeito passivo, que é convocado apenas para comparecer às seções eleitorais para votar, pois democracia não é mais sinônimo apenas de sistema eleitoral, mas sim com o poder de interferir e de participar responsabilmente dos próprios destinos. Nesse sentido, democracia não se define mais como espécie do gênero forma de governo e se converte em pretensão de cidadania à titularidade do poder, que se concretiza pela consciência cívica em proveito da sociedade.

A democracia dos dias atuais e desde que passou a ser positivada na Constituição desmembrou-se daquele conceito do Estado liberal e, além do valor de igualdade que antes consubstanciava, impõe agora também o valor da liberdade, que se tornou o mais importante a reger as sociedades livres, transformando a democracia muito mais em um direito, em uma conquista. Democracia passa a ser o direito do cidadão de se reger pela própria vontade política e de participar dos rumos de sua comunidade.

É lição de Canotilho que o princípio democrático, ao ser constitucionalmente consagrado, é mais do que um método de escolha de governantes, pois, como princípio

normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, aspira a se tornar impulso dirigente de uma sociedade².

Não há mais espaço na história para regimes democráticos meramente formais, onde o cidadão apenas referenda com o seu voto decisões políticas que lhe são entregues prontas, definidas por algum oráculo superior e onisciente, capaz de interpretar os anseios do povo. A Constituição de 1988 insere o cidadão no processo de transformação, que não se coaduna com decisões impositivas, tomadas de cima para baixo.

Como somente o povo é titular da soberania interna, vale dizer, do poder, impõe-se a necessidade de legitimação democrática para o exercício desse poder político e para a construção da democracia, o que se alcança pelo sistema representativo, único meio pelo qual se determinam as opções políticas e quais manifestações de vontade do povo são legítimas juridicamente e relevantes politicamente.

O Estado de direito democrático não admite o uso não regulado do poder. Se o direito constitucional permitisse o predomínio da arbitrariedade de um dos atores políticos, seja o monarca, seja uma maioria do parlamento ou de juizes de uma suprema corte, a luta contra o absolutismo teria fracassado³.

E aqui se justifica a existência dos Parlamentos, pelo processo dinâmico-dialético que conduz às decisões políticas, que se constitui em um processo de conflito de opostos e de opiniões do qual resulta a vontade correta do Estado. O elemento essencial do Parlamento, portanto, é a discussão pública de argumentos e contra-argumentos, os debates, as audiências públicas, as controvérsias e os acordos. A conversação pública e a parlamentação⁴.

No processo legislativo que culminou na aprovação da Lei Complementar 135, de 2010, não houve esse mencionado conflito de opostos, visto que a matéria já se encontrava contaminada por um viés único, decorrente da suposta “origem popular”, não se podendo ignorar, ademais, que, as crises de representatividade que ciclicamente acometem o Parlamento, deslegitimariam qualquer congressista, durante o processo legislativo, de pretender questionar os dispositivos do projeto da Lei Complementar nº 135.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 288.

³ Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Presentación de Francisco Ayala; epílogo de Manuel García-Pelayo; versión española de Francisco Ayala; Imprenta: Madrid, Alianza, 1996, p. 159.

⁴ Tributo da Faculdade de Direito de Berlim para Wilh Kahl, Tubinga, 1923, p. 23.

Posteriormente, a lei passou pelo crivo de constitucionalidade, onde, igualmente, os critérios de julgamento estiveram contaminados pela origem popular do projeto e por seu apelo alegadamente moralizador, anunciado como solução para se afastar políticos desonestos do processo político, *marketing* que agrega apoios instantaneamente e sem questionamentos quanto ao custo sobre os direitos fundamentais.

As contradições vistas em diversas decisões judiciais, como se apurou neste estudo, levaram a outros questionamentos quanto, por exemplo, a um devido processo legal eleitoral que imponha a aplicação do art. 16 da Constituição Federal também à jurisdição eleitoral-constitucional, em face de decisões e/ou interpretações jurisprudenciais que signifiquem a alteração do processo eleitoral a menos de um ano das eleições e, além disso, quanto ao fato de não existirem limites aparentes à fixação de cada vez mais gravosos tipos de inelegibilidades, como os que são estabelecidas pela Lei Complementar 135, sem que o STF, na análise de sua constitucionalidade, tenha-se detido sobre a questão dos fatos e prognoses legislativos, a despeito das pesadas penas de cunho político e de restrição a direitos fundamentais que impõe.

A par disso, durante a apreciação dos processos, foi-se delineando a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal jamais teria reformado qualquer ato normativo editado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em sede de controle abstrato de normas. Hipótese essa que foi confirmada após a análise de acórdãos publicados no período de 30 de setembro de 1997, data de edição da Lei nº 9.504 – Lei das Eleições até 31 de julho de 2012, chegando-se à conclusão de que, quando submetidos ao crivo de constitucionalidade, os atos normativos do TSE ou são declarados válidos ou sequer as ações judiciais sequer chegam a ser conhecidas. Aventou-se que isso ocorre, em grande medida, em razão da composição simultânea dos dois Tribunais – Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior Eleitoral – fato que impede que o controle concentrado dos atos editados pelo TSE seja absolutamente independente e isento, tanto em razão da duplicidade na atuação judicial em diferentes instâncias por membros dos dois Tribunais, como pelo fato de que isso implica praticamente em um autojulgamento.

As conclusões deste estudo dirigem-se no sentido da necessidade de se dotar a Justiça Eleitoral, em todas as suas instâncias, de autonomia e independência em relação aos outros Tribunais, com uma composição própria e exclusiva, além da necessidade de edição de emenda constitucional dispondo que qualquer interpretação judicial que possa alterar o processo eleitoral somente será válida na data de sua publicação, mas não se aplicará à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência, haja vista os excessos normativos praticados

pelo TSE, a pretexto de editar instruções, que costumeiramente são referendados pelo Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO 1- DEMOCRACIA

1.1 O povo

A noção de democracia, antes vinculada ao liberalismo, ao qual se acha associado seu advento na idade moderna, secularizou o pensamento político derrogando a filosofia de poder que amparava as monarquias, especialmente as baseadas no direito divino.

Entretanto, o Estado liberal cumpriu sua missão revolucionária e exauriu o seu conteúdo racional, incorporou à sua estrutura o princípio da separação de poderes no terreno das garantias constitucionais de liberdade, sendo o Parlamento, como instituição, uma das maiores heranças dessa época. Além disso, e principalmente, o liberalismo estabeleceu as bases da democracia como valor de igualdade, teorizada como princípio da cidadania representativa.

Isso não impediu que várias questões em torno do conceito de democracia surgissem, além dos muitos problemas que ainda se verificam hoje nas modernas democracias e que já se encontravam presentes em sua gênese, na antiguidade.

Mais ou menos pela metade do Século V a. C., nas cidades-Estado da Grécia antiga, para designar uma nova concepção de vida política e as práticas que dela advinham, os gregos começaram a usar o termo *demokratia*. A raiz da palavra tem um significado bastante simples – *demos*, povo, e *kratia*, governo ou autoridade, por conseguinte “governo do povo”. Contudo, essa própria raiz da palavra suscita questões bastante relevantes: quem constitui o “povo” e o que significa, para eles, “governar”?

O que constitui propriamente “o povo” é algo ambíguo e controverso. E o que constitui “o povo” para os fins e as consequências advindas de um governo democrático?

Os gregos partiam do princípio de que os atenienses, os coríntios, os espartanos e os habitantes das inúmeras outras cidades-Estado constituíam, cada um deles, “um povo” com direito à sua própria autonomia política. Assim, embora os antigos gregos vissem a si próprios como um povo distinto, com sua própria língua e história, eles não se percebiam como “um povo” no sentido político de um grupo de pessoas que, consideradas em seu direito, devem governar-se numa só unidade democrática. A democracia grega não era, na verdade, uma democracia grega e sim uma democracia ateniense, coríntia, espartana e assim por diante.

Conquanto a concepção de cidade-Estado esteja hoje superada, a mesma questão no que se refere ao “povo” persiste.

Porque os norte-americanos devem se constituir em “um povo” e seus vizinhos canadenses e mexicanos outros povos, separados? Por que deve haver uma fronteira política entre Noruega e Suécia, Bélgica e Holanda ou Brasil e Argentina? Terão as pessoas das comunidades locais dentro de um Estado nacional direito a uma medida de autogoverno ou, como diz Canotilho, a uma fração de soberania⁵? Em caso afirmativo, que pessoas teriam esse direito e em que extensão? Essas questões transcendem a teoria desenvolvida sobre a democracia.

Os defensores da democracia pressupõem que “o povo” já existe. Sua existência é pressuposta como um fato, uma criação histórica. No entanto, essa facticidade é duvidosa ou, ao menos, não explica tudo.

A par disso, no seio de “o povo”, apenas um subconjunto de pessoas tem direito a participar do governo, conquanto as Constituições dos Estados democráticos exaltem o povo como a fonte de emanção de todo poder.

Nessa linha, apenas o grupo de pessoas que forma esse subconjunto é que verdadeiramente constitui o povo, atribuindo-se a denominação de cidadão a cada membro desse grupo.

Quem pode fazer parte desse grupo de cidadãos a que se chama “povo”? Essa questão sempre foi problemática para os defensores da democracia e sempre foi exibida como prova das contradições da democracia.

Até mesmo no ápice da democracia ateniense, o povo, no sentido destacado, nunca incluiu mais que uma pequena minoria da população adulta de Atenas. Embora a democracia ateniense possa ter tido um caráter extremamente excludente, certamente ela não foi a única, mesmo considerando o momento atual.

Da Grécia antiga até a história recente, diversos indivíduos têm sido invariavelmente excluídos do grupo denominado “o povo”, por serem desqualificados para o exercício da democracia. Até o Século XX, quando as mulheres conquistaram definitivamente o direito ao sufrágio, o número de pessoas excluídas do grupo “povo” excedeu em muito o número de pessoas incluídas, tal qual na Atenas do tempo de Péricles (c. 495/492 a.C. - 429 a.C.).

⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 117.

Foi assim na primeira democracia moderna – os Estados Unidos – que excluíram não apenas as mulheres e as crianças, mas também a larga maioria de negros e índios.

No Brasil, pelo maior período da história também foram excluídos da democracia os analfabetos. Embora lhes fosse garantido o direito de votar durante o período Colônia e na maior parte do Brasil-Império, oito anos antes da proclamação da República no Brasil, os analfabetos perderam o direito de votar e de participar da vida política do país, em decorrência da Lei Saraiva (Decreto n.º 3.029, de 9 de janeiro de 1881).

A exclusão dos analfabetos constou da primeira Constituição republicana, de 1891, sendo que, antes disso, ainda durante o Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca o voto foi condicionado à necessidade do eleitor saber ler e escrever, conforme consta no artigo 1º do Decreto n.º 6, de 1890.

Essa ideia excludente, vinculando o voto à instrução formal, ficou tão arraigada no meio político, intelectual e na sociedade brasileira que o direito ao voto pelo analfabeto, completou 104 anos, a partir da edição da Lei Saraiva, para ser readquirido. A Constituição de 1934, a primeira da Era Vargas (1930-1945), manteve os analfabetos excluídos do direito de votar, assim como as Constituições seguintes (1937, 1946, 1967). Foi somente com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 25, de 15 de maio de 1985, que os analfabetos recuperaram o direito de votar, agora em caráter facultativo. Após 96 anos de regime republicano é que os analfabetos foram reconhecidos como cidadãos.

Como nas Constituições republicanas anteriores, a Constituição de 1988 manteve ineleáveis, os inalistáveis e os analfabetos. Mas reconheceu às pessoas analfabetas o direito ao voto, em caráter facultativo.

Os *levellers*⁶ da revolução puritana, considerados os primeiros democratas da era moderna, já haviam se deparado com essa dialética democrática. No “Fundamento legal de liberdade do povo da Inglaterra”(no original, *Legal fundamental liberties of the people of England*), manifesto publicado por seu líder, Libburnee, em 1649, lê-se a declaração de que só os bem-intencionados, os *well-affected*, poderiam ter o direito de voto; que os

⁶ Os *levellers* (niveladores) eram grupos ingleses que reivindicavam, entre outras coisas, o voto universal masculino, a sociedade de pequenos proprietários e a defesa da igualdade de propriedade (não-coletivista). Seu desejo era de igualdade política. Mesmo tendo apoiado Oliver Cromwell contra Carlos I, durante a Guerra civil inglesa, foram duramente reprimidos em sua “república”, que a partir de 1653 seria descrita como ditadura.

representantes eleitos por eles deveriam concentrar a formulação e a aplicação das leis, que a Constituição teria a forma de um contrato assinado por esses eleitores bem-intencionados⁷.

Daí decorre implicitamente o entendimento que já vinha desde a Grécia antiga de que na democracia só o igual pode ser tratado igualmente. E, como ilação lógica, que o não igual deve ser tratado de modo diferente⁸.

De acordo com esse sentido, a democracia deve, em primeiro lugar, ter homogeneidade e, em segundo lugar, se preciso for, eliminar ou aniquilar o heterogêneo.

A força política de uma democracia, segundo Carl Schmitt, evidencia-se quando mantém à distância ou afasta tudo o que é estranho e diferente ou o que ameaça a homogeneidade⁹.

Essas palavras são bastante atuais quando se observa as políticas restritivas à imigração praticada pelos países europeus e pelos Estados Unidos da América.

O Estado democrático de direito norte-americano, para citar apenas o caso desse último país, está longe de permitir que estrangeiros participem de seu poderio e de sua riqueza.

Até hoje ainda não surgiu nenhuma democracia que não conhecesse o significado do termo “estrangeiro” ou que concretizasse a igualdade de todas as pessoas. Se realmente tivesse o objetivo de igualar as pessoas politicamente, o Estado democrático teria de promover a inclusão de todas elas, independentemente de origem, cor, gênero e faixa etária¹⁰.

Embora se diga, invariavelmente, que as exclusões são justificáveis com base no fato de que no conceito de “povo” somente podem ser incluídas as pessoas qualificadas a participar do governo, o pressuposto oculto é de que somente algumas pessoas são competentes para governar.

Por isso mesmo é que se aduziu que a democracia somente pode ser introduzida numa sociedade de pensamento já efetivamente democrático¹¹, a despeito disso pressupor a seleção prévia daqueles cidadãos com senso democrático, com responsabilidade social e aptidão mental suficientes para poder votar.

⁷SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p.28.

⁸Tal afirmativa nada tem a ver com o sentido compensatório da mesma frase mencionada por Aristóteles.

⁹SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 10.

¹⁰SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 12.

¹¹SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 28.

1.2 Democracia de massas

Outro pressuposto da democracia que geralmente passa despercebido é sobre a questão da escala. Da mesma forma que os gregos partiam do princípio de que a escala apropriada da democracia e, por extensão, a de qualquer sistema político, era necessariamente muito reduzida, i. e., apenas algumas de dezenas de milhares de pessoas deveriam constituir “o povo”, desde o final do Século XVIII os defensores da democracia têm partido do princípio de que o *locus* natural da democracia é o Estado nacional ou, de maneira mais geral, o país.

A mudança desse parâmetro, representada pela superação histórica da cidade-Estado para o Estado nacional, transformou os limites e as possibilidades da democracia. Uma das consequências da mudança de escala da democracia é a ampliação da utopia em relação ao ideal democrático.

A teoria pública sobre o tema assume que a democracia de grande escala de hoje consegue ter todas as vantagens da grande escala e ainda possuir as virtudes e as possibilidades da democracia em pequena escala, negligenciando os limites de ambas.

O tipo de universalidade relativa ao direito ao voto, própria do pensamento democrático e liberal atual, é no sentido de que toda pessoa adulta deve ter o mesmo direito político de qualquer outra, independentemente de raça, sexo, classe econômica ou social.

Hoje se apresenta publicamente uma democracia de humanidade e omite-se a democracia da igualdade e da homogeneidade substanciais, própria da Grécia antiga, que, entretanto, subsiste de forma oculta.

Essa democracia de humanidade perde muito seu substrato conceitual diante de um mundo dividido em Estados, que, na maioria dos casos, são nações homogêneas e xenófobas, que internamente procuram concretizar uma democracia fundamentada nessa sua homogeneidade, na qual somente “os iguais” são tratados igualmente como cidadãos com os mesmos direitos. O direito universal de voto e de voz é só a consequência da igualdade substancial que existe no círculo interior dos iguais e não vai além disso. Um direito igual como esse só tem significado onde há homogeneidade.

Por isso mesmo, diferentemente das nações com formação histórica mais homogênea e longínqua, países de desenvolvimento tardio, que apresentam uma sociedade com extrema diversidade cultural, educacional, social e econômica se deparam com sérias dificuldades em

relação ao funcionamento do sistema político-eleitoral e parlamentar, bem como de suas instituições, que parecem se agravar a cada nova eleição.

Isso porque em países de diversidade social e onde a consolidação democrática é mais recente, a democracia de humanidade ou democracia de massas ainda não superou a questão da igualdade e da homogeneidade substanciais, levando à crise do sistema eleitoral e representativo e à suposição de que a própria democracia é algo dispensável ou talvez inútil.

Como na democracia só são possíveis a igualdade dos iguais e a vontade daqueles que pertencem aos iguais, todas as instituições transformaram-se em instâncias técnicas sem sentido, que não estão em condições de responder à vontade do povo.

Em países de institucionalização recente, isso permite que governantes estabeleçam uma identidade direta com governados alheia à via parlamentar, aprofundando a crise do Parlamento relativa ao déficit de representatividade, que o torna subliminarmente uma instituição intermediária obsoleta e dispensável, pela própria falta de identificação entre representado e representante.

Quando se fala em identidade democrática, uma instituição, como o Parlamento, que se baseia principalmente na controvérsia e na eventual discussão independente entre seus membros, acaba tendo dificuldade de identificação direta com o povo, especialmente quando se sabe que essa atividade característica dos Parlamentos não tem origem democrática, mas sim liberal¹².

A questão prática que remanesce é a de saber quem dispõe de fato dos meios para determinar a vontade do povo, já que no meio desse mesmo povo é que vive o vírus que pode extinguir a democracia.

Pode-se dizer que a força política do governante, as organizações partidárias ou a força militar podem determinar a vontade do povo, mas também a propaganda e a imprensa acabam exercendo domínio sobre a opinião pública. Não se pode esquecer o alerta lançado em 1923 por Schmitt: “as massas são conquistadas por meio de um aparato de propaganda, cujos bons resultados derivam de um apelo a interesses e paixões mais imediatos”¹³.

A educação pode até levar à maior conscientização, desde que isso não seja um mero caso de proselitismo político, mediante a transmissão de conteúdo para o direcionamento do que virá a ser a vontade do aprendiz.

¹²SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 16.

¹³SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 8.

A identidade com a vontade manipulada do povo tornou-se uma premissa tão comum dos partidos políticos, que a disputa hoje se concentra nos meios de identificação, isto é, de compreensão dessa vontade. Todo aglomerado político espera alcançar essa identificação, valendo-se de todos os meios disponíveis. Por isso mesmo, não têm interesse em negar uma identidade, mas pelo contrário, o seu interesse é muito mais vê-la confirmada.

A democracia é impotente diante da identificação decisiva de uma minoria com o povo, ainda que seja uma minoria antidemocrática, transmitindo a dimensão qualitativa à quantitativa. O interesse político geral passa a se concentrar na formação e moldagem dessa suposta vontade popular.

Considerada como uma entidade que verdadeiramente existe, uma entidade do “mundo real”, a democracia tem sido percebida, ora como um conjunto distinto de instituições e de práticas políticas, ora como um corpo particular de direitos ou uma ordem socioeconômica, ora como um sistema que garante resultados vantajosos e, por fim, como um processo sem igual para a tomada de decisões coletivas e vinculativas.

Mais de dois milênios transcorridos desde que a ideia e as instituições da democracia foram explicitamente desenvolvidas pelos gregos contribuíram com tudo o que é pertinente à teoria e à prática democráticas. Entretanto o uso do termo “teoria democrática” para designar um campo particular de investigação, análise, descrição empírica e formulação de teorias é bastante recente, e o que pode ser denominado como parte da “teoria democrática” permanece incerto.

Prova disso é que, tanto na linguagem comum quanto na linguagem filosófica, “democracia” é um termo que pode ser utilizado apropriadamente para designar um ideal e também regimes reais que estão longe desse ideal. Por outro lado, se a democracia é tanto um ideal quanto uma realidade viável, como se pode decidir quando um regime real se aproxima suficientemente do ideal a ponto de se poder considerá-lo uma democracia? Em suma, como se pode decidir de forma razoável que um regime, sistema ou processo é democrático e não, *v.g.*, oligárquico, aristocrático ou o que seja.

Por tal razão, hoje vivemos o paradoxo. A despeito de todos se declararem democráticos, inclusive mediante uma busca frenética de identidade com a vontade do povo, o mundo pode estar reentrando em um novo período em que o sistema não pareça tão óbvio quanto a fase que vai de 1950 a 1990, visto que, mesmo nas democracias estáveis, as divisões

políticas que o sistema implica e pressupõe são vistas por muitos mais como custos do que como benefícios do sistema.

Principalmente em momentos de crise econômica ou política, os custos do sistema democrático parecem a muitos como insustentáveis e seus benefícios incertos.

Já que todos se converteram à doutrina democrática, se poderia imaginar que as rupturas políticas estivessem superadas. Salvo raras exceções, não há espaço para grupos ou partidos que ostensivamente defendam ou assumam como objetivo um regime totalitário, seja de esquerda ou de direita, embora estes continuem existindo. Antes, esses grupos se integraram e procuram apenas a identidade certa com o povo.

Hoje a “palavra” democracia não divide mais. Somente seu significado. Todos homenageiam a democracia, embora com compreensões muito diferentes do que isso representa. As circunstâncias históricas mudam, mas a democracia continua débil apesar de todos lhe serem favoráveis. Isso porque suas várias concepções nunca deixaram de ser um ponto de discórdia¹⁴.

Como ressalta Zagrebelsky, a nossa época não é a da glorificação, mas a da crítica à democracia que evidenciou impiedosamente os seus limites, seus lados obscuros e suas mistificações¹⁵.

A crítica antidemocrática de antigamente produziu movimentos e partidos antidemocráticos. Hoje todos se proclamam democráticos. Não estamos talvez muito longe da verdade quando observamos que atualmente não sabemos opor à democracia nenhuma outra concepção, nenhum outro *ethos* em condição de abrir caminho na consciência coletiva. A democracia é a ideologia de nosso tempo talvez não por convicção, nem por hábito, mas por falta de alternativas¹⁶.

Existem muitos modos de entender a democracia. No entanto, o desenvolvimento da tecnologia da comunicação política, que permite a renovação diária da relação governante/governado, fez com que certas formas de governo, que no passado teriam o carimbo do autoritarismo antidemocrático, pareçam ser regimes fundados no consenso dentro

¹⁴ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011 – Série IDP, p. 36.

¹⁵ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011 – Série IDP, p. 36.

¹⁶ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011 – Série IDP, p. 36.

da democracia. E isso é apresentado como uma homenagem máxima à vontade do povo soberano, do ótimo desejável¹⁷.

Ainda, assim, mesmo que travestido em novas roupagens, sempre alinhadas com a ordem em vigor, percebe-se nitidamente manifestações de movimentos antidemocráticos de massa.

Esses movimentos se manifestam de várias formas, embora lhes seja comum o objetivo de eliminar o caráter institucional da política, mediante a criação de canais diretos entre o povo e seus líderes, dentro do velho manual político fascista, e que se manifesta segundo as teorias corporativistas de democracia e segundo a democracia radical.

Sintoma desse fato pode ser visto nas manifestações de grupos ou de pessoas que se apresentam como intérpretes do sentimento do povo, que atraem mais atenção pela estridência na defesa de seus atos e de suas ideias midiáticas do que pelo consenso em torno de suas propostas, e que ao mesmo tempo não admitem o debate, a discussão, própria do sistema parlamentar, ou sequer a livre expressão de opiniões contrárias.

Formulam-se não somente críticas indiretas e insinuatoras contra a democracia, mas também contra instituições que existem em função do sistema democrático-liberal, notadamente contra o parlamento e tudo que lhe diga respeito, como a atuação política de cada um de seus membros e contra a ação dos partidos políticos que os congregam e mesmo contra o processo dialético, inerente ao próprio sistema, fundado no confronto de opiniões do que resulta a vontade média do Estado.

É curioso notar que nas mesmas forças que derrubaram os regimes liberal-democráticos a partir de 1920 estavam também os “estatistas orgânicos”, não tanto defendendo a ordem tradicional, mas deliberadamente recriando seus princípios, como uma forma de resistir ao individualismo liberal, ao trabalhismo e ao socialismo.

Isso produziu vários tipos de teorias “corporativistas”, que substituíam a democracia liberal pela representação de grupos de interesse econômico. Às vezes, esta era descrita como participação ou democracia “orgânica” e, portanto, melhor que a real. Mas, de fato, confundia-se com os regimes autoritários e com Estados fortes, em razão do qual toda a

¹⁷ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011 – Série IDP, p 36.

sociedade era dependente, governado em grande parte por burocratas e tecnocratas que invariavelmente limitavam ou aboliam a democracia eleitoral¹⁸.

Por outro lado, a democracia radical é direcionada contra tudo: autoridade pública e poder, procedimentos e foros de discussão e votação, controle de legalidade e mecanismos de garantia de direitos, sentenças e decisões judiciais, e tudo o mais que possa ser elencado como uma subversão aos desejos do povo.

Em muitos casos, essas proposições vêm revestidas de críticas amparadas em argumentos ou estudos de ciência política, jurídica ou de tecnologia social, como, por exemplo, a que estima o custo financeiro de um parlamento ou de seus membros, especialmente quando nenhuma referência aduz aos outros Poderes, como se a sua manutenção fosse uma despesa desnecessária, o que, entretanto, não deixa de suscitar revolta e ânimos exaltados, a exemplo do contexto político-social que, a partir da ascensão de Hitler, derrubou os regimes liberal-democráticos e abriu caminho aos regimes totalitários.

Os defensores da democracia, por sua vez, muitas vezes acreditam que os valores democráticos constituem o universo completo da virtude: eles aventam a hipótese de que, se tivéssemos uma democracia perfeita, teríamos, por conseguinte, uma ordem política perfeita, talvez até mesmo uma sociedade perfeita. Mas essa visão é certamente muito restrita. A democracia é apenas uma parte, ainda que importante, do universo de valores, bens ou fins desejáveis. Outros valores poderiam ser igualmente importantes, como a eficiência ou a justiça distributiva. Esses outros bens e valores poderiam mesmo dar a base para que se formule a crítica da democracia perfeita, se ela não conseguisse alcançar bens ou elementos mais concretos.

Resta evidente que faltam indicadores de democracia que possam ser aplicados aos sistemas políticos reais. A dificuldade na construção e no uso desses indicadores começa quando se passa da linguagem e da orientação da justificativa e da avaliação, *i. e.*, da teoria normativa para o discurso empírico.

Nesse processo de criação de um indicador de democracia, o desenvolvimento de critérios de argumentação não chega a um ponto definido que assinale um limite conclusivo para o universo ilimitado da teoria democrática. Ao se adotar uma linha até o que se pensa ser o fim, vê-se que surgem outras linhas que levam a resultados diversos.

¹⁸HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2. ed. 12ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 117/118.

Por isso, a teoria democrática não é apenas uma grande empreitada normativa, mas também empírica, filosófica, solidária, crítica, histórica, utópica que atuam de forma simultânea e complexa. Essas interligações significam que não se pode construir uma teoria da democracia satisfatória partindo de uma base inexpugnável e marchando em linha reta rumo a alguma conclusão. Embora os argumentos estritamente dedutivos tenham um lugar na teoria democrática, esse lugar é necessariamente pequeno e eles estão embutidos em pressupostos cruciais dos quais a argumentação estritamente dedutiva não se ocupa e dos quais não consegue tratar com sucesso. Aqui o pensar “razoável” supera o pensar “racional”.

A democracia agora como valor de liberdade, viu-se desmembrada da teoria do Estado liberal e alçada à categoria de direito positivo expresso na Constituição, tornando-se o valor mais importante a reger as sociedades livres.

Assim, a democracia que antes impôs o valor da igualdade, agora impõe o valor da liberdade, ambos vinculados e ao mesmo tempo com distintas pretensões de concretização, para tornarem-se realidade efetiva de uma sociedade.

Tais valores, de forma conjugada, preenchem-se mutuamente e atingem, no decorrer da história uma concretude normativa constitucional, que é o caminho mais rápido para a aplicabilidade imediata, além da retórica programática dos textos constitucionais, que marcaram o Estado social, meramente doutrinário, impalpável e abstrato.

Por isso mesmo, afigura-se a democracia menos como uma forma de governo e mais como um direito, uma conquista.

Democracia passa a ser um direito do cidadão, do povo, direito de se reger pela sua própria vontade política e de definir os rumos de sua comunidade, como partícipe responsável de seus destinos.

Assim, mais do que uma forma de governo, a democracia se converte em pretensão de cidadania à titularidade direta e imediata do poder, subjetivado na consciência social e efetivado de forma concreta pelo cidadão no exercício de seu dever cívico, em nome e em proveito da sociedade e não do Estado propriamente dito.

O direito constitucional da liberdade, que hoje importa instituir, já não é tanto aquele do princípio de Montesquieu e da oposição e resistência do cidadão ao Estado, mas um novo direito que torna efetiva a dupla dimensão de objetividade e subjetividade dos direitos fundamentais.

Quanto à dimensão objetiva, trata-se de reconciliar a sociedade com o Estado, de propiciar o quadro indispensável ao florescimento de uma liberdade que tem como força motriz o sistema jurídico e as garantias sociais e processuais de sua concretização.

Do Estado liberal proveio um constitucionalismo cuja fisionomia já não se confunde com a daquela idade liberal, um constitucionalismo que atravessou fases sucessivas, desde sua origem nos ordenamentos positivos de alguns países ocidentais e que gerou, na esfera da hermenêutica, distintos instrumentos de normatividade jurídica aptos a fazer mais eficaz o exercício de direitos afetos à liberdade.

Esses instrumentos dizem respeito, sobretudo, aos limites do Estado e aos direitos fundamentais e trazem o reconhecimento da prevalência da teoria constitucional derivada de uma reforma de conceitos e acompanhada de várias técnicas, de substituição de valores, de alargamento de funções e da criação de outros direitos em gerações sucessivas.

O Estado constitucional contemporâneo compreende direitos que foram se consolidando no que se convencionou chamar de primeira, de segunda, de terceira e de quarta gerações numa linha ascendente de desdobramentos, conjugado e contínuo, que inicia com os direitos individuais, chega aos direitos sociais, prossegue com os direitos de solidariedade e alcança, finalmente, o último estágio da condição político-jurídica do homem: o direito à democracia.

Um direito cuja admissibilidade deve ser declarada de imediato, pois detentor do mesmo sentimento de certeza objetiva que os direitos de terceira geração, tais os relativos ao desenvolvimento humano, à paz, à fraternidade e ao meio ambiente.

Nesse sentido, Paulo Bonavides afirma que “em rigor, na era da tecnologia e da globalização da ordem econômica e da convivência humana, não há direito de natureza política mais importante do que a democracia, que deve ser considerada um direito fundamental da quarta geração ou dimensão”.

Ainda sobre democracia, Bonavides prossegue afirmando:

"A democracia, justamente por ser enunciada como direito fundamental, isto significa que ela principia a ter ingresso na ordem jurídica positiva, a concretizar-se em âmbito internacional, a possuir um substrato de eficácia e concretude derivado de sua penetração na consciência dos povos e dos cidadãos, donde há de passar ao texto das constituições e à letra dos tratados. Em suma, a norma democracia, tendo por titular o gênero humano, é, por conseguinte, direito internacional positivo em nossos dias. E o é porque se transforma a cada passo numa conduta obrigatória imposta aos Estados pelas

Nações Unidas para varrer do poder, de forma legítima, os sistemas autocráticos e absolutista que, perpetrando genocídios e provocando ameaças letais à paz universal, se fazem incompatíveis com a dignidade do ser humano.”¹⁹

Ao ser promulgada, a Constituição brasileira adotou de imediato, logo em seu artigo primeiro, o princípio democrático, sem, contudo, definir o que seria democracia naquele estágio da história, o que, de toda forma, seria a contenção de um conceito expansível por natureza.

O conceito de democracia apresenta facetas materiais e procedimentais. Por isso mesmo, a Constituição, ao mesmo tempo em que estabelece a adoção do Estado democrático de direito de forma declaratória, estabelece também os procedimentos e os sistemas, enfim todo um “maquinário”, que viabilizará um curso contínuo visando sempre à meta democrática, que vai abarcando novos e renovados direitos.

Isso não significa dizer que a Constituição estabeleça fases ou etapas de democracia, ou, ainda, que uma fase seja pré-requisito de outra, mas sim que esse é um processo que admite a agregação de novos valores e de aperfeiçoamentos que decorrem da evolução humana como membro de uma sociedade.

Por outro lado, deve-se reconhecer que o processo de aprimoramento não está isento de recuos, de retrocessos e de equívocos, especialmente em momentos de crise do sistema, quando a sociedade se depara com impasses institucionais para os quais não há previsão de solução normativa, o que, às vezes, leva a experiências políticas desastrosas e a equívocos que atrasam o alcance de cenários de maior estabilidade democrática, residindo aqui o papel mais relevante das Cortes constitucionais.

Das referidas facetas do conceito de democracia se destacam aquelas de natureza material e de natureza procedimental que se encontram na Constituição.

No aspecto substantivo, a Constituição funda o Estado brasileiro como democrático de direito e define a persecução de determinados fins e a concretização de certos valores, alguns dos quais listados em seu artigo primeiro.

Por outro lado, a Constituição submete o poder político à observância de regras e de procedimentos como forma de legitimação democrática.

¹⁹ Paulo Bonavides. Discurso de encerramento da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1994.

Ao estabelecer esses dois parâmetros, material e procedimental, a Constituição responde àqueles que ainda depositam no princípio democrático suas esperanças, associando, de maneira normativa, vertentes tão diferentes como a democracia como forma de ser e de viver de um povo, de racionalização do processo político e de legitimação do poder político²⁰.

Ensina Canotilho que o princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um método ou técnica de os governados escolherem os governantes, pois, como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade²¹.

De fato, a Constituição, ao fundar o Estado democrático de direito, impõe também a persecução de diversos objetivos que não fariam sentido sob outro regime que não a democracia, como, *v. g.*, os expressamente destacados no art. 3º da Carta e em especial o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, o de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades sociais e regionais, o que somente é possível em um ambiente de discussão e participação.

Disso tudo se infere que democracia, no momento histórico que se vive, representa um conceito complexo e multifacetário. Não só pressupõe órgãos representativos eleitos periodicamente, pluralismo tanto político como partidário e, essencialmente, separação de poderes, mas também processos que permitam ao cidadão o acesso às esferas de decisão política e de participar dos processos de decisão, além de exercer o controle crítico das decisões eventualmente adotadas, podendo delas divergir, embora a elas tenha de se submeter como expressão da vontade da maioria, em suma, uma democracia participativa.

Ficam para trás regimes democráticos meramente formais, onde o cidadão era chamado apenas para referendar com o seu voto decisões políticas prontas e acabadas que lhe eram apresentadas. A Constituição passa a ser a obra fundamente responsável pela mudança estrutural e procedimental como também inserção do cidadão no processo de transformação, o que dá racionalidade ao princípio democrático, fechando o círculo, no que se refere ao conceito de democracia de Lincoln, segundo o qual é o governo do povo, pelo povo e para o povo.

²⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 288.

²¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 288.

A democracia não se explica mais somente como um sistema representativo, mas associado a isto, como um regime participativo.

Como sistema representativo, é evidente que a democracia não elimina a estrutura de poder e de acesso a ele. Ao contrário, reconhece a necessidade dessas estruturas e estabelece a forma de composição e de organização dessa estrutura, tendo como fundamento o pluralismo político.

Dáí porque o princípio democrático caracteriza-se também como organização da forma de titularidade e de exercício do poder. Ou seja, o princípio democrático estabelece as formas de acesso e os limites ao exercício do poder político, que é constituído, legitimado e controlado, em última instância, por cidadãos igualmente legitimados para participar do processo de organização da forma de Estado e de governo.

Aqui, o princípio democrático acaba se imbricando com os direitos fundamentais quando este assegura a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática, o que se vê, por exemplo, quando se prevê a prevalência da vontade da maioria, resguardando os direitos de existência e de manifestação da minoria, o direito à liberdade de expressão, bem como o próprio direito eleitoral, com normas instrumentais que garantem a legitimidade dos pleitos.

Em seu aspecto procedimental, a democracia é fundamentalmente a forma ou a técnica processual de seleção e destituição pacífica de dirigentes²².

Vê-se, aqui, uma justificação negativa de democracia de base essencialmente procedimental, que evidencia que a essência da democracia consiste na estruturação de mecanismos de seleção dos governantes e de mecanismos de limitação do poder, visando a criar, desenvolver e proteger instituições políticas adequadas e eficazes para um governo sem as tentações da tirania. As modalidades de destituição de ocupantes de cargos eletivos e de revogação de mandatos e cargos de agentes políticos assumem um papel constitutivo e regulador da ordem constitucional.

Por isso se mostram tão importantes os procedimentos eleitorais legitimadores da democracia sob o aspecto procedimental, juntamente com normas que impõem restrições a elegibilidade, os casos de destituição e de responsabilização de titulares de cargos políticos, o *impeachment* e a ação de improbidade.

²²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 291.

A concretização da democracia é preponderantemente feita pela Constituição, ao estabelecer processos de governo que somente serão atingidos de forma eficaz quando se garante a participação ampla dos cidadãos, reconhecida a soberania popular, como domínio político que não se legitima por si só, mas deriva do povo e não de qualquer outra instância que não o povo, tais como uma ordem divina superior ou um direito natural, uma ordem hereditária.

É o cidadão em seu conjunto que é o titular da soberania ou do poder, o que acarreta a necessidade de uma legitimação democrática efetiva para o exercício do poder.

Só assim é que a soberania popular pode existir, ser eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente e procedimentalmente conformada pelos princípios da liberdade e do pluralismo político, da igualdade entre os cidadãos e dos instrumentos que garantem a sua operacionalidade, bem como no plano de construção organizada da democracia, meio pelo qual se determinam as opções políticas e quais manifestações de vontade do povo são legítimas juridicamente e relevantes politicamente.

1.3 Democracia como poder incontestável

A democracia é forma de governo normalmente aceitessem objeções relevantes, a despeito do fato de desde o fim da Segunda Guerra Mundial até aproximadamente o final da década de 1980 a tendência mundial seguir um rumo diferente²³.

Como afirma Robert A. Dahl, hoje a ideia de democracia é universalmente popular²⁴. A maioria dos regimes reclama algum tipo de direito ao título de “democracia”, e aqueles que não o fazem insistem que seu exemplo particular de governo não democrático é um estágio necessário no caminho para a “democracia” definitiva. Em nosso tempo, até mesmo os ditadores parecem crer que um ingrediente indispensável de sua legitimidade é uma pitada ou duas da linguagem da democracia.

Pode ser controverso que a expansão global, sem precedentes históricos, da aceitabilidade dos ideais democráticos possa não ser bem-vinda. No entanto, um termo que significa qualquer coisa não significa nada. E assim ocorreu com a “democracia”, que

²³HOBBSBAM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2. ed. 12ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 115.

²⁴DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro, revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 2.

atualmente não é tanto um termo de significado restrito e específico, quanto um vago endosso de uma ideia popular.

Uma possível causa da confusão quanto ao significado do termo “democracia” no mundo atual é o fato de que ela se desenvolveu ao longo de milhares de anos e se origina de várias fontes.

O que hoje se entende por democracia não é o mesmo que um ateniense na Grécia antiga entenderia. As noções grega, romana, medieval e renascentista mesclam-se com as noções de séculos posteriores e geram uma miscelânea de teorias e práticas quase sempre profundamente incompatíveis entre si.

A par disso, os valores políticos que predominaram no século XIX, como o compromisso com uma Constituição, a existência de um governo e de assembleias livremente eleitos, a garantia da lei, um conjunto de direitos e liberdades assegurados aos cidadãos, entre os quais a liberdade de expressão, a liberdade de publicação e de publicização do pensamento e a de reunião pareciam destinados a se desenvolverem ainda mais durante o século XX. As vantagens do sistema pareciam óbvias demais.

As ideias políticas e as teorias do Estado caminhavam de forma convergente à vitória da democracia. Nenhum Estado do círculo cultural do Ocidente Europeu resistiu à disseminação das ideias e às instituições democráticas²⁵.

Progresso significava o mesmo que expansão da democracia e resistir a ela o mesmo que ser retrógrado. Como até hoje, essas ideias dominavam o senso comum e pareciam bastante óbvias para as grandes massas da população, apesar de seu caráter excludente para os padrões de hoje, e que para época parecia libertador diante dos então recentes regimes monárquicos.

No curso do século XIX e no início do século XX esse tipo de aceitação geral favorecia muito a implantação da democracia, que parecia ter sido escolhida talvez por algum desígnio da Providência Divina²⁶.

Assim, a democracia surgiu com a evidência de um poder incontestável que chega e se impõe rapidamente.

Enquanto foi um conceito utilizado para o confronto, notadamente em relação à monarquia, então predominante, a convicção democrática pôde ser conjugada e associada a

²⁵SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 23.

²⁶SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 24.

muitos outros movimentos políticos. Na medida em que se tornou uma realidade concreta, ela passou a servir a muitos interesses e a não ter uma meta de conteúdo definido.

Quando a rival mais importante, isto é, a monarquia, desapareceu, a própria democracia perdeu precisão técnica em seu significado e seguiu o mesmo destino de todo o conceito controverso.

No início, em face do regime monárquico, a democracia apresentava uma vinculação natural e até mesmo uma identidade com o liberalismo e com a liberdade. Já na social-democracia, juntou-se ao socialismo. Entretanto, no transcorrer da história constatou-se que a democracia poderia encaixar-se em qualquer cenário, podendo, até mesmo, ser conservadora e reacionária.

De fato, todo regime democrático baseado na regra da maioria introduz no mundo do direito um elemento de artificialidade²⁷, pois, como produto da vontade da maioria, não se pode se predeterminar em seus conteúdos, assim como não se podem predeterminar as maiorias que o produzem, já que é expressão de imprevisíveis e não predetermináveis "orientações políticas", e para determinar essas orientações ou para nelas ter participação se desenrola uma luta entre as partes políticas conforme as estruturas previstas *ad hoc* pela Constituição²⁸.

Na democracia só existe a igualdade dos iguais e a vontade daqueles que pertencem aos iguais. Todas as outras instituições transformaram-se em expedientes técnico-sociais sem sentido que não estão em condições de responder com um princípio e valor próprios à vontade do povo expressa de uma forma qualquer. A crise do Estado moderno consiste na incapacidade da democracia humana e de massas de construir qualquer forma de Estado, e muito menos um Estado democrático²⁹.

Nesse aspecto, como qualquer ditadura, o bolchevismo e fascismo são antiliberais, mas não necessariamente antidemocráticos³⁰. Na história da democracia existem algumas ditaduras, imperialismos e outros exemplos gritantes de métodos (bastante incomuns para as

²⁷ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 67.

²⁸ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 67.

²⁹SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 16.

³⁰SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 16.

tradições liberais do Século XIX) de educação da vontade do povo, para a obtenção da citada homogeneidade³¹.

“Povo” é um conceito de direito público; o povo só existe na esfera pública³², como forma de se estabelecer a citada homogeneidade democrática.

Nos diferentes povos, ou grupos sociais ou econômicos que se organizam “democraticamente”, o “povo” só existe como sujeito idêntico de uma forma abstrata. *In concreto*, as massas são sociológica e psicologicamente heterogêneas. Dentro desse quadro é que se pode dizer que uma democracia formalmente pode ser militarista ou pacifista, absolutista ou liberal, centralista ou descentralizadora, progressista ou reacionária, e tudo isso isoladamente em épocas diferentes sem deixar de ser democracia³³.

Nessa esteira, poder-se-ia, inclusive, chegar à utilização da democracia de forma totalitária, como força absoluta, notadamente caracterizada pela ausência de procedimentos e de garantias a favor das potenciais vozes em desacordo com a maioria.

Se todas as tendências políticas podiam servir-se da democracia é porque devia estar-lhe faltando consistência teórica ou conteúdo político próprio, ou, ainda, a democracia poderia ser apenas uma mera forma de dominação.

E, além disso, se existisse nela algum outro sentido político, algo que somente pudesse ser alcançado por seu intermédio, não seria o caso de se perguntar qual o valor intrínseco da democracia se não passa de uma mera forma?

Por tais circunstâncias, a democracia conhecida e praticada no mundo ocidental do Século XIX até a primeira metade do século passado ficou conhecida por ter a marca do formalismo e do liberalismo, de caráter apenas ordenador, diferente de hoje que, pela via da Constituição, alcança um poder transformador da realidade, a partir do momento em que passa a ser um mecanismo de contenção do poder das majorias, percorrendo várias etapas até chegar ao Estado Democrático de Direito.

1.4 A vicissitude da democracia moderna

Como destaca Eric Hobsbawm, com exceção da Rússia soviética, para quem o comunismo é que traria a verdadeira democracia, todos os regimes que emergiram da

³¹SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 16.

³²SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 17.

³³SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 26.

Primeira Guerra Mundial eram basicamente regimes parlamentares representativos eleitos, com instituições de governo liberal-constitucional e eleições livres para assembleias e/ou presidentes, o que era a regra em quase todo o universo dos países independentes³⁴.

Entretanto, do período de vinte e três anos que vai da “Marcha sobre Roma”, de Mussolini, e o auge do sucesso do Eixo na Segunda Guerra Mundial ocorreu o acelerado desaparecimento das instituições políticas democráticas e liberais.

Entre 1918 e 1920, assembleias legislativas foram dissolvidas ou se tornaram ineficazes em duas potências europeias. Durante a década de vinte, o mesmo ocorreu em outros seis países e na década de trinta, em outros nove países, enquanto a ocupação alemã destruía o poder constitucional em outros cinco Estados durante a Segunda Guerra.

Assim é que, de um total de sessenta e cinco Estados independentes existentes ao final da primeira Grande Guerra, trinta e cinco eram governos constitucionais eleitos (dependendo de como sejam classificadas algumas repúblicas latino-americanas). Daí até o ano de 1938, esse número caiu para dezessete Estados e, em 1944, contavam-se apenas doze³⁵.

O fascismo, sem dúvida, parecia a história de sucesso. Se havia um modelo no mundo a ser seguido nessa época pelas forças políticas dos países que sempre receberam inspiração das regiões culturalmente hegemônicas, países que sempre estiveram à espreita da receita certa para se tornarem modernos, ricos e grandes, esse modelo certamente devia ser buscado em Berlim e em Roma, já que Londres e Paris não ofereciam mais essa inspiração, Washington não era referência internacional por se encontrar voltado aos interesses internos e Moscou era visto essencialmente como um tipo de modelo de utilização para a revolução social, o que restringia bastante seu apelo político³⁶.

Embora fosse esse o modelo europeu de sucesso a ser seguido, o processo de adaptação à realidade local implicava alterações significativas na receita política, mesmo quando comandada por aqueles que não faziam segredo de sua dívida intelectual com Hitler e Mussolini.

É o caso, por exemplo, de alguns líderes da América Latina que tomaram do fascismo europeu o culto à personalidade, construída sobre a imagem de sua atuação proativa. Mas as

³⁴HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2. ed. 12ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 114.

³⁵HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2. ed. 12ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 115.

³⁶HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2. ed. 12ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 137.

populações que estes queriam mobilizar e que, de fato, mobilizavam não era a dos que temiam o que podiam perder, mas sim dos que nada tinham a perder. E os inimigos contra os quais as massas eram mobilizadas não eram judeus e estrangeiros, mas a oligarquia local.

Paradoxalmente, enquanto os regimes fascistas europeus destruíam os movimentos trabalhistas e controlavam a classe trabalhadora, os movimentos “revolucionários” adaptados à realidade local têm seu núcleo de apoio na classe trabalhadora urbana e em um partido trabalhista, com ramificações nos sindicatos.

O discurso antiliberal desses governos era direcionado contra a “oligarquia” e contra as “elites”, entes sem identificação clara e que cada eleitor podia personificar em quem assim o desejasse, como seus patrões e chefes imediatos, independentemente da classe social a que pertencessem.

Daí porque não são particularmente novos os discursos recentes que se veem contra as elites, que agora incluem também a “classe média”, e que continuam servindo para empolgar uma massa intelectualmente manipulável.

Esses movimentos, mesmo distantes do modelo fascista seguido, devem ser contabilizados como reflexo do declínio e queda do liberalismo no Século XX. E por que o liberalismo sofreu uma queda entre as duas grandes guerras, mesmo em Estados que não aceitavam o fascismo?

Socialistas e comunistas ocidentais dessa época tinham a tendência a ver a crise global como a agonia final do sistema capitalista.

Dizia-se, então, que o capitalismo não mais podia dar-se ao luxo de governar através da democracia parlamentar e sob liberdades liberais, que de forma incidental haviam proporcionado muito poder aos movimentos trabalhistas, tanto moderados como radicais.

Diante de problemas econômicos insolúveis e de uma classe operária cada vez mais exigente, que agora tentava decidir os rumos políticos do país, a burguesia tinha de apelar para a força e para a coerção, ou seja, para alguma coisa semelhante ao fascismo.

Além disso, mesmo os conflitos nacionais são mais controláveis quando todos os grupos políticos, inclusive, os de oposição ao governo, podem comer uma fatia do bolo do Estado. É claro que enquanto houve prosperidade o sistema democrático-liberal se sustentava, tanto quanto o próprio capitalismo, que não funciona se não há um consenso básico entre a maioria dos cidadãos sobre a aceitabilidade de seu Estado e de seu sistema social, ou pelo

menos uma disposição de negociar acordos consensuais. Tudo isso ruiu com a crise da grande depressão.

Some-se a isso que a democracia representativa, como forma de governo característica do liberalismo, passou a enfrentar a crise de legitimidade que se prolonga até os dias atuais, pois, mesmo nas democracias estáveis hoje, as divisões e controvérsias políticas que o sistema pressupõe são vistas por muitos cidadãos mais como custos do que como benefícios do sistema.

Assim, alguns déficits do regime político aplacaram a democracia representativa, como a falta de legitimidade de governos e de assembleias eleitos, em decorrência de sistemas eleitorais obsoletos, que não davam mais ao cidadão, mesmo ao que integrava a parcela majoritária da população, a sensação de estar representado.

Nessas circunstâncias, a democracia se tornou apenas um mecanismo para formalizar divisões entre grupos inconciliáveis. Por vezes, mesmo nas melhores circunstâncias, não se conseguia uma base estável para o governo democrático em decorrência da caducidade do próprio sistema de representação proporcional.

Isso tudo levava a crer que a democracia parlamentar nos Estados sucessores dos velhos impérios, bem como na maior parte do Mediterrâneo e da América Latina fosse uma planta crescendo em solo pedregoso³⁷.

O argumento mais forte a favor da democracia, o de que, por pior que ela fosse, ainda era melhor que qualquer outra forma de governo, não convencia mais e, no período entre as duas grandes guerras, isto sequer chegava a ser verdade.

A queda da democracia parecia inevitável. Ninguém previa ou esperava seriamente o renascimento da democracia no pós-guerra, menos ainda seu retorno como forma de governo predominante em todo o mundo a partir da década de 1990, embora, para os observadores daquele período, a queda dos sistemas políticos liberais tenha parecido apenas uma breve interrupção.

No segundo pós-guerra, atribuíam-se aos governos a responsabilidade pelas tragédias mundiais que se produziram durante e entre as duas Grandes Guerras. Aos olhos dos sobreviventes, era evidente que tanto o Estado nacional burguês como o Estado totalitário, na realidade, não tinham noção da destruição que causavam.

³⁷HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2. ed. 12ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 143.

A ocasião para dar aos direitos um fundamento mais sólido que o proporcionado pela lei estatal surgiu com a reação que se produziu, no final da Segunda Guerra Mundial, naqueles Estados que se viram na necessidade de refundar seus institutos jurídico-constitucionais depois do totalitarismo fascista. A mesma necessidade que logo se manifestaria na península ibérica ao fim dos últimos regimes fascistas europeus dos anos setenta e que também estava presente nos países do leste da Europa, que dispunham de regimes satélites da União Soviética.

O tema dos direitos representa, assim, um ponto de encontro nas transformações constitucionais que se seguiram à queda dos totalitarismos, seja de direita seja de esquerda. Todos esses regimes tinham em comum, como ponto de partida e de acordo com a sua natureza, o fato de denunciarem como enganosa que uma vida pudesse ter sentido separada da totalidade do Estado. E, conseqüentemente, qualquer postulação de direitos de caráter subjetivo seria capaz de concorrer e eventualmente limitar a vontade do Estado.

O renascimento dos direitos do homem, contudo, não representou, no geral, a vitória do direito natural sobre seu adversário histórico – o positivismo jurídico.

Isso porque já se acusava o positivismo jurídico de haver proporcionado as bases para a absolutização do poder do Estado, que havia encontrado no totalitarismo sua mais radical e terrível manifestação.

Porém, tampouco a versão religiosa de jusnaturalismo, que no segundo pós-guerra conheceu um novo renascimento, podia aspirar a uma autêntica afirmação integral de seus termos clássicos.

É verdade que a assunção de uma ordem “dada” do universo – em que a posição do homem vem prefixada pela criação, acatada como verdadeira e boa e, portanto, obrigatória – deixou marcas importantes.

Sobre as noções de dignidade humana e de pessoa humana – noções que não pertencem à tradição do jusnaturalismo racionalista, senão à do jusnaturalismo cristão-católico – gira toda a concepção atual de direito e expressa um conceito objetivo derivado de uma determinada visão do homem e de sua posição no mundo³⁸.

As marcas dessa presença, contudo, não traduzem uma vitória total. Tais noções constituem, não por acaso, uma contribuição particular a um projeto político-constitucional

³⁸ Conforme a Constituição Federal, art. 1º, inciso III – a dignidade da pessoa humana; e, art. 4º, inciso II – prevalência dos direitos humanos.

mais amplo. Na reação contra o positivismo jurídico, não se pôde passar totalmente para o outro lado, pois que isso havia sido impedido por outro grande e irrenunciável componente do constitucionalismo atual: a democracia, que impede a afirmação total e absoluta de qualquer concepção “natural” do direito.

O pressuposto democrático, baseado na regra da maioria, introduz no mundo do direito um elemento de artificialidade. O direito, produto da vontade majoritária, não se pode predeterminar em seus conteúdos, assim como não se pode predeterminar as maiorias que o produzem, senão como expressão de imprevisíveis e indetermináveis “orientações políticas”³⁹. E para se determinar essas orientações políticas ou para se participar delas se desenrola uma luta entre os grupos políticos de acordo com os procedimentos que decorrem do texto constitucional.

O direito natural, como afirmação de uma ordem que se apresenta como justa e incontroversa, não é, portanto, compatível com a democracia em seu sentido atual, que está, ao invés disso, associada a embates de contrários e a opiniões divergentes. Enfim, ao contraste de projetos, isto é, à “relatividade”⁴⁰.

Além do que, a experiência das democracias sociais no primeiro pós-guerra demonstrou que a lei podia servir para afirmar determinados valores de justiça ou mesmo diferentes concepções de sociedade.

O princípio da maioria se vincula, assim, à ideia da lei como modo de expressão de um fundamental direito político de transformação social, que deve se reconhecer a todas as maiorias futuras. Um direito cujo exercício consiste, precisamente, em pôr em jogo a democracia competitiva.

Qualquer afirmação de uma ordem previamente dada, principalmente como postulado de um contexto político e social, somente teria significado se a democracia fosse rechaçada.

³⁹ Esta noção (*indirizzi politici*, do italiano), expressa a concepção do Estado como meio para alcançar um fim que lhe vem imposto desde fora, precisamente desde a orientação política, é capital para se compreender o direito constitucional da época atual, onde o Estado como tal não tem uma orientação, senão aquela que lhe deve ser dada. Pode-se dizer que se trata de uma noção típica da instabilidade do Estado, vale dizer, do Estado que já não é causa e fim em si mesmo. Dita noção se conecta à de função de governo, elaborada na França no final do Século passado como função com sentido próprio, ainda que concretizada pelas outras três funções clássicas do Estado.

⁴⁰ Conforme art. 1º, inciso V, da Constituição Federal, ao estabelecer como fundamento do Estado brasileiro o pluralismo político.

Por motivos diferentes, nem o jusnaturalismo racionalista e nem o jusnaturalismo religioso puderam, por si sós, proporcionar resposta à exigência de fundamentação de uma nova ordem política baseada nos direitos políticos democráticos.

Contudo, considerava-se indispensável uma fundamentação dos direitos em algo objetivo, mais forte que as razões e as vontades políticas que se fossem afirmando no transcurso do tempo. Para isso o direito devia recuperar algo de indiscutível, algo que pudesse se tomar como ponto de partida, “natural”, não controvertido, de qualquer ordem social e política e que dele não pudesse ser separado. A tranquilidade social e a participação dos cidadãos na vida coletiva dependiam dessa segurança.

A solução do problema consistiu na constitucionalização dos direitos.

Uma solução que se aparta tanto da tradição do Estado de direito do Século XIX, como das distintas tradições que se compreendem sob o nome jusnaturalismo, não obstante, dispõem de nuances de ambas, em um movimento que significará uma superação⁴¹.

Por conseguinte, hoje o direito não é só “o conjunto de condições abaixo das quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio do outro segundo uma lei universal de liberdade”, de acordo com a definição kantiana⁴². Nem é o puro e formal “acordo dos arbítrios”, segundo a fórmula hegeliana. É o conjunto de condições em que necessariamente devem se mover as atividades públicas e privadas para a salvaguarda de interesses materiais não disponíveis⁴³. É uma ordem objetiva para limitar a instabilidade das vontades. Uma ordem que está por cima tanto das vontades individuais particularmente consideradas quanto do acordo entre elas, que se expressa por meio do princípio da maioria, uma ordem que deve ser perseguida como tal.

As normas de justiça das Constituições atuais estabelecem, assim, uma distinção que pode converter-se em contraposição entre interesses individuais e interesses gerais qualitativamente distintos da pura e simples soma dos indivíduos.

Diga-se, então, que a vida coletiva, do ponto de vista do direito constitucional atual, não é só o conjunto dos direitos individuais e dos atos que constituem seu exercício, senão

⁴¹PIERANDREI, Franco. *I diritti soggettivi pubblici nella piu recente evoluzione dela dottrina germânica*. Giappichelli, Torino, 1940, p. 124 e ss.

⁴²KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Tradução, textos adicionais, notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 39.

⁴³ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 94.

que é também uma ordem objetiva que corresponde a ideias objetivas de justiça que, por sua vez, impõe deveres.

Na acepção de Carl Schmitt, a Constituição, como unidade política, se caracteriza por seu profundo valor existencial. Ao culto da norma, contrapõe ele o culto do fato; contra as regras formais os valores existenciais. O político prepondera sobre o jurídico, de tal forma e com tamanha extensão que após haver distinguido os conceitos de Constituição e de Lei Constitucional, Schmitt afasta toda a possibilidade de resolver os conflitos constitucionais entre os poderes por uma Corte Constitucional.

Para Schmitt, se assim procedêssemos, ao invés da “judicialização da política”, teríamos a “politização da Justiça”⁴⁴. Em Schmitt o existencial compõe a essência da Constituição, o reino da decisão fundamental, a esfera política que se sobrepõe ao normativo, às Leis Constitucionais, ao domínio jurídico propriamente dito.

As leis constitucionais (emendas) não só pressupõem a Constituição como valem em razão desta, gravitando, pois, numa esfera de relatividade. Acima delas, acham-se os valores existenciais da Constituição, isto é, aquela unidade essencial de existência, integridade e segurança que a decisão política fundamental exprime.

As emendas constitucionais, qualificando-se apenas pelo formalismo ou rigidez que dificulta sua edição, encontram-se mais abaixo na hierarquia axiológica dos valores que compõem a essência da Constituição, lembrando, de qualquer forma, o aspecto jurídico e formal que Schmitt não elimina inteiramente de sua teoria material da Constituição. Kelsen, ao contrário, conduziu o formalismo às suas últimas consequências.

Ambos os mestres valem como dois polos opostos, como duas extremidades doutrinárias, sendo assim as duas orientações que mais se distanciam mutuamente na compreensão do conceito de Constituição: Kelsen com a teoria normativa, Schmitt, com a teoria material; Kelsen sustentando que “algo vale, quando vale e porque vale” e Schmitt, com seu sentido de existencialidade, professando que “algo vale, quando existe e porque existe”.

Atualmente, o risco existe quando o Estado se apresenta como titular de uma ética totalitária.

⁴⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Presentacion de Francisco Ayala; epílogo de Manuel Garcia-Pelayo; versión española de Francisco Ayala; Imprenta: Madrid, Alianza, 1996, p. 20.

Não se enfrenta a ética totalitária do Estado eliminando-se a dimensão axiológica da justiça, mas se legitimando uma tensão e um livre enfrentamento entre as diversas concepções de justiça, pluralmente admitidas pela Constituição para fazer possível sua conciliação no momento histórico certo.

É verdade que a invocação de uma das muitas visões de justiça tem sido historicamente o argumento de todos os totalitarismos “ideológicos”, seja de direita seja de esquerda. Porém, também há intransigência quando se assume a liberdade como princípio absoluto.

Nas Constituições vigentes, os princípios de justiça operam de modo variado porque são numerosos. Ao invés de ser o vetor mais importante, outros vetores, que se movem em muitas direções, atuam com a mesma força e é preciso calcular cada vez “a resultante” dessa concorrência de forças⁴⁵. O resultado constitucional, portanto, não vem dado, ao contrário, deve ser apurado ou, melhor, construído.

Isso tem relevância especial no caso dos direitos individuais, sobretudo naqueles que têm um valor político, como a liberdade de opinião e o direito de voto. O fato de os elementos que formam a conceituação jurídica de justiça estarem hoje reconhecidos nas Constituições induz, assim como ocorreu com os direitos, as condições para a superação da nefasta redução da justiça à lei, obra do positivismo jurídico.

O positivismo jurídico, ao negar a existência de níveis de direito diferentes da vontade reconhecida na lei, obstava intencionalmente a possibilidade de uma distinção jurídica relevante entre lei e justiça.

Por outro lado, ainda no que se refere ao conteúdo de justiça no direito, o advento da democracia pluralista provoca uma mudança significativa: quando todos os integrantes da sociedade podem participar da elaboração da Constituição, desvanece a possibilidade de seguir considerando que o fundamento da justiça do ordenamento jurídico é uma questão pré-jurídica, carente de relevância própria desde o ponto de vista interno do direito vigente.

A Constituição pluralista apresenta a estrutura de um pacto em que cada uma das partes envolvidas ou interessadas introduz aqueles princípios que correspondem a seus ideais de justiça.

⁴⁵ZAGREBELSKY Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 96.

Deste modo, ditos princípios são resgatados do âmbito pré-jurídico e inseridos plenamente como tais no direito. Esta operação é um elemento tão relevante para as concepções jurídicas que constitui inclusive a condição de êxito da própria obra constituinte como obra de todos e não como imposição unilateral de qualquer uma das partes sobre outra.

Contradizendo os que defendem soluções constitucionais fora do compromisso constitucional, isso é um sinal de força e não de debilidade da Constituição posto que amplia seus fundamentos consensuais.

De toda forma, o conteúdo da lei não está vinculado a estes princípios de forma estrita, como se fossem eles unívocos. Se assim fosse, a vida política seria petrificada, ou melhor, fossilizada, e a possibilidade de sua atualização seria eliminada.

A lei expressa, ao contrário, as combinações possíveis entre os princípios constitucionais, que se limita a estabelecer os pontos irrenunciáveis de qualquer combinação. A lei mantém assim seu caráter de ato criador de direito e não vem degradada a mera execução da Constituição, ressaltando aqui a importância do trabalho legislativo.

Realmente, como fruto produzido pelo trabalho de representantes eleitos, reunidos em assembleia, a lei se configura como direito particular e contingente, ou seja, como direito que reflete o ponto de vista dos sujeitos políticos que ocasional e temporalmente logram prevalecer no processo legislativo em virtude do princípio da maioria⁴⁶. Também nessa perspectiva parece clara a evolução em relação às concepções que se tinha da lei durante Século XIX.

1.5 A democracia hegemônica

Pode-se dizer que o destino da democracia seja o de suprimir-se a si mesma no que concerne ao problema da formação da vontade, isto é, a forma pela qual se apura o desejo da maioria.

São recorrentes as situações em que os democratas, por defenderem princípios democráticos, são surpreendidos ao perceberem que deram causa ao surgimento de forças antagônicas e que, ao serem fiéis aos seus valores sintetizaram o próprio vírus mortal da

⁴⁶ZAGREBELSKY, Gustavo. *Dirittocostituzionale*1: Il sistema costituzionale dele fonti del diritto. UTET, Torino, 1987, 61.

democracia. Não são raros os casos em que o sistema democrático garante a liberdade de expressão a grupos que simplesmente objetivam a aniquilação da democracia.

Tais paradoxos se tornaram marcantes desde a Constituição de Weimar e se tornaram justificativa para o surgimento de posições radicais, como a do democrata radical, para o qual a democracia tem um valor intrínseco como tal, independente dos objetivos políticos a serem alcançados.

Para o democrata radical sempre existe a ameaça de que a democracia seja utilizada para suprimir a própria democracia. Por isso mesmo, intelectualmente lhe é mais conveniente admitir que a democracia só possa ser exercida por aqueles cujo pensamento seja supostamente democrático, isto é, que estejam de acordo com parâmetros previamente estabelecidos.

Ainda que nem sempre tenham um significado perfeitamente coincidente, é indubitável que na ciência constitucional atual a linguagem dos direitos tomou a dianteira em relação a qualquer outra linguagem. E para estabelecer uma diferença com o Estado de “direito” do Século XIX, hoje se fala de Estado de “direitos” ou em Estado de direito democrático ou, ainda, em Estado democrático de direito, sem que a alteração da ordem das palavras qualifique melhor o Estado.

No plano do direito constitucional, a chegada a este ponto pode ser considerada como a consequência dos fenômenos gerais que sacudiram o campo da experiência política e ética contemporânea, onde os direitos, como afirma Bobbio, vinculam-se à democracia, à justiça e à paz, como aspectos da tendência do espírito político atual⁴⁷.

Os direitos de liberdade, como direitos de primeira geração por terem sido os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional como direitos civis e políticos, na maior medida corresponde à fase inaugural do constitucionalismo ocidental.

Hoje, esses direitos são reconhecidos pacificamente, embora, na verdade, tenham-se movido em cada país de organização política fundada em uma Constituição segundo um processo dinâmico e ascendente, entrecortado por avanços e recuos, que permitia se vislumbrar a cada passo uma trajetória que partia do mero reconhecimento formal para

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Título original: *L'età dei diritti*. Ed. Sistema. Madrid, 1991. Traducción: Rafael de Asís Roig.

concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder⁴⁸.

Esse caminhar para frente da história política das civilizações apontava para um espaço sempre aberto a novos avanços e conquistas e a história do homem moderno tem sido recheada com esses novos direitos, notadamente os inerentes à sua condição de espécie animal que vive em um planeta composto de uma larga biodiversidade, da qual é dependente, apesar de seu intelecto predominante, sendo protagonista e ao mesmo tempo responsável pela preservação do meio ambiente, como condição de sobrevivência das gerações futuras.

Nesse contexto, os direitos de primeira geração se encontram bem consolidados, ao menos no aspecto da universalidade formal, não existindo Constituição que seja reconhecida como tal que não os reconheça.

Esses direitos de liberdade têm por titular o indivíduo e são oponíveis em face do Estado, traduzindo-se em atributos individuais de todo ser humano, pelo simples fato dessa condição humana, de traço eminentemente subjetivo.

Transita-se hoje na era dos direitos de quarta geração, que reside justamente no direito à democracia, no direito à informação e no direito ao pluralismo. Do reconhecimento e da implementação efetiva desses direitos depende o ingresso em uma sociedade do futuro em um mundo globalizado.

A democracia, enquanto direito contemporâneo de quarta geração, tem de ser necessariamente uma democracia direta, o que hoje se mostra possível ante os avanços tecnológicos da comunicação e graças à informação globalizada e ao pluralismo político.

Essa democracia, reconhecida e sedimentada como um direito, e não mais como mera forma de governo, há de ser, evidentemente, uma democracia imune a contaminações da mídia manipuladora, dos falsos sentimentos captados do povo e da exclusão política, de substrato autoritário e exclusivista.

Tudo isso somente é possível se a informação e o pluralismo político vingarem como direitos precursores e consentâneos com a democracia, os quais se traduzem em direito do homem moderno que está no ápice do desenvolvimento histórico e social.

A adoção plena desse direito à democracia não significa, em hipótese alguma, a abdicação ou a caducidade dos direitos das gerações anteriores. Antes, o contrário.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 563.

Os direitos de primeira geração, como direitos individuais à liberdade, os direitos de segunda geração, como os direitos sociais e os direitos de terceira geração, como os direitos a um meio ambiente equilibrado, à paz e à solidariedade, permanecem eficazes e válidos e formam o alicerce da edificação política em que cada etapa dá sustentação à seguinte, tendo como ponto culminante o direito à democracia.

Os direitos da quarta geração não apenas culminam a objetividade dos direitos das gerações anteriores, como absorvem a subjetividade dos direitos individuais, de primeira geração, que se irradiam sobre os direitos subsequentes.

1.6 As várias concepções de democracia

O sistema parlamentar⁴⁹ é com frequência conectado ao termo “democracia”. Contudo, tratam-se de acepções diversas. A crença no sistema parlamentar⁵⁰, em um governo pela discussão, pertence ao mundo intelectual do liberalismo e não à democracia.

O liberalismo e a democracia devem aqui ser separados para que se reconheça a imagem heterogênea que foi montada e que constitui a moderna democracia de massas.

A democracia é impossível se não consegue expressar a vontade de forma unívoca, enquanto o “governo pela discussão” é próprio do sistema parlamentar.

Essa contraposição é reconhecida por Schmitt na análise da Constituição de Weimar, vista como uma tentativa de fusão do princípio liberal – condensado no governo parlamentar – com o princípio democrático, expressos nos poderes do presidente da República, uma espécie de porta-voz da vontade popular. As grandes finalidades que classicamente sempre justificaram os sistemas parlamentares, tanto no regime presidencialista como no parlamentarista, que são a possibilidade de discussão e de publicidade, haviam sido pura e simplesmente subvertidas.

A razão do Parlamento reside, de acordo com a definição de Rudolf Smend⁵¹, no dinâmico-dialético, isto é, num processo de conflito de opostos e de opiniões, que resulta na vontade correta do Estado. O essencial do Parlamento é, portanto, a discussão pública de

⁴⁹ Isto é, baseado na existência de um Parlamento.

⁵⁰ Não se refere aqui apenas a uma forma de governo específica (o parlamentarismo), mas à doutrina política que subjaz, em maior ou menor grau, a todas as democracias parlamentares, sejam elas parlamentaristas ou presidencialistas.

⁵¹ Tributo da Faculdade de Direito de Berlim para Wilh Kahl, Tubinga, 1923, p. 23.

argumentos e contra-argumentos, os debates e conversações públicas e a parlamentação, que, no entanto, não é democracia⁵².

Na tradição antiabsolutista, isso se reflete na imagem da balança, cujo funcionamento consiste no equilíbrio e se determina através de um jogo interno de ações, reações e frações que tendem sempre ao reequilíbrio⁵³.

Para Schmitt, no fundo, toda a polêmica vivida na década de 1920, sobre a competência do presidente de suspender temporariamente a Constituição em caso de “grave ameaça” ao *Reich* residia em saber qual dos dois princípios deveria prevalecer – o princípio liberal ou a democracia⁵⁴.

Só quando a posição central do elemento “discussão” do sistema liberal foi devidamente reconhecida é que as exigências políticas determinantes para o racionalismo liberal adquiriram um significado correto e foram transferidas da atmosfera indefinida dos *slogans* e da consideração de suas conveniências para a clareza científica: o postulado da publicidade da vida política e a demanda por uma repartição de poderes, ou melhor, a doutrina do balanceamento de forças opostas, na qual o correto deve se produzir por si só como elemento médio, como fator comum de equilíbrio pós discussão.

Apenas em razão do significado atribuído à publicidade, principalmente ao poder da opinião pública no pensamento liberal, o liberalismo e a democracia podem parecer a mesma coisa.

Na doutrina da repartição de poderes, evidentemente, esse não é o caso. A repartição dos poderes em três, a distinção das competências do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, a rejeição da ideia de que a plenitude do poder do Estado pudesse concentrar-se num único ponto ou pessoa, implica, na prática, em um verdadeiro contraste à ideia de identidade democrática.

O Estado de direito é inimigo dos excessos, é dizer, do uso “não regulado” do poder. Daí porque a generalidade da lei comporta uma “normatividade média”, isto é, feita para todos, o que naturalmente contém uma garantia contra um uso descontrolado do próprio

⁵²LASKI, H. *The foundations of sovereignty*. Nova York, 1921, p. 36. (A hipótese fundamental do governo num sistema representativo é que ele é um governo de discussão).

⁵³MAYR, O. *La bilancia e l'orologio: libertà e autorità nel pensiero político dell'Europa moderna*. Il Mulino, Bologna, 1988.

⁵⁴SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, apresentação de Cícero Araújo, p. XIII.

poder⁵⁵. Se o direito constitucional liberal houvesse permitido que predominasse a arbitrariedade de um dos atores políticos, seja o monarca, uma maioria política na assembleia ou mesmo juízes de uma suprema corte, toda a luta contra o absolutismo teria fracassado⁵⁶.

Assim, os postulados da democracia e do sistema parlamentar não são propriamente iguais.

Embora muitos se digam democratas, o conceito de democracia tem-se diversificado, atendendo a diversos tipos de interesses e a posturas políticas, conforme o confronto das classes sociais e econômicas foi se desenvolvendo no decorrer da história.

Um exame das ideias e da prática democráticas revelará, necessariamente, um número considerável de problemas que parecem não ter solução definitiva. Para muitos, a própria noção de democracia é problemática.

Basicamente, existem três tipos de críticos: aqueles que se opõem fundamentalmente à democracia porque, como Platão, creem que, embora ela seja possível, ela é inerentemente indesejável; aqueles fundamentalmente opostos à democracia porque creem que, embora ela talvez fosse recomendável se fosse possível, na realidade, é impossível de forma inerente; e aqueles que são favoráveis à democracia e desejam mantê-la, mas que a criticam em algum ponto importante. Os dois primeiros tipos podem ser denominados críticos de oposição, e os do terceiro tipo, críticos favoráveis.

Na essência, muitos se valem do ambiente democrático para desestabilizar a democracia e as instituições, no objetivo de alcançarem fins político-ideológicos próprios, pessoais ou dos respectivos grupos, que, de forma intrínseca, ou negam ou são incompatíveis com a democracia. A rigor, esses sujeitos não adotam a democracia, apenas adulam a multidão e procuram movê-la como uma arma.

Imaginam que, ao falarem em nome do povo, está-se a mobilizá-lo, e pior ainda, que nenhum obstáculo seria lícito suscitar e que nada impediria que alcançassem seus desígnios. Aludem que a voz do povo é a voz de Deus. E como concebem o povo como força máxima, o essencial é obterem seu efeito homologador.

Quanto mais compacto for o povo em torno de suas ideias e menor for a dissidência, mais forte serão seus próprios dogmas. Por isso mesmo, a pluralidade de vozes contrárias ou

⁵⁵ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 29.

⁵⁶ Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Presentacion de Francisco Ayala; epílogo de Manuel Garcia-Pelayo; versión española de Francisco Ayala; Imprenta: Madrid, Alianza, 1996, p. 159.

dissonantes deve ser reduzida até desaparecer, segundo a lógica de que, quem se afasta do grupo, seja por ideias, ações ou opiniões, não é um indivíduo que dissente legitimamente, mas alguém que mina a força da verdade popular.

Nessa perspectiva, a democracia não deve socorrer aos que dissentem e é exatamente daí que as concepções acríicas de democracia levam inevitavelmente à ideia unitária ou, melhor dizendo, a regimes totalitários do povo.

A vedação subliminar ao dissenso, próprio dessa concepção de democracia, conduz a certos paradoxos, como o de tornar arriscada à própria reputação do proponente a tentativa de discussão pública de questões envolvendo o direito de certas minorias, como, por exemplo, indígenas, negros e homossexuais, e até mesmo das mulheres.

Nesse campo também podem ser incluídas as inelegibilidades, ou mais especificamente, a possibilidade ilimitada de imposição de restrições ao direito eleitoral passivo, isto é, ao direito do cidadão de se candidatar a cargo político.

A desinstitucionalização da política forma, assim, um sistema que traz consigo, como uma de suas consequências, o controle monopolístico das opiniões.

São dois lados da mesma estratégia institucional que convergem para o êxito autoritário, ainda que travestido de formas até superdemocratas.

A democracia radical ou acríica não admite discussão e com isso derrota o estado parlamentar ou parlamentário.

Enquanto a institucionalização da política ocorre por intermédio dos partidos políticos e parlamentos fortes, o lema subliminar da democracia radical “abaixo as instituições, todo o poder ao povo” se mostra extremamente sutil, posto que isso contraria as políticas autoritárias clássicas, que pugnam o fortalecimento do Estado e de seus aparatos.

Não se deve esquecer que os regimes reacionários têm origens e inspirações muito mais antigas que o fascismo, e, às vezes, muito diferentes dele, e, embora nenhuma linha nítida os separe, ambos partilham os mesmos inimigos e as mesmas metas⁵⁷.

A democracia radical, por seu lado, preconiza a desinstitucionalização do Estado, o enfraquecimento das instâncias e dos “diafragmas” intermediários a favor da linha da comunicação simples e direta entre o povo e seus líderes.

⁵⁷HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2. ed. 12ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 118.

Os meios podem ser diferentes e diversos, aparentemente opostos e não facilmente reconhecíveis, mas é, de fato, um caminho para o autoritarismo⁵⁸.

Em relação à política partidária tradicional, não há dúvida de que a estrutura hierarquizada dos grandes partidos, constituídos nesse formato desde o seu surgimento, subordinados a um chefe político, muitas vezes se mostra hermética a novos conceitos e proposições, além de estar voltada à preservação da ação partidária hierarquizada e a uma canalização das energias individuais que devem estar dirigidas a um resultado concreto, inclusive para que não se percam em atos e gestos ocasionais e irracionais.

Isso contribui para o sucesso da democracia acrítica, pois retira muito da espontaneidade subjetiva e acaba impondo renúncias pessoais de natureza ideológica ou não. A contrariedade e a decepção logo dão lugar à crítica e à tensão, que muitas vezes marcam a experiência partidária do indivíduo, que cheio de ideais, não admite sua submissão a contingências alheias.

Como consequência, muitos se tornam os maiores críticos do sistema político-eleitoral em que se encontra estruturado o estado de direito democrático e muitos outros se tornam aduladores do povo, valendo-se do sentimento generalizado de impotência e de contrariedade à política partidária organizada e apelando a uma suposta sabedoria sobrenatural do povo, que não passam de conceitos e de preconceitos individuais, acenando com a possibilidade de darem voz ampla e imediata a conclusões rasas, sobrepondo-se a qualquer instância intermediária entre a sociedade e o centro do poder, aos quais se referem como um “estorvo político” ou uma traição ao povo.

Não é outro o objetivo senão o de chamarem atenção a si próprios, emplacarem seus interesses políticos e manterem o povo na condição de tutelado para melhor controlá-lo.

A partir desse tipo de ação política, consciente ou não, é que surge a crítica ferrenha e contínua aos processos e às instâncias dialéticas do parlamento, o pouco respeito demonstrado às instituições, a convocação repetitiva e insistente da opinião popular nas várias formas possíveis como pesquisas de opinião, com resultados amplamente divulgados, abaixo-assinados virtuais, declarações ofensivas à honra, manifestações midiáticas, orquestradas com a plasticidade visual necessária para figurarem nas capas de jornais e revistas e nas chamadas dos telejornais, das matérias pagas etc.

⁵⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 29, p. 147.

Destaquem-se aqui as pesquisas de opinião e os abaixo-assinados eletrônicos. Rigorosamente, a possibilidade de se realizar uma pesquisa de opinião ou um abaixo-assinado eletrônico não é prova de democracia. As autocracias também podem se autopromover usando as mesmas ferramentas sem se desmentirem. Por intermédio deles registra-se um sentido, uma orientação, que depois será utilizada para se interferir nos destinos políticos da sociedade.

A direção que os indivíduos são supostamente chamados a dar, na realidade, já está predeterminada. Em nome de uma interação virtual, qualquer assunto hoje pode ser submetido à consulta direta da população ou a um abaixo assinado eletrônico, que sem mecanismos de controle, são utilizados como meio de autoafirmação de posições políticas ou para a intimidação de adversários.

As pesquisas de opinião, os abaixo-assinados, os editoriais e as matérias jornalísticas ganham novos contornos com a utilização da televisão e da rede mundial de computadores – *internet*, onde se alastram à velocidade de uma descarga elétrica e despertam paixões ideológicas ilusórias, disseminando palavras de ordem e criando falsas perspectivas que desestabilizam governos e instituições a serviço de interesses particulares e de projetos de poder individuais ou de grupos.

Como assevera Zagrebelsky, a propósito da análise do processo da crucificação de Cristo, a verdade e a falsidade, o bem e o mal não podem depender do número e do sentido das opiniões⁵⁹, destacando que na ética política se acaba por oscilar entre dois extremos: do dogma ao ceticismo. Do absolutismo ao relativismo dos valores. Ambos convivendo com a democracia, que é usada como um instrumento.

Assim, o dogmático aceita a democracia pois lhe serve como força para impor seu dogma, sua verdade. O cético, ao contrário, não acreditando em nada, pode aceitá-la ou rejeitá-la, mas não encontrará nenhuma razão para preferir a democracia à autocracia, exceto a conveniência. Isto é, poderá ser democrático até quando puder ser, não por idealismo, mas pelo realismo do próprio interesse, por oportunismo⁶⁰.

Essas duas posições são perfeitamente escamoteáveis dentro da democracia: a do dogmático e sua verdade absoluta e a do oportunista cético. No meio está o povo, a multidão dirigível e manipulável pronta a gritar o “crucifique-o”, tal como no processo perante Pilatos,

⁵⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011 – Série IDP, p. 33.

⁶⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011 – Série IDP, p. 33/34.

acreditando que o faz com independência e consciência quando na verdade não vê sua própria ignorância e manipulação. Conformer-se com a maioria torna-se então um modo de estar em paz e fugir das próprias responsabilidades, como no “uivar com os lobos”⁶¹.

O indivíduo na “massa” se sente protegido pela invisibilidade, permitindo-lhe render-se a instintos que, estivesse ele sozinho, teria compulsoriamente mantido sob coerção. Ficará ele ainda menos disposto a controlar-se pela consideração de que, sendo um grupo anônimo e, por consequência, irresponsável, o sentimento de responsabilidade que sempre controla os indivíduos, desaparece inteiramente⁶². Ele age como se ninguém pudesse identifica-lo (a quantidade numerosa esconde a unidade) e adquire, assim, um sentimento de poder invencível e de isenção por suas ações e decisões. O sentido de responsabilidade que freia os indivíduos pode, nesse caso, reduzir-se até desaparecer.

Às duas formas de pensar – dogmático e cética – opostas no fundamento, mas convergentes na instrumentalização, Zagrebelsky contrapõe uma teoria de democracia como fim e não apenas como meio, em que não se pretenda possuir a verdade do dogma, mas que nem considere insensata sua busca, que é o pensamento da possibilidade, próprio daqueles que rejeitam tanto a arrogância da verdade possuída quanto a renúncia da realidade aceita⁶³.

O pensamento da possibilidade contém sempre a abertura para a pesquisa e o seu postulado é a pluralidade estrutural de toda situação com a qual se pode deparar. Sua exigência ética não é a verdade ou a justiça absoluta, inerente ao espírito dogmático, mas, entre todas as possibilidades, a busca orientada para o melhor. Voltada para o pensamento da possibilidade, a democracia além de um meio, pode ser um fim e por isso mesmo, além de servir, deve ser servida.

À democracia que assume como própria essa atitude do espírito dá-se o nome de democracia crítica.

A autoridade do povo, segunda a democracia crítica, provém não das qualidades que o fazem similar a Deus, mas dos seus limites, que o tornam parecido com os homens dos quais é composto. À *vox populi, vox dei* a democracia crítica opõe a *vox populi, vox hominum*. Isso

⁶¹ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011 – Série IDP, p. 148.

⁶²FREUD, Sigmund. Psicologia das massas e análise do eu e outros textos. In: *Obras completas*. Vol. 15. Tradução de Paulo Sérgio de Souza. Companhia das Letras, 1920-1923, pág. 4 e ss.

⁶³ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011 – Série IDP, p. 34.

evidentemente é uma reviravolta em relação às concepções triunfais da democracia que a fundamentam não nos limites, mas nas qualidades do povo.

Essa nova perspectiva introduz a questão referente aos limites da democracia. A democracia não só é um sistema político imperfeito, mas até mesmo tira sua força da imperfeição: é natural, então, discutir seus limites.

As concepções acríticas da democracia falam em soberania popular no sentido de que o povo está acima de qualquer autoridade e que por isso detém um poder ilimitado. Os adeptos da concepção dogmática não conhecem limites, pois imaginam conhecer a verdade; já os céticos, ao contrário, porque não sabem o que é a verdade, deduzem dessa ignorância que tudo lhes é permitido na democracia.

A democracia crítica, ao contrário, nega a soberania popular no sentido descrito acima. É claro que o povo detém o poder supremo de orientar o governo sobre a coisa pública, mas esse poder, mesmo sendo supremo, não é ilimitado. A democracia crítica tem uma visão realista do povo. Nem o diviniza nem o demoniza. Nega-lhe a infalibilidade, mas lhe reconhece a capacidade de agir para o melhor. A democracia crítica, constituída por renúncias à onipotência do povo, acredita que seus limites estão na garantia de ser possível procurá-lo constantemente.

Para Zagrebelsky, a disputa não é ociosa nem se trata de uma daquelas controvérsias vazias de conteúdo e sem importância, que alimentam a luta entre partidos com a finalidade de impressionar o público e capturar votos. A aposta é alta, a questão é real. Quem serve à democracia e quem se serve dela? Para tornar compreensível e produtiva essa pergunta, necessitamos de uma categoria suficientemente específica para poder subtraí-la ao moralismo constitucional, um terreno no qual nunca se concluiu nada e sempre causou confusão⁶⁴.

Somente a democracia crítica se mostra, portanto, compatível com a liberdade, justamente porque não se atém a nenhuma lei de necessidade, nem degrada a democracia a um instrumento que vale até quando for eficaz para o fim que lhe foi determinado. A decisão popular não tem nada de previamente constituído fora de si, a que deva estar sujeita⁶⁵.

Portanto, para a democracia crítica, nada é mais insensato que a divinização do povo expressa pela máxima *vox populi, vox dei*, uma verdadeira forma de idolatria política. Essa

⁶⁴ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011 – Série IDP, p. 37.

⁶⁵ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011 – Série IDP, p. 132.

grosseira teológica condiz com as concepções triunfais e acrílicas do poder pelo povo, as quais, como visto, são apenas adulações interesseiras.

A autoridade do povo não depende de supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade. Depende, ao contrário, da razão exatamente oposta, ou seja, admitir que o povo de maneira geral e todos os homens são necessariamente limitados e falíveis. Do ponto de vista de uma visão da democracia sem ilusões, devem ser recusadas todas as concepções que atribuem ao povo a capacidade de nunca errar, de estar sempre intrinsecamente certo.

Diante da evidência dos fatos e das expectativas frustradas que cotidianamente desmentem tais ideologias, poderíamos induzir-nos a condenar a democracia como tal e preferir uma tecnologia elitista do poder. Porém, o que deve ser condenado não é o povo, mas o excesso de expectativas nele depositadas. O aspecto das democracias atuais é frequentemente pouco apresentável (não necessariamente, porém, menos apresentável do que era antigamente). Negar isso para adular o povo, tornando-o improvavelmente semelhante a Deus, é uma estratégia democraticamente suicida. Ela é a expressão de uma absolutização do poder popular que pressupõe o dogma ou o ceticismo.

De uma maneira geral, todos os que santificam o povo o fazem para poder usá-lo. Quando se dá por concluída uma questão ao afirmar simplesmente que o povo já decidiu, o que vê é a utilização totalitária da democracia.

De fato, não existe adulação desinteressada e quanto maior a lisonja tanto maior será o interesse. Se a adulação chega até à equiparação com Deus, a consequência é vedar a mais alta e humana das possibilidades: a reflexão, a possibilidade de questionar suas próprias escolhas. Transformar o poder em absoluto coincidirá com a sua expropriação a favor dos outros⁶⁶.

A questão se, na democracia, o povo (ou a maioria do povo) pode errar, do ponto de vista da democracia crítica não faz o menor sentido. Ela deveria pressupor que o povo, assim como pode estar errado, também pode estar certo. Mas errar e acertar não são categorias da democracia baseada na ética da possibilidade.

⁶⁶ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011 – Série IDP, p. 130.

Na democracia crítica, nem a decisão popular direta pode ser tomada como a palavra que encerra definitivamente a questão. A democracia crítica não se coaduna com condutas irreversíveis ou que possuam consequências irreversíveis.

Como a democracia crítica assume que sempre se pode fazer melhor, o povo e suas decisões sempre podem ser colocados em discussão, não a fim de condená-los (ou glorificá-los), mas a fim de promover a mudança para melhor. Isso não é democraticamente ultrajoso. Muito pelo contrário. Dizer que se pode fazer melhor e convidar para ir além constituem um reconhecimento que nenhuma forma de democracia acrítica é capaz de dar, o reconhecimento da capacidade comum de submeter-se à avaliação para transcender e melhorar. É justamente no contrário, na adulação, na lisonja do povo e na exaltação dos seus vícios como se fossem virtudes, que se escondem a manipulação e o desprezo por parte de quem fala do povo e pensa que ele seja plebe, incapaz de sair de sua condição. O ponto de referência da democracia que aspira a melhorar não é, porém, um ideal verdadeiro e justo, pelo qual ela seria esmagada e diante do qual seria irremediavelmente condenada. Ao invés, é o estado no qual se encontrava no instante anterior em relação ao qual faz sentido falar de melhoria possível. Raciocinando dessa forma, o espírito da possibilidade pode ser uma força que promove energias e as orienta não para o bem, porém, mais modestamente, para o melhor.

O governo da maioria não é justo nem valioso em si mesmo e independentemente de todas as coisas. O governo da maioria só é justo e valioso quando atende a determinadas condições, entre elas as exigências de igualdade entre os participantes do processo político, por meio do qual se definirá a maioria⁶⁷, identificando, nesse sentido, duas concepções de democracia⁶⁸, majoritarista e co-participativa, já que a expressão “governo exercido pelo povo” pode ser compreendido de duas maneiras radicalmente distintas e não existe valor inerente em um processo que permite a um grande número de pessoas impor sua vontade a um número menor.

Para a concepção majoritarista, democracia significa governo exercido pelo maior número de pessoas. Nessa visão, o ideal democrático repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria ou pluralidade de opinião.

⁶⁷DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca jurídica WMF), pág. 510.

⁶⁸DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca jurídica WMF), pág. 502.

Dentro dessa primeira classificação ainda se pode inferir as seguintes acepções de democracia:

Na versão *populista*, o Estado é democrático até o ponto em que o governo aprova leis ou procura exercer a política que disponha da aprovação do maior número de cidadãos.

Em uma versão mais elaborada, a opinião da maioria não conta como sua vontade, a não ser que os cidadãos tenham tido uma oportunidade adequada de se informar e deliberar sobre os assuntos. O Estado é democrático quando suas instituições dão tal oportunidade aos cidadãos e, então, permitem que a maioria deles escolha os representantes cujas políticas respeitam sua vontade.

Na concepção adversária, isto é, co-participativa, governo exercido pelo “povo” significa governo de *todo* o povo, agindo em conjunto como parceiros plenos e iguais, no empreendimento coletivo do autogoverno. As instituições são democráticas até o ponto em que permitem aos cidadãos se governarem a si mesmos, coletivamente, por meio de uma parceria, na qual cada um é membro ativo e igual. Nesse caso, os cidadãos são os juízes das competições políticas cujos vereditos, expressos em eleições formais, em plebiscitos ou em outras formas de legislação direta, são normalmente decisivos.

Nesse aspecto, os cidadãos são também participantes das competições políticas que julgam: são candidatos e correligionários, cujos atos ajudam, de diversas maneiras, a dar forma à opinião pública e a decidir o voto dos outros cidadãos.

Na versão majoritarista mais elaborada, as opiniões informadas e reflexivas do maior número de pessoas deve decidir quem será eleito para governar e o que o governo eleito fará, mas não diz nada mais sobre o papel de cada cidadão e de cada grupo na formação das opiniões alheias.

Enquanto que a concepção co-participativa de democracia reconhece ambos os papéis, pois presume que em uma verdadeira democracia os cidadãos devem ter um papel, como parceiros iguais em um empreendimento coletivo, tanto na formação quanto na constituição da opinião pública.

A concepção majoritarista de democracia só faz questão do sufrágio universal porque, assim, as eleições podem ter a esperança de avaliar a vontade do maior número de cidadãos. A concepção co-participativa também faz questão do sufrágio universal, mas exige que os cidadãos sejam iguais, não só como juízes dos processos políticos, porém também como participantes deles.

Canotilho faz uma classificação das teorias de democracia, divididas em três: teoria democrático-pluralista; teoria elitista de democracia; e, teoria da democracia do “ordo-liberalismo”. Em paralelo a essa classificação, Canotilho ainda destaca as teorias normativas de democracia, sendo elas: a teoria liberal; a concepção republicana; a democracia discursiva; e, a democracia corporativista⁶⁹.

A teoria pluralista de democracia, de origem norte-americana, adota como preceito fundamental que o processo de formação da vontade democrática não está assentado nem no povo, como massa dos sistemas plebiscitários, nem no indivíduo abstrato da teoria liberal, mas em grupos definidos, por intermédio de suas interações sociais.

As decisões do Estado constituiriam, assim, as formas de manifestação das ideias, interesses e exigências desses grupos.

A teoria pluralista de democracia, construída com base na manifestação de interesses de grupos é, ao mesmo tempo, uma teoria empírica e uma teoria normativa.

Como teoria empírica, significa que, conforme a realidade social e política das democracias ocidentais, todas as decisões políticas se reconduziriam a interesses veiculados pelos vários grupos sociais.

Como teoria normativa, estaria pressuposto um sistema político aberto, com ordens de interesses e valores diferenciados, que permitiria a todos os grupos a chance de influência efetiva nas decisões políticas.

Dessa forma, realizar-se-ia a aspiração da distribuição de poderes por vários subsistemas concorrentes, substituindo-se a concorrência liberal de ideias pelo interesse concorrente dos grupos. Ao mesmo tempo, seria obtida uma dimensão igualitária, na medida em que, estando todos os interessados organizados da mesma maneira no sistema pluralístico, todos eles teriam uma quota de influência e mobilização.

As críticas a essa teoria pluralista de democracia partem do fato de que a influência nos processos de decisão fica restrita a uma específica camada social e econômica, permanecendo a grande massa da população alheia à política. A par disso, a teoria pluralista não demonstrou terem os diferentes grupos iguais oportunidades de influência política, deixando pouco claro como se faz a articulação dos interesses destes vários grupos na formação das decisões.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª impressão. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2011, p. 1407.

A teoria pluralista de democracia pressupõe, ainda, o velho quadro social de uma sociedade homogênea e harmônica, na qual todos os interesses têm o mesmo peso e são igualmente ponderados. Com isso, a teoria pluralista de democracia se transformou em ideologia de justificação dos grupos de influência no poder, pois, a partir de um pluralismo democrático se transforma em um “monopluralismo”.

Os defensores da teoria pluralista de democracia partem da falsa premissa de que toda sociedade é participativa e civicamente atuante. Na realidade, dentro dos grupos predomina a apatia e a letargia, que alguns chegam a considerar como déficit de democracia.

Por outro lado, os críticos afirmam que a teoria pluralista de democracia se resume a um véu de legitimação da dimensão capitalista abarcadora.

A teoria elitista de democracia, por sua vez, admite que a democracia é apenas uma forma de domínio⁷⁰ dos economicamente e politicamente mais fortes sobre os mais débeis, pois a ascensão ao poder e seu exercício pressupõem uma concorrência⁷¹. Assim, os governados, mediante o voto, decidiriam qual a elite concorrente que deveria exercer o poder.

Na escolha das políticas alternativas, as camadas excluídas do poder não têm participação ativa, podendo apenas apoiar ou rejeitar o programa proposto pela elite governante.

De acordo com a teoria elitista de democracia, a limitação às elites das escolhas políticas é uma condição de sobrevivência do sistema democrático, ameaçado pela demagogia, pela debilidade intelectual de chefes políticos despreparados, pela intransigência da classe trabalhadora e pelo princípio da maioria, que leva, muitas vezes, a decisões desastrosas.

Por outro lado, as elites profissionais se encontram mais preparadas para garantir o processo liberal e democrático, neutralizar o excesso de demandas trabalhistas e se esforçam em alcançar a estabilidade do sistema mediante concessões recíprocas aos interesses das não-elites.

Nota-se que a teoria elitista guarda uma profunda desconfiança contra qualquer política de autodeterminação através da participação popular ativa. Nesse sentido, democracia

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2011, p. 1411.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2011, p. 1412.

não se constituiria o poder do povo, mas apenas o poder das elites para o povo, que se limita a escolher as elites.

Ainda que a teoria elitista de democracia corresponda à realidade política de várias nações, ela não encontra sustentação em face dos princípios democráticos que emergem do texto de uma Constituição que faça jus a esse nome.

É claro que no Brasil, para citar o nosso caso em particular, há muitos anos que a cada nova eleição vemos as mesmas disputas entre representantes das classes políticas dominantes, oriundos das elites sociais ou econômicas.

Contudo, o fator determinante é que o processo não se encontra formalmente fechado àqueles excluídos dessas elites, apesar de os gastos com campanhas eleitorais serem cada vez mais exorbitantes, o que, na prática, limita a ascensão política das classes economicamente mais baixas, conquanto esse tema tenha merecido a atenção de instituições pública e privadas, que se mobilizam para estabelecer limites aos gastos de campanha, vedando, por exemplo, a doação por parte de pessoas jurídicas de direito privado.

Decorre da Constituição, ademais, a noção de que a vitalidade democrática não está assentada na “dominação das elites”, mas numa ativa participação popular e no pluralismo político, mediante a participação permanente e aberta do povo na solução de problemas nacionais, principalmente por intermédio de eleições periódicas, mas também pelo plebiscito e pelo referendo.

Quando a Constituição declara que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de direito, tendo como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, além de estabelecer como objetivo a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, está-se a declarar um objetivo libertador, inclusivo, superador do cidadão em relação à sua realidade social e econômica, o que certamente abarca também sua conscientização e expressão política.

A par disso, afastando qualquer possibilidade de compreensão que no Brasil as decisões dos problemas nacionais estejam reservadas às elites, a Constituição atribui relevância máxima à participação política, quando elege como elemento fundante da República o pluralismo político e quando preconiza que a soberania é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14).

O princípio democrático não pode estar assentado em uma desconfiança em relação ao povo e na criação de modelos teóricos ou explicativos da proteção das elites perante as massas, pois o sentido da democracia é o da autodeterminação do homem através da participação política dos cidadãos e não apenas das elites⁷².

A democracia há de ser entendida como um processo para cuja concretização plena a Constituição atribui importante papel ao pluralismo político e à participação popular. Isso vai muito mais além de uma mera ideia de intransigência e de autoritarismo da classe operária, como a teoria elitista defende.

A teoria da democracia sob o viés do neoliberalismo está assentada no valor que a liberdade econômica, sobretudo a propriedade privada dos meios de produção, tem com a ordem social-liberal⁷³.

A democracia é definida como “método” através do qual se determina o que deve valer como lei. A democracia para a teoria neoliberal, portanto, é um método que não está assentado na soberania do povo, mas na ordem econômica e social liberal, na economia de livre mercado.

Uma ordem livre e democrática, definida por regras e leis baseia-se na afirmação da pessoa humana e nos seus direitos de liberdade. Levada ao extremo, na sua dimensão econômica, a teoria democrática do neoliberalismo impõe a alternativa de escolha entre o poder ou o mercado.

Contudo, uma ordem democrática em que a dignidade e a liberdade humanas sejam respeitadas pode ser atingida partir de outros pressupostos, como fez a Constituição de 1988 ao projetar um sistema econômico complexo, garantindo a existência de um setor privado e exigindo que propriedade privada tenha uma função social.

Ao garantir, por exemplo, o direito de propriedade (art. 5º, incisos XXII e XXIII), ao assegurar os direitos econômicos aos autores de inventos industriais e o privilégio temporário para sua utilização, bem como a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, sempre tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (art. 5º, inciso XXIX) e, ainda, quando

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2011, p. 1412.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2011, p. 1413.

estabelece como princípio da atividade econômica a propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca pelo pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 170), a Constituição mescla os sistemas econômicos de forma a se alcançar o equilíbrio.

Segundo Canotilho, muitas das teorias aventadas nos últimos tempos estão estritamente associadas às discussões em torno do estado de direito, da Constituição e do constitucionalismo, o que as torna teorias normativas de democracia⁷⁴.

Essas teorias normativas de democracia não operam uma completa ruptura em relação às teorias de democracia acima citadas. Há, antes, uma continuidade, especialmente quanto à discussão das qualidades essenciais da democracia: representação, participação, freios e contrapesos, concorrência de elites, descentralização, igualdade, liberdade, discussão e justiça⁷⁵.

Pode-se dizer que elas se articulam com as concepções da política e do processo democrático no estado de direito constitucional, sob a perspectiva liberal, comunitária e deliberativa.

A teoria liberal de democracia, por exemplo, encontra-se assentada no postulado de que a política é um meio para a prossecução de fins radicados numa esfera de liberdade social preexistente à própria política, e, ainda, que o processo democrático serve para colocar o Estado a serviço da sociedade, reduzindo-o a um aparato administrativo e estruturando a sociedade como um sistema econômico baseado no comércio entre pessoas privadas. A política deve se orientar no sentido de perseguir esses interesses privados perante um aparelho administrativo que se transformou em poder especializado de persecução de fins coletivos.

Na teoria republicana de democracia, a política é uma dimensão constitutiva da formação da vontade democrática e assim assume a forma de um compromisso ético-político no que concerne à criação de uma identidade coletiva no meio da comunidade⁷⁶.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2011, p. 1414.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2011, p. 1414.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2011, p. 1415.

Como não existe espaço social fora do espaço político, a política se traduz em uma forma de reflexão do bem comum. Dessa forma, a democracia é a auto-organização política da comunidade no seu conjunto.

A democracia corporativista pretende recortar um modelo pluralista-cooperativo ou negociador. O modelo democrático liberal assente na centralidade partidária cede o protagonismo representativo e de controle às associações corporativas e aos grupos de pressão⁷⁷.

O próprio governo troca o estilo autoritário e unilateral por um estilo negociador, promotor e arbitral entre interesses (associações empresariais e sindicatos). O corporativismo tenderá para uma democracia forte conjugando o debate parlamentar com a negociação corporativa. A negociação corporativista devolverá a centralidade política aos cidadãos e à sociedade civil, ficando para o Estado o papel de mediador ou de árbitro entre grupos de interesses econômicos.

Por sua vez, a democracia deliberativa está ligada, sobretudo, à escola do republicanismo liberal, escola que parte do ideal republicano do *self government*, isto é, as pessoas governam-se a si próprias por intermédio da ação política e das leis que elas próprias dão a elas mesmas.

Em termos sintéticos, as premissas teóricas da democracia deliberativa denotam o seguinte: a) política deliberativa assente na ideia de “virtude cívica”; b) igualdade dos participantes no processo político; c) possibilidade de consentimento universal nas disputas normativas através da razão prática; d) direitos de participação dos cidadãos na vida pública e controle dos representantes.

Essas ideias se encontram também expressas em muitas outras formulações de democracia. A categoria conceitual mais importante aqui é a de política deliberativa.

A deliberação, em si, pressupõe uma concepção dialética da política, o que significa um processo racional de discussão dos problemas e alternativas, de forma a se obterem soluções justas, boas, ou, pelo menos, razoáveis, de ordenação da vida comunitária.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2011, p. 1417.

A política serve para deliberar sobre a ordenação comunitária e não apenas para fornecer aberturas processuais à prossecução de interesses privados ou à otimização de preferências subjetivas.

Muito próxima da democracia deliberativa situa-se a democracia discursiva de Habermas⁷⁸. A grande diferença em relação ao “republicanismo liberal” norte-americano está no fato de a democracia discursiva não estar assentada em direitos universais do homem (ou direitos preexistentes na perspectiva liberal), nem na moral social de uma comunidade determinada, como sustenta a visão republicana, mas em regras de discussão, formas de argumentar, institucionalização de processos, rede de discussão e negociação cujo fim é de proporcionar uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade.

O conceito processual de política deliberativa assume aqui um conteúdo normativo que faz dele conceito central da democracia. A democracia equivale a um processo de auto-organização política da sociedade.

As propostas mais relevantes desta teoria de democracia discursiva são: a) a necessidade de se restabelecer a publicidade crítica através de formas deliberativas descentralizadas, contra o individualismo e além dos partidos políticos; b) estabelecer uma rede de comunicação e de participação estruturante da sociedade democrática contra a política centrada no Estado; c) diferentemente da concepção ético-comunitária republicana, a democracia discursiva parte das condições atuais de pluralismo cultural e social incompatíveis com uma identidade ético-comunitária.

Questiona-se sobre o conjunto de regras, requisitos e instituições para se poder falar em “estado democrático” ou em “sociedade democrática” ou ainda em “sistema constitucional democrático”.

Trata-se do problema hoje conhecido sob o nome de democracia mínima⁷⁹, conforme a terminologia utilizada por Robert Dahl, em que se pretende estabelecer padrões mínimos de reconhecimento e distinção de um Estado democrático de outro não democrático.

Em termos considerados paradigmáticos, Norberto Bobbio resumiu a questão elencando os tópicos básicos da democracia. A democracia distingue-se de todas as formas de

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, 2011, p. 1416.

⁷⁹ DAHL, Robert. Thinking about democratic constitutions. In: SHAPIRO, Ian; HARDIN, Russel. *Political Order*. Nomos XXXVIII. New York University Press, N.Y. and London, 1996, p. 175 e ss.

governo autocráticos porque se caracteriza por um sistema de regras, primárias e fundamentais, que estabelecem: 1) quem está autorizado a tomar decisões coletivas; 2) quais os processos para essa tomada de decisões⁸⁰.

De um modo mais informativo, uma definição mínima de democracia implica em: a) participação de um número tão elevado de cidadãos quanto possível; b) regra da maioria para a tomada de decisões coletivas e vinculantes; c) existência de alternativas reais e sérias que permitam opções aos cidadãos de escolher entre governantes e programas políticos; d) garantia de direitos de liberdades e de participação política.

Estes requisitos mínimos são característicos do estado de direito democrático, os quais não excluem outros inerentes ou decorrentes do sistema. É pouco provável que haja algum Estado que não seja liberal de direito quanto à existência e preexistência destes direitos e funcionamento da democracia. É pouco provável que um Estado não democrático esteja em condições de garantir as liberdades fundamentais.

Na literatura começa a se discutir o sentido e o alcance da chamada democracia eletrônica ou democracia digital. O problema que se coloca é o de saber se, através das modernas técnicas de comunicação, podem ser aperfeiçoados os esquemas tradicionais da democracia (sobretudo da democracia participativa) ou se está em pauta um novo esquema de decisão e de formação da vontade política.

A introdução de novos métodos de expressão da “vontade do povo” – eleições e referendos através do voto eletrônico – não traz problemas normativo-constitucionais desde que estejam assegurados os princípios constitucionais estruturantes do sufrágio e respectivo procedimento previamente estabelecido por normas isonômicas.

A questão técnica residirá em saber se as novas tecnologias da comunicação poderão alicerçar outras formas de manifestação, de discussão e de argumentação que substituam a organização, isto é, o próprio Parlamento, e os procedimentos, ou seja, as eleições, que se encontram expressamente constitucionalizados.

Os métodos dialógico-democráticos e a participação ativa através de sistemas eletrônicos exigirão a observância de princípios como os da universalidade e da igualdade.

⁸⁰BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 3 e ss.

As Constituições e os sistemas políticos deverão começar, assim, a formatar os contornos jurídico-normativos dos equivalentes funcionais eletrônicos da emergente democracia eletrônica, quer a nível nacional quer no plano supranacional.

A falta de democratização das modernas tecnologias de comunicação e de informação será o caminho para a entronização de um “novíssimo príncipe” – o príncipe eletrônico⁸¹.

⁸¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2011, p. 1419.

CAPÍTULO 2 – SOBERANIA E PLURALISMO

2.1 A legitimação da soberania pelo princípio democrático

O Estado representa a forma histórica de organização política e jurídica do poder, dotada de qualidades e características que o distinguem de outros “poderes” e “organizações”, sendo-lhe a principal a soberania, que se traduz em supremacia no plano interno e em independência no plano internacional.

No plano interno, soberania significa o monopólio pelo Estado da edição do direito positivo e do monopólio da coação física legítima para impor a efetividade de suas regulações e dos seus comandos, poder que tem caráter originário que, por isso, não encontra fundamento em outras normas jurídicas superiores ou externas.

O movimento de constitucionalização dos Estados desencadeou o problema da soberania e o problema da legitimidade e da legitimação. Cuida-se de saber quem detém e exerce o poder soberano e onde se encontra justificada essa titularidade e o exercício desse poder.

A soberania há de ter um título de legitimação e ser exercida em termos materialmente legítimos. A legitimidade e a legitimação fundamentam a soberania. Isso foi especialmente relevante diante das soberanias hereditárias, que não tinham mais como se justificar perante os movimentos revolucionários que declaravam como soberana tão-somente a nação, conceito que reúne todos os cidadãos de origem histórica comum, e como legítimos apenas os poderes que derivassem dessa mesma nação.

Essa foi também a posição consagrada pela Constituição de 1988, como, aliás, pelas modernas Constituições dos Estados democráticos, em que desde o primeiro artigo estabelece como primeiro fundamento da República Federativa do Brasil a soberania. No mesmo dispositivo, a Constituição legitima tanto a titularidade, como o exercício da soberania.

Em síntese, como titular da soberania figura a República brasileira, estando o exercício da soberania sob a responsabilidade de representantes eleitos ou diretamente pelos próprios cidadãos, nos termos da Constituição, o que consagra, assim, o princípio democrático da legitimação.

A República, por sua vez, significa a comunidade política, a unidade coletiva de indivíduos, que se autodetermina politicamente por meio de instituições políticas próprias que estão assentados na decisão e na participação dos cidadãos no governo (*self government*)⁸².

Não interessa saber se essa autodeterminação e esse autogoverno políticos se configuram em pré-condições, como um consenso existente na fundação da República. O fato é que só é soberana a República quando for autodeterminada e autogovernada, tendo como fonte de legitimação o poder popular.

A soberania da República brasileira encontra-se fundada, portanto, no binômio *res publica – res populi*, excluindo qualquer título de legitimação metafísico, que abranja não apenas as tradicionais justificações de domínio de caráter dinástico-hereditário, divino ou divino-dinástico, como também as modernas experiências de “condução dos povos” baseado na vontade do chefe, na “vanguarda do partido único” ou na “vontade de Deus”.

A República não deixa de ser uma ordem de domínio de pessoas sobre pessoas, mas trata-se de um domínio sujeito à deliberação política de cidadãos livres e iguais. Por isso mesmo, a forma republicana de governo está associada à ideia de democracia deliberativa, compreendida como uma ordem política na qual os cidadãos se comprometem a resolver coletivamente os problemas colocados pelas suas escolhas coletivas através da discussão pública e a aceitar como legítimas as instituições políticas na medida em que estas constituem o quadro de uma deliberação pública tomada com toda a liberdade, no sentido proposto por Habermas⁸³.

2.2 A recuperação pelo Estado de competências políticas em face do mercado

A proclamação de princípios de justiça nas Constituições do Século XIX implicou, como premissa, que as pretensões exclusivamente particulares, tuteladas pelo direito, naquilo que consubstanciam direitos individuais, não produziam, por si mesmas, uma ordem, um comando legal vinculante, haja vista as grandes injustiças e seus efeitos sociais devastadores gerados pelo desenvolvimento do capitalismo industrial no Século XIX e nas primeiras décadas do Século XX, que se estendeu até a crise dos anos trinta.

⁸²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 224.

⁸³HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 350 e ss.

Isso foi determinante quando da elaboração pelos Estados de suas modernas Constituições.

A realização dos princípios de justiça, reconhecidos e elevados a *status* constitucional, está submetida, obviamente, à atuação do Estado e às suas políticas, sendo os particulares mero destinatários dessas políticas.

O âmbito, por excelência, da intervenção estatal segue sendo o do exercício dos direitos econômicos. Porém, é evidente que hoje seus objetivos são muito mais vastos, em consonância com as crescentes expectativas em torno da justa redistribuição social dos bens materiais, especialmente em razão da incidência destruidora que a economia, acelerada pela tecnologia, tem sobre outros bens, como a vida, a saúde e o meio ambiente.

O trabalho de proteção de determinados bens e princípios de justiça frente à dimensão dos “direitos-vontade”, i. e, direitos disponíveis submetidos à vontade individual de particulares em suas relações econômicas, supõe uma superação profunda em comparação com o que ocorria no Século XIX.

Para se descrever a situação de então se costuma recorrer a uma simplificação que tem bastante de ideológico e não muito de real⁸⁴. Afirma-se que a livre concorrência das forças econômicas – independentemente do Estado – era o elemento essencial da estruturação da sociedade e que por isso o Estado só teria funções extrínsecas: a garantia da liberdade de concorrência, e, portanto, a proteção da propriedade e da liberdade de iniciativa econômica, e o seu apoio por meio de medidas dirigidas à eficiência do mercado, tais como a criação de uma moeda única, de infraestruturas para circulação dos bens econômicos etc.

A realidade histórica, contudo, mostra que essa descrição só é válida em um sentido apenas aproximado.

Certamente, não faltaram, em absoluto, medidas de intervenção estatal sobre as tendências “naturais” do mercado, por mais que a ideologia liberal do livre mercado tenha-se apresentado com a pretensão de ser fiel a uma ordem econômica refratária a intervenções “arbitrárias” do Estado⁸⁵.

Ainda que esse paradigma tenha mudado em função das circunstâncias e das necessidades, sempre existiu uma intervenção pública na economia, reclamada já no contexto

⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 100.

⁸⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 100.

do mercantilismo, do Estado polícia, do parlamentarismo e do autogoverno inglês e que prosseguiu durante o Estado liberal europeu durante o Século XIX, como, por exemplo, em obras públicas, regulação sobre bens públicos como minérios e águas, além de medidas protecionistas para o mercado interno, apoio a setores econômicos particulares mediante contratos públicos⁸⁶.

Nesse aspecto, o ponto chave para se compreender o contexto do Século XX não parece que seja tanto a presença ou a ausência de políticas públicas relativas à economia, mas o fato de o capitalismo liberal haver subtraído o fator econômico do âmbito da decisão política, ou dito de outra forma, havia subordinado ou submetido o político ao econômico⁸⁷.

Assim, não é que não existissem intervenções estatais com incidência direta ou indireta sobre o mercado, mas o ponto essencial é que tais intervenções não pretendiam impor uma visão superior sobre a dinâmica das forças econômicas, em nome de princípios gerais defendidos por uma instância propriamente política.

A dependência do político em relação ao econômico fazia com que, no fundo, tais intervenções fossem adotadas pelas forças econômicas dominantes em prol de seus interesses.

Poderia parecer uma atitude ambígua ou reticente das Constituições em relação ao mercado, por terem um sistema auto regulativo do “econômico”, que opera na base de objetivos internos em sua própria lógica. Porém, mais que de ambiguidade ou de reticência, trate-se de uma atitude rica de sugestões, aberta e suscetível de discussão.

As Constituições reconhecem o mercado e, conseqüentemente a autonomia do econômico mediante direitos e garantias concedidos aos agentes econômicos (propriedade privada, livre iniciativa econômica, liberdade contratual etc.). Sem embargo, as Constituições expressam também a compreensão de que essa autonomia não é o único e último fator determinante. Não só porque o econômico é incapaz de uma auto regulação total, mas sobretudo porque seu desenvolvimento não considera intrinsecamente outros valores não econômicos que, associados aos da economia, devem formar um sistema.

⁸⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 100.

⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 100.

A conhecida fórmula do artigo 14.2 da Constituição alemã – “a propriedade obriga”⁸⁸ – expressa com absoluta clareza essa referência a uma ordem geral, a um sistema superior em que os direitos inerentes ao âmbito econômico são outorgados em partes não exclusivas.

Os elementos de um “Estado social de direito”, que são explicitados em algumas Constituições em níveis e com ênfases diferentes, e que na Constituição brasileira se encontra enunciado no art. 3º, que preceitua como objetivo fundamental da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, têm um aspecto compromissório finalístico.

Esses elementos expressam a dupla caracterização da regulação constitucional do “econômico”: i) constitucionalização dos direitos de propriedade e livre iniciativa (direitos-vontade); e, ii) valoração pelo Estado de exigências de justiça, seja com a proteção de direitos, seja com a declaração de objetivos de alcance geral.

No campo econômico, as exigências não se encontram limitadas apenas às relativas à justiça econômica. Não se trata unicamente de impedir que a economia, ao ficar abandonada às suas próprias regras, prejudique interesses públicos, mas também que esteja aparelhada para atingir objetivos de natureza essencialmente econômicos, como os relativos ao pleno emprego, à plena utilização dos fatores de produção, à redistribuição equitativa de renda etc.

A natureza expansiva dos interesses econômicos, multiplicado pelas possibilidades derivadas da tecnologia de hoje têm feito com que o número de valores de justiça que podem entrar hoje em colisão com os direitos econômicos tenham crescido muito em relação ao passado.

Por exemplo, a saúde pode ser prejudicada por certas formas de organização do trabalho; o meio ambiente, por certos tipos e certos modos de produção; a dignidade do homem, pela comercialização de órgãos ou de sua imagem; a livre consciência individual, por meio de persuasão oculta; a vida, pela experimentação médica com seres humanos (e não humanos) vivos; as gerações futuras pelas condições físicas e afetivas ante a tecnologia genética e pelas distintas formas de procriação artificial; a paz, pela produção e comércio de armas que levam consigo o peso social de sua utilização.

As exigências de justiça reclamam que em casos como estes se ponham limites aos direitos-vontade. O direito constitucional – ao menos nos países onde existe uma maior consciência da gravidade e dos perigos que o cercam – amplia seu alcance atribuindo aos

⁸⁸ “A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum.”

particulares novos direitos de justiça, quando é juridicamente possível, e quando não o é, atribuindo ao Estado novas e, em outro tempo impensáveis, competências de regulação.

Em todo caso, o que se produz é uma restrição dos direitos-vontade cujo significado não se pode compreender rapidamente: seus riscos são evidentes, porém também o são suas boas razões.

2.3 A transformação da soberania estatal

No conceito original de soberania, compreendida como uma eficiente força material empenhada em construir e garantir a supremacia e a unicidade de determinada esfera política, estava implícito o princípio da exclusão e da beligerância frente a forças externas⁸⁹.

Disso derivava para o Estado, no aspecto interno, a necessidade de anular os seus antagonistas e, no aspecto externo, a tendência ao imperialismo, induzida por interesses econômicos ou ideológicos.

O Estado simplesmente não podia admitir competidores. Se permitisse qualquer concorrência, deixaria de ser politicamente o “todo” para se tornar simplesmente uma “parte” do sistema político, o que inevitavelmente suscitaria a questão de sua soberania e a essência mesma da sua natureza estatal.

Da perspectiva interna, a soberania indicava a incomensurabilidade do Estado frente a quaisquer outros indivíduos e, portanto, a impossibilidade de entrar em relações jurídicas com eles. Frente ao Estado soberano não podiam existir mais que relações de sujeição.

Da perspectiva externa, os Estados se apresentavam como fortalezas fechadas, protegidas pelo princípio da não ingerência. A luta entre soberanias sempre foi possível, é dizer, a guerra. Uma casualidade que, antes de ser proibida, era regulada pelo direito internacional.

O normal, contudo, sempre foi a coexistência de soberanias por meio da criação de relações horizontais e paritárias disciplinadas por normas em cuja elaboração haviam participado livremente os próprios Estados – os tratados e os costumes internacionais.

De toda forma, não havia possibilidade de um mandado sobre os Estados dimanada de uma autoridade superior a cuja vontade tivessem os Estados a que se submeter, como, por exemplo, um governo supranacional, pois isso negaria sua natureza soberana.

⁸⁹ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 10.

Sobre o princípio fundamental da soberania se construiu o direito público do Estado moderno. No Século XIX teve início seu apogeu, que culminou no “Estado de força”, e também o seu declínio, determinado pelos princípios políticos do liberalismo e da democracia.

Do ponto de vista jurídico, a soberania se expressava e se visualizava na condução de qualquer manifestação de força política à pessoa soberana do Estado: uma grandiosa metáfora que permitia aos juristas falar do Estado como um sujeito unitário abstrato e capaz de manifestar sua vontade e realizar suas ações concretas através de seus órgãos.

A vida dessa pessoa vinha regulada pelo direito, cuja função era análoga a que desempenham as leis da fisiologia nos corpos viventes. Essa concepção permitia dotar os que atuavam em nome do Estado e segundo o seu direito, de operar como seus “órgãos”, a partir da mesma autoridade que, por princípio, era característica do próprio Estado no campo político.

A ciência jurídica já desmascarou esta ficção e já mostrou as forças reais, os grupos de poder, as elites políticas, sociais e econômicas dos quais a pessoa estatal era apenas uma representação.

Porém, a partir do ponto de vista jurídico, esta concepção desempenhava uma função de grande importância e incidência prática: permitia dotar a quantos atuavam em nome do Estado e segundo seu direito, isto é, operando como seus “órgãos”, conforme a metáfora ainda atual, da mesma autoridade que, por princípio, era característica do próprio Estado no campo político.

O direito relativo a esta pessoa soberana e a seus órgãos era o “direito do Estado”, cujo significado era duplo, pois incluía a ideia de um direito criado exclusivamente pelo Estado e posto exclusivamente a seu serviço. A soberania estatal era, assim, o ponto de partida e de chegada desse direito, o critério de sentido e de orientação de todos os seus elementos.

A noção de direito do Estado, tanto em sua vertente interna (o direito público interno) como na vertente externa (o direito público externo ou internacional) encontrava-se centrada na soberania da pessoa estatal.

Hoje essa noção já não dispõe daquela clareza como realidade política operante. Desde o final do Século XIX atuam vigorosamente forças contrárias, tanto interna como externamente, que são: i) o pluralismo político e social interno, que se opõe à ideia de soberania e de sujeição; ii) a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o

Estado, que operam no campo político-econômico, cultural e religioso, com frequência e em dimensões independentes do espaço estatal; iii) a progressiva institucionalização, em certos casos promovida pelo próprio Estado, de “contextos”, “esferas” ou “foros” que integram os poderes desse mesmo Estado em dimensões supraestatais, subtraindo, assim, a disponibilidade dos Estados e incluindo a atribuição de direitos aos indivíduos, que podem fazê-los valer perante jurisdições internacionais em face dos Estados a que pertencem.

Essas forças demolidoras da soberania explicam hoje, talvez mediante novas razões, o réquiem do *ius publicum*, como construção conceitual do Estado moderno e de seus atributos soberanos, pronunciada por essas palavras coligidas por Zagrebelsky:

“Os europeus têm vivido até há pouco tempo em uma época cujos conceitos vinham totalmente referidos ao Estado e pressupunham o Estado como modelo da unidade política. A época da estatalidade já está chegando ao seu fim; não vale a pena desperdiçar mais palavras nisto. Com ela desaparece toda a superestrutura de conceitos relativos ao Estado, levantada por uma ciência do direito estatal e internacional eurocêntrica em curso de um trabalho conceitual que tem durado quatro séculos. O Estado como modelo de unidade política, o Estado como titular do mais extraordinário de todos os monopólios, o monopólio da decisão política, esta brilhante criação do formalismo europeu e do racionalismo ocidental, está a ponto de ser demolido”.⁹⁰

Trata-se agora de considerar se este ocaso traz consigo o retorno à situação política pré-moderna de insegurança e de sobreposição pela força, à qual se havia tentado remediar mediante a construção do Estado soberano, ou se por detrás dessa morte se esconde, em realidade, o nascimento, ou a premissa do nascimento, de um novo direito independente do contexto unívoco representado pela soberania estatal.

A resposta está contida, precisamente, no que se chama de “Estado constitucional” e na transformação da soberania que este comporta.

2.4 A soberania da Constituição

Considerada, em seu conjunto, a doutrina produzida nas últimas décadas sobre a soberania, nota-se que os termos e os conceitos empregados são basicamente os mesmos de tempos passados, que foram herdados pela tradição. Já não se produzem novos significados unívocos e estáveis. Ao erodir progressivamente a organização política baseada na soberania,

⁹⁰ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 12.

tanto quanto na ordem dela derivada, os resultados passaram a variar em função das constelações que foram se formando entre os elementos que compõem o direito público.

O traço mais notório do direito público atual não é a substituição radical das categorias tradicionais, mas a perda da posição central do Estado e de sua soberania.

Isso constitui realmente uma importante novidade, porque comporta uma consequência capital: ao faltar um ponto unificador tomado como axioma, a ciência do direito público pode formular, propor e aperfeiçoar suas próprias categorias. Porém, elas não podem mais encerrar e refletir em si um significado concreto, definível *a priori*, como sucedia quando a orientação vinha dada a partir da soberania do Estado. Hoje o significado dessas categorias tem de ser construído.

Este é o traço característico da situação atual que se reflete nos ramos considerados tradicionalmente como de direito público.

O direito constitucional, por exemplo, para poder servir como critério de ação ou de juízo para a *práxis*, tem de encontrar uma combinação que já não deriva automaticamente de um “centro” de ordenação⁹¹, no caso, o Estado.

Dáí decorre que se pode dizer que o direito constitucional passou a ser um conjunto de “materiais de construção”.

O edifício concreto, entretanto, não é obra da Constituição enquanto tal, mas o resultado de uma política constitucional que verse sobre as possíveis combinações desses materiais⁹².

As sociedades pluralistas atuais, isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de certo grau de relativismo, vale dizer, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, porém sem que nenhum tenha força suficiente para se fazer exclusivo ou dominante, e, portanto, sem poderem individualmente estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado, atribuem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, mas sim a de realizar as condições de possibilidade dessa vida.

⁹¹ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 13.

⁹²ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 13.

Tomando-se a Constituição como plataforma de partida, que representa a garantia de legitimidade para cada um dos setores sociais, pode-se, então, começar a competição que definirá que irá imprimir ao Estado certa orientação, no âmbito das possibilidades colocadas à disposição pelo compromisso constitucional.

Essa é a natureza das Constituições democráticas na época do pluralismo. Nessas circunstâncias, pode-se considerar possível, inclusive, substituir, em sua função ordenadora, a soberania do Estado (e o que de exclusivo, simplificador e orientador tem em si) pela soberania da Constituição.

No plano das relações internacionais entre Estados, tem-se recorrido a um caminho paralelo, haja vista a introdução da expressão “Constituição internacional”, como sinal de uma progressiva legalização imposta entre Estados e, conseqüentemente, de um recuo da máxima efetividade das soberanias, quando do choque umas com as outras.

Poderia se considerar essa substituição um puro artifício vazio, uma mera compensação verbal do que tem sido perdido pelos Estados em relação à sua soberania. Esse é o ponto de vista de quem concebe a soberania como uma força real e histórica capaz de se impor incondicionalmente. Nesse quadro, tendo em consideração os Estados pluralistas atuais, antes que se fale em soberania da Constituição, seria mais adequado falar em “Constituição sem soberano”.

A “soberania da Constituição”, contudo, pode ser uma importante novidade, sempre que não se espere que o resultado tenha de ser o mesmo de outro tempo, i. e., a criação de um novo centro de emanção de força concreta que assegure a unidade política estatal.

Uma Constituição democrática, ao adotar expressamente o pluralismo, é simplesmente o lançamento de uma proposta de novos critérios para a identificação de soluções e de coexistências possíveis. Significa dizer, um “compromisso de possibilidades” e não um projeto rigidamente ordenador que possa se assumir como um *a priori* da política, com força própria, de cima para baixo.

Só assim é possível se falar em Constituições “abertas”, Constituições que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a disputa para se assumir a direção política, ambas condições necessárias para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática. Prevalecerá a política constitucional que derivar das maiores adesões do pluralismo, e não a Constituição, que conduzirá aos resultados constitucionais concretos.

Para se dar conta desta transformação, já não se pode pensar na Constituição como o centro de tudo, da qual tudo deriva por irradiação, como decorrência da soberania do Estado, mas sim como centro para o qual tudo deve convergir. Significa dizer, a Constituição é mais como o centro a se alcançar do que o centro do qual se partir.

A “política constitucional” mediante a qual se persegue esse centro não é um simples cumprimento da Constituição, mas a realização dela própria em um dos vários equilíbrios nos quais ela pode se fazer verdadeiramente efetiva⁹³.

Na Europa continental, é essa visão “aberta” de Constituição que tem sido afirmada e à qual se pode atribuir o mérito de haver permitido aos Estados abrirem-se – de acordo com as diferentes vias seguidas por cada um deles e frequentemente por cada jurisdição constitucional nacional – à organização de uma autoridade de uma união europeia cuja existência mesma contradiz o caráter absoluto do dogma da soberania estatal.

2.5 O pluralismo e os processos de decisão

O pluralismo, como decorrência do sistema democrático, é uma realidade material que se impõe a partir de uma sociedade de classes heterogêneas, de diversificados grupos sociais e econômicos e de multífaces culturais e ideológicas, notadamente em um país de dimensão continental, em que nenhum grupo, por mais dominante que seja, consegue se sobrepor aos demais. Ao pluralismo, contudo, também é assinalada uma dimensão, um componente normativo.

De outro lado, a acentuação em qualquer sociedade de um pluralismo de expressão, que não seja tão-somente político, a par da própria capacidade de mobilização e de organização, são considerados elementos característicos de um Estado democrático de direito, que deve assegurar às forças sociais e aos grupos políticos a capacidade de transformação qualitativa das relações humanas.

O pluralismo é ainda mais importante por sua força dialética e, ao mesmo tempo, ideológico dos meios de comunicação do Estado.

Diante da dimensão normativa, compreende-se que o pluralismo – sobretudo o pluralismo de manifestação e de organização política – seja não apenas uma dimensão do

⁹³FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Título original: *Appunti di storia delle costituzioni moderne*. Editorial Trotta. Tradução para o espanhol: Manuel Martínez Neira, p. 133-134.

princípio democrático, mas também um elemento essencial da ordem constitucional, sem o qual não há falar em democracia.

A noção de pluralismo, não apenas político, associa-se ao próprio conceito de Estado democrático de direito, que excede em muito a simples forma de organização política em que o povo escolhe representantes em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto.

Essa vertente pluralista impõe ao Estado democrático de direito por derivação, inferência ou implicação⁹⁴, no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, o dever de assegurar ao cidadão o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também os direitos culturais, sociais e econômicos, além de outros decorrentes do sistema, sem os quais o princípio não se torna efetivo.

Ao ser expresso no art. 1º da Constituição brasileira como um fundamento, o princípio do pluralismo político vai além de sua adjetivação, pois não se resume ao respeito às preferências políticas ou ideológicas, constituindo-se em direito fundamental à diferença em todos os sentidos da convivência humana, não só política, mas também religiosa, cultural, econômica e social, entre tantas outras.

Ao mesmo tempo em que o Estado democrático de direito surge como um super conceito⁹⁵, do qual emergem outros conceitos como o da separação de Poderes, o da isonomia, o da legalidade, o do pluralismo político e até o da dignidade da pessoa humana, que alguns juristas entendem se tratar de uma categoria ontológica supraconstitucional, de valor superlativo, que não pode ser sopesada com outros valores ou bens constitucionais, não lhe sendo aplicável o critério da proporcionalidade⁹⁶, esse super conceito não subsiste sem os conceitos que dele derivam, destacadamente o princípio do pluralismo político.

Partindo de um direito à tolerância daquilo que se desaprova mas que não se pode impedir, o pluralismo evolui para um direito à compreensão das diferentes convicções e das posturas até divergentes das nossas. Na sequência, evolui depois para o reconhecimento do direito ao erro, ou seja, o direito de todo o indivíduo de acreditar no que bem entender e de levar a vida como bem lhe convier, desde que suas escolhas não causem prejuízo a outrem, nem impeçam o exercício de igual direito pelos demais cidadãos.

⁹⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed., revista. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 60-66.

⁹⁵MENDES, Gilmar; Coelho, Inocêncio Mártires e Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213.

⁹⁶REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 70-74.

Esses direitos que são assegurados ao cidadão, tanto em sua dimensão individual como social, guardam interdependência com a soberania que é marca intrínseca do Estado, como característica central da modernidade política⁹⁷.

Pluralismo, em sentido amplo, portanto, é o reconhecimento da diversidade.

Esse respeito à diferença e às minorias, sejam elas excluídas ou *não* do processo político, acaba abarcando um conteúdo limitador da vontade da maioria. Por isso é que se diz que as Constituições contemporâneas nascem como um paradoxo, pois, do mesmo modo que surgem como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das majorias.

A Constituição, mais do que simplesmente fixar um conjunto de direitos substantivos, deve assegurar que a maioria não trate outros grupos de modo sistematicamente pior do que trata a si mesma.

Para tanto, os *processos de decisão* devem estar estruturados para assegurar, primeiramente, que os interesses de todos estejam representados efetiva ou virtualmente no momento da decisão substantiva; e, em segundo lugar, que os processos de aplicação das leis aos casos concretos não sejam manipulados, de modo a reintroduzir na prática uma discriminação que na teoria não é permitida⁹⁸.

Nesse passo, o controle judicial de constitucionalidade, assim como a jurisdição eleitoral, exerce, antes de tudo, o papel de *eliminar as obstruções* ao processo de decisão por parte dos diversos grupos sociais, desde que obedecidas as regras democráticas, já que a criação de obstáculos ao exercício do direito de voto ou a desconsideração da vontade popular parecem ser as mais significativas das obstruções.

Em seguida, a tarefa judicial será a de verificar se a meta substancial visada pela lei é válida ou não proibida, o que é feito aferindo se há hostilidade generalizada e injustificada contra determinado grupo social colocado em desvantagem. Vale dizer, há de se garantir as regras do jogo democrático dentro de um foro de princípios.

⁹⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 89.

⁹⁸ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos; revisão técnica: Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF), p. 134.

Esse trabalho de desobstrução dos canais de mudança política é adstrito e limitado. Não cabe ao juiz, ainda que apelando à moralidade da legislação, pretender usurpar a função inerente à atividade legislativa, que é justamente a de definir as opções substantivas da lei.

Uma teoria do controle de constitucionalidade deve, antes de tudo, salientar a importância da representação popular e, encontrando-se sob a égide de dispositivos constitucionais de interpretação aberta, limitar-se a tratar das questões referentes aos processos de participação e não daquelas relativas aos méritos substantivos das decisões políticas⁹⁹.

Como afirma Cristina Queiroz, a justiça constitucional vem estabelecer os limites entre o princípio maioritário (democracia) e os direitos fundamentais (constitucionalismo). Trata-se de um “modelo de delimitação do poder pelo juiz”. É este que traça a linha de separação entre o jurídico e o não jurídico, entre o direito e a política.¹⁰⁰

Sob as condições modernas de um mundo de vida plural e de uma sociedade descentralizada, em que competem com a mesma dignidade vários projetos do que seja o florescimento humano, a realização de direitos via justiça constitucional se choca com o pluralismo político de identidades individuais e coletivas, própria da modernidade e da tradição do constitucionalismo, colocando em risco a própria democracia entre nós.

Nesse quadro, o pluralismo político somente será eficazmente alcançado pela adoção de um conjunto bastante amplo de acessos procedimentais e por um sistema que garanta que o processo de decisão estará igualmente aberto a todos e, principalmente, que o Estado cumprirá o dever de levar em consideração os interesses de todos os que serão afetados por suas decisões.

A própria Constituição, ao adotar a forma republicana de governo fundada no pluralismo político assegura o respeito às minorias, o que significa que os processos de aplicação das leis aos casos individuais não podem ser manipulados, ainda que contem com a vontade circunstancial de quem tenha mais votos.

Com isso se impede a aniquilação das minorias e a supressão de direitos que pode decorrer do exercício ilimitado do poder pelas maiorias, posto que “os homens pensam em

⁹⁹ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos; revisão técnica: Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF), p. 243.

¹⁰⁰QUEIROZ, Cristina. *A interpretação constitucional e o poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 3.

bandos e se verá que eles enlouquecem em bandos, ao passo que só recobram a lucidez lentamente e um a um”¹⁰¹.

O encontro de caminhos contraditórios entre si pelo qual se molda o paradoxo do constitucionalismo e a heterogeneidade do direito no Estado constitucional, decorrente do reconhecimento das diversas forças em luta, provocam consequências sobre o ordenamento jurídico: à pulverização da lei se soma a heterogeneidade de seus conteúdos.

O pluralismo das forças políticas e sociais em luta, admitidas todas à competição para que possam afirmar suas pretensões nas estruturas do Estado democrático e pluralista, conduz à heterogeneidade dos valores e dos interesses expressados nas leis.

A lei já não é a expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente, senão que é manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social; não é o final, senão a continuação de um conflito; não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis.

É, ao contrário, um ato personalizado, no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis, perseguindo interesses particulares.

A lei já não é garantia absoluta e última de estabilidade, mas ela própria se converte em instrumento e causa de instabilidade.

A par disso, as consequências da coalização eventual de interesses que ela expressa se multiplicam em razão do número progressivamente crescente de intervenções legislativas requeridas pelos novos direitos materiais que decorrem das normas constitucionais.

Os amplos mecanismos de acesso ao Estado, permitem a numerosas e heterogêneas forças reclamar proteção e exigem continuamente novas regras e intervenções jurídicas, que cada vez estendem mais a presença da lei a setores anteriormente deixados à regulação autônoma das relações sociais e econômicas ou deixados à livre iniciativa individual.

O perfil contratual da lei enseja que a maioria legislativa dos Parlamentos seja constantemente substituída por cambiantes coalizações de interesses que agem com base na prática conhecida como *do ut des*¹⁰².

¹⁰¹ MACKAY, Charles. *Ilusões populares e a loucura das massas*. Tradução FidelityTranslations. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

¹⁰² “Dou para que (me) dê”.

A consequência disso é o caráter cada vez mais compromissório do produto legislativo, na medida em que a negociação se estende a forças numerosas e com interesses heterogêneos. As leis pactuadas, para poder conseguir o acordo político e social a que aspiram, são contraditórias, caóticas, obscuras e, sobretudo, expressam a ideia de que – para conseguir o acordo – tudo é suscetível de transação entre as partes, inclusive os mais altos valores, os direitos mais intangíveis.

Na procura de um antídoto, de uma fórmula que engendrasses mecanismos contramajoritários, é que se consubstanciou a noção de jurisdição constitucional.

Além do pluralismo político-social que se manifesta na lei do Parlamento, os ordenamentos atuais também são o resultado de múltiplas fontes que, por sua vez, expressam uma pluralidade de ordenamentos “menores” que vivem à sombra do Estado e que nem sempre aceitam pacificamente uma posição de segundo plano. A este respeito, se tem falado de “instâncias particulares” ou “governos privados”, que constituem ordenamentos jurídicos setoriais ou territoriais.

Desse modo, a estatalidade do direito que era uma premissa essencial do positivismo jurídico do século passado é posta em questão e a lei se retrai com frequência para deixar setores inteiros sob uma regulação particular, tal como ocorre com sindicatos de trabalhadores, associações de empresários e órgãos e conselhos de regulação profissionais.

Essas novas fontes de direito, desconhecidas do monismo parlamentar do século XIX e XX expressam autonomias que não podem inserir-se em um único e centralizado processo normativo. A concorrência de fontes, que tem substituído o monopólio legislativo constitui, assim, outro motivo de dificuldade para a vida do direito como ordenamento.

Pelo que se acaba de descrever, hoje se deve descartar completamente a ideia de que as leis e as outras fontes, consideradas em seu conjunto, constituam de *per se* um ordenamento, como sucedia no século passado. A crise da ideia de código é a manifestação mais clara dessa mudança. Nessas condições, a exigência de uma recondução à unidade deve ter em conta a crise do princípio de legalidade, determinada pela acentuada perda de sentido, pulverização e incoerência da lei e das outras fontes do direito.

Não se pode pensar, entretanto, que a inesgotável forja que produz uma superabundância de leis e de outras normas seja uma perversão transitória da concepção do direito, pois responde a uma situação estrutural das sociedades atuais pluralistas.

O direito tem-se mecanizado e se tecnificado¹⁰³. As Constituições contemporâneas tentam remediar esses efeitos destrutivos do ordenamento jurídico mediante a previsão de um direito mais alto, dotado de força obrigatória inclusive para o legislador. O objetivo é condicionar e, portanto, conter, bem como orientar o desenvolvimento da produção do direito, gerados pela heterogeneidade e pela eventualidade das pressões sociais que se exercem sobre esse mesmo direito. A premissa para que esta operação possa ter êxito é o restabelecimento de uma noção de direito mais profunda que aquela a que o positivismo o reduziu.

O pluralismo não degenera em anarquia normativa sempre que, apesar da diferença de estratégias particulares dos grupos sociais, haja uma convergência geral sobre alguns aspectos estruturais da convivência política e social que possam, assim, estar fora de toda discussão e ser consagrados em um texto indisponível para os ocasionais senhores da lei e das fontes concorrentes com ela.

A lei, em que em determinado tempo era a medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, cede o passo à Constituição, que se converte, ela mesma, em objeto de medição. A lei é destronada em favor de uma instância mais alta que assume agora a importantíssima função de manter unidas e em paz sociedades inteiras divididas internamente e que, a rigor, não deixam de ser concorrentes. Uma função inexistente em outro tempo, quando a sociedade política estava e se pressupunha ser em si mesma unida e pacífica. No novo cenário, o princípio da constitucionalidade é o que deve assegurar a consecução deste objetivo de unidade.

Pluralismo está intrinsecamente associado à ideia de constitucionalismo e de Constituição, como, de fato, encontra-se expresso no art. 1º da Carta Política brasileira, que, no *caput* e em seu parágrafo único, aglutina as ideias confrontantes de constitucionalismo, como concepção histórica limitadora do poder e de respeito aos direitos individuais, e a de democracia e seu conteúdo de respeito à vontade da maioria e da soberania popular.

Só assim se alcançam Constituições “abertas” e pluralistas, onde não se tem apenas uma resposta correta, pronta, acabada e rigidamente ordenada, mas uma via de soluções e de coexistências, incluindo o compromisso de que diversas possibilidades serão admitidas para o desenvolvimento da espontaneidade da vida social, além da própria competição para se

¹⁰³Carl Schmitt *apud* ZAGREBELSKY, Gustavo *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino – IT: Editorial Trotta, 2001, página 39.

alcançar a direção política, condições essenciais para a sobrevivência de uma sociedade democrática.

Laurence Tribe enfrentou o dilema fundamental representado pela discórdia entre a política majoritária e os anteparos previstos no texto constitucional, questionando por que uma nação que fundamenta sua legalidade no consentimento dos governados, decidiria constituir sua vida política mediante um compromisso em que o pacto original é estruturado deliberadamente para dificultar mudanças¹⁰⁴? E prossegue:

Como se pode conciliar o consentimento dos governados com a garantia de um consentimento ulterior mediante uma convenção constitucional? Por que um marco constitucional, ratificado há dois séculos, deve exercer tão grande poder sobre nossas vidas atuais? Por que somente alguns de nossos concidadãos possuem a faculdade de impedir que se façam emendas à Constituição? A revisão judicial, quando está baseada em uma lealdade supersticiosa em relação à intenção de seus criadores, é compatível com a soberania popular¹⁰⁵?

Se a democracia fosse compreendida como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários¹⁰⁶.

A tensão irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno¹⁰⁷. Entretanto, caso exista alguma contraposição, ela ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e a democracia majoritária, que foi abordada por diversos autores, como Dworkin, para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se com limites ou freios às maiorias eventuais¹⁰⁸.

A república brasileira declaradamente se constitui em Estado democrático de direito¹⁰⁹ e tem como um de seus fundamentos o pluralismo político¹¹⁰, traduzido no reconhecimento das diversas orientações ou agrupamentos políticos, que, para poderem atuar no processo

¹⁰⁴TRIBE, L. H. *American constitutional law*. New York: The Foundation Press, 1978, p. 9.

¹⁰⁵TRIBE, L. H. *American constitutional law*. New York: The Foundation Press, 1978, p. 9.

¹⁰⁶STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

¹⁰⁷STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

¹⁰⁸DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 80 e ss.

¹⁰⁹Constituição Federal, art. 1º, *caput*.

¹¹⁰Constituição Federal, art. 1º, inciso V.

político-eleitoral devem necessariamente estar organizados, na forma da lei, em partidos políticos, sendo-lhes objetivo comum a ascensão ao poder como forma de viabilizarem determinado programa político-ideológico.

Como afirma Michel Rosenfeld, “o confronto entre a identidade constitucional e outras identidades relevantes, tais como a nacional, as étnicas, religiosas ou culturais” [e se poderia dizer ainda, a política] “torna-se inevitável pela tensão entre o pluralismo inerente ao constitucionalismo contemporâneo e a tradição¹¹¹.” E acrescenta:

O constitucionalismo não faz muito sentido na ausência de qualquer pluralismo. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem concepção de que o indivíduo tem algum direito legítimo ou interesse distinto daqueles da comunidade com um todo, o constitucionalismo [...] seria supérfluo.¹¹²

A Constituição pluralista apresenta a estrutura de um pacto em que cada uma das partes introduz no texto aqueles princípios que correspondam a seus ideais de justiça. Desse modo, tais princípios são resgatados do campo prejurídico e enxertados como tais no direito. Esta operação é tão relevante para as concepções jurídicas que constitui, inclusive, a condição de êxito da própria obra constituinte, como obra de todos e não como imposição unilateral de uma parte sobre outra, fato que representou a superação das sociedades políticas e sociais hegemônicas no século XIX.

Ao contrário dos cenários constituintes do passado, que não tiveram que lidar com o dito “compromisso de classes” em sua concepção, essa ampliação dos compromissos consensuais da Constituição se torna, assim, um sinal de sua força e não de uma debilidade.

A coexistência de valores e de princípios, sobre os quais hoje deve se basear necessariamente uma Constituição para não renunciar a seus compromissos de unidade e integração e ao mesmo tempo não se fazer incompatível com sua base material pluralista, exige que cada um desses valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os quais devem conviver.

Somente assume caráter absoluto o metavalor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (no aspecto substancial) e a lealdade em seu enfrentamento (no

¹¹¹ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21.

¹¹²ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21, nota de rodapé 13.

referente ao aspecto procedimental). Estas são, afinal, as supremas exigências constitucionais de todas as sociedades pluralistas que queiram ser e preservar-se como tal.

Diante disso, para o legislador, o conteúdo da lei não está limitado pelos princípios imanentes da Constituição, como se eles fossem unívocos. Se assim fosse, a vida política se veria petrificada. A lei, como obra de uma assembleia de representantes do povo, expressa, ao contrário, as combinações possíveis entre os princípios constitucionais, que se limitam a estabelecer os pontos de consenso, irrenunciáveis em qualquer combinação, em um processo de conflito de opostos e de opiniões que resulta na vontade média e, portanto, correta do Estado¹¹³.

A lei mantém, assim, seu caráter de ato criador do direito, que não se degrada a mera execução da Constituição¹¹⁴. Configura como direito particular e contingente, vale dizer, como direito que reflete o ponto de vista dos sujeitos políticos que, ocasional e temporalmente, logram prevalecer no processo legislativo em virtude do princípio da maioria.

2.6 Os procedimentos estatais

No Estado liberal de direito, não se sentia a agudez dos problemas interpretativos, já que a interpretação podia ser reduzida à busca do significado das normas desejadas pelo legislador.

A norma derivava não de uma melhor e mais clara doutrina de interpretação, senão simplesmente de um contexto político e cultural homogêneo e de situações sociais muito mais estáveis que as atuais.

Tendo em vista a uniformidade dos contextos de sentido e de valor em que operavam tanto o legislador como o intérprete, a pressão dos “casos críticos” sobre o direito, senão inexistente, era ao menos tão pouco evidente que podia ser desprezada ou, em todo caso, não criava problemas de princípio. O direito podia permitir-se ser essencialmente um direito “por regras”, pois que já se encontrava resolvido o problema dos valores fundamentais. As concepções interpretativas que o positivismo jurídico havia elaborado de acordo com as características próprias daquele direito podiam, portanto, sem nenhum esforço, ser desconsideradas.

¹¹³SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 34.

¹¹⁴ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 97.

A razão da temida “explosão” subjetivista da interpretação se encontra, uma vez mais, no caráter pluralista da sociedade atual e dessa sociedade à parte que é a comunidade de juristas e operadores jurídicos. Estes assumem “pontos de vista” distintos que não podem deixar de se refletir no exercício de suas atribuições e esta diversidade se acentua pelo ineditismo dos problemas que surgem com a evolução da ciência, da técnica e da economia¹¹⁵.

É duvidoso que tanto a certeza como a firmeza do ordenamento jurídico possam ser hoje um objetivo realista. Também é duvidoso que seja desejável. Essa certeza descarregaria sobre o legislador uma tarefa insuportável de incessante modificação do direito vigente, uma tarefa que se desenvolve no trabalho das salas dos fóruns e nos escritórios dos juristas.

Além de estabelecer o pluralismo como fundamento, a própria Constituição também executa o mister ainda mais preponderante em sua concretização ao preconizar os *processos* governamentais que servirão para atingir, na prática, esse pluralismo.

Tal qual o direito à *justiça* e à *felicidade*, que constam da Declaração de Independência norte-americana¹¹⁶, a garantia do *pluralismo* político não se encontra na mera definição desse conceito, principalmente se esse conceito tiver uma “pretensão de eternidade”¹¹⁷.

É na fixação dos *procedimentos estatais* que o conceito de pluralismo se cristaliza e se concretiza no decorrer do tempo¹¹⁸.

Como anotou Lon Fuller, “temos de resistir à tentação de entulhar o documento com emendas relacionadas a questões substantivas (...)” [Tais tentativas] “trazem em si a insensatez óbvia de tentar resolver hoje os problemas de amanhã. Mas o perigo mais insidioso está no efeito debilitante que elas exercem sobre a própria força moral da Constituição”¹¹⁹.

¹¹⁵ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 146.

¹¹⁶ “Consideramos estas verdades como evidentes por si: que todos os homens foram criados iguais e foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que entre estes estão o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade; que, a fim de assegurar esses direitos, são instituídos governos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados (...)”.

¹¹⁷ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos; revisão técnica: Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF), p. 118.

¹¹⁸ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos; revisão técnica: Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF), p. 118.

¹¹⁹ FULLER, Lon Luvois. *American legal philosophy at mid-century*. 6 J. Leg. Educ., 1954, p. 457/ 463-4.

Com base em Habermas¹²⁰ pode-se dizer que os direitos políticos têm que garantir a participação mais ampla possível em todos os processos de deliberação e de decisão para a formação da legislação, propiciando que a liberdade comunicativa (que diz respeito à discussão das pretensões de validade jurídica) possa vir à tona, proporcionando juridicamente o exercício político de igual modo para todos os partícipes.

É claro que a questão que sempre esteve posta é a de como se alcançar metas substantivas, insculpidas na Constituição, em um mundo que se encontra não apenas em evolução, mas em uma evolução progressivamente geométrica, tanto nas ciências como nos vários campos social, econômico e político, especialmente em sociedades que ainda não alcançaram o mesmo estágio daquelas mais desenvolvidas, isto é, em países onde ainda não são garantidos direitos básicos dos cidadãos ou da sociedade, o que acaba por se refletir e por determinar a própria definição dos conceitos jurídicos, moldando e modificando esses conceitos incessantemente e impondo a superação de etapas históricas que aparentemente tornam obsoleta a letra fria do texto constitucional.

Tome-se, como exemplo, o fato de que até fevereiro de 1932 não se admitia o alistamento eleitoral das mulheres, a despeito de a Constituição de 1891 proclamar o sistema representativo e a forma republicana de governo. No atual estágio histórico, tal fato é incompatível com o regime democrático e com o processo eleitoral-representativo.

As respostas estão no amplo leque de *proteções procedimentais* voltado a assegurar que, ao se fazerem escolhas *substantivas*, com base na Constituição, o *processo de decisão* esteja aberto a todos, em condições de relativa igualdade, e que os responsáveis por essas decisões levarão em consideração os interesses de todos os afetados pelo resultado de tais deliberações¹²¹.

A possibilidade de emancipação humana dos grilhões conjunturais que aprisionam o sujeito histórico habermasiano se viabiliza pela capacidade racional de interlocução caracterizadora do homem moderno, operada a partir de procedimentos e instâncias democrático-igualitárias compromissadas com o entendimento persuasivo dos melhores argumentos¹²².

¹²⁰HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012

¹²¹ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos; revisão técnica: Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF), p. 134.

¹²²LEAL, Rogério Gesta. *Ativismo judicial e déficits democráticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Além do mais, a história da humanidade não se desenvolve por fases estanques e incomunicáveis. Não se passa de um estágio de progresso para outro de forma abrupta ou automática. Não há como se parar o relógio da história para se aguardar que uma sociedade alcance determinado estágio antes de se formular as bases que a levarão à emancipação dos sujeitos sociais, ainda que no princípio isso se mostre extremamente precário.

Não é sem razão o fato de as Constituições mais duradouras serem as de menor conteúdo ideológico e as que disponham de maiores acessos à participação no processo de decisão.

Como adverte o *Justice* Hans Linde, da Suprema Corte do Estado do Oregon – EUA:

Como carta constitutiva do Estado, a Constituição não deve prescrever resultados legítimos, mas sim processos legítimos – isso para que, como a nossa (ao contrário de documentos mais ideológicos, em outros países), ela possa servir a várias gerações em diferentes eras.¹²³

O próprio Canotilho, articulador da tese do dirigismo constitucional, tem levantado questões sobre a tese, chegando a afirmar que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias¹²⁴.

A expectativa em torno de um texto constitucional parece ser excessiva quando se fala em força normativa, pressupondo-se que a Constituição dirigente será capaz de sozinha e por si só provocar as mudanças sociais e políticas que de outro modo seriam necessariamente não atendidas ou ignoradas.

Não passa despercebido que as teses substancialistas, a par de alavancarem o texto constitucional a patamares superestimados, no que diz respeito às suas possibilidades, o que vem sendo justificado diante do atraso político-social de uma determinada sociedade ou do contexto periférico em que se vive em relação aos demais países do mundo, ainda terá de contar com a assistência da justiça constitucional, que necessariamente entenderá o direito a

¹²³LINDE, Hans. "Due Process of Lawmaking," 55 Nebraska Law Review 197 (1976) (Oliver Wendell Holmes, Jr., Devise Lectures for 1975) *apud* ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 134.

¹²⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed., Coimbra Editora: 2001, prefácio, pág. XXIX.

partir do viés transformador prescrito pelo Estado Democrático de Direito, mediante mudanças qualitativas e quantitativas que podem ser produzidas na sociedade¹²⁵.

Mas, em países de “modernidade tardia”, quem atribuiu ao Judiciário o poder de ser o agente transformador ou garantidor do avanço político e econômico em nome do povo?

Todos esses argumentos partem de uma desconfiança antecipada, preconceituosa e presunçosa em relação ao legislador, que juridicamente não encontra justificativa, como se as escolhas do juiz fossem, por algum motivo, originariamente melhores e dotadas de mais ponderadas razões. A ênfase, assim, continua centrada nos equívocos do legislador e nos supostos acertos dos tribunais, o que compromete a isenção das teses substancialistas.

Ante a acusação de que no procedimentalismo não há modo de se corrigir escolhas, tanto no que se refere aos fins como aos meios, flagrantemente equivocadas feitas pelo legislador ou mesmo pelo Poder Executivo, é bom que se diga que as escolhas do juiz também não são intrinsecamente melhores nem indenes de equívocos, nem mesmo quando não respeitam os limites orçamentários.

No atual quadro institucional, é certo que o Tribunal Constitucional de qualquer país faz política, ainda que em graus diferentes. Entretanto, intervenções concretizadoras de princípios devem ser vistas com ressalvas, mesmo porque o controle político final dos rumos do governo pertence aos eleitores e envolve necessariamente a análise da tensão entre constitucionalismo, incluída aí a jurisdição constitucional, e a democracia.

Claro que o Tribunal Constitucional pode participar de diálogos institucionais e suas decisões devem ter peso político e influenciar o rumo em que se desenvolve o debate político, evitando a aniquilação das minorias pelas maiorias parlamentares, exigindo do legislador razões complementares justificadoras de determinada pretensão legislativa. Contudo, esse tipo de atividade se exerce com parcimônia e principalmente mediante a fixação de limites, pois do contrário pode inibir ou inviabilizar a atividade do representante do povo democraticamente eleito.

Segundo Peña Freira, pode não ser razoável que o órgão de controle de constitucionalidade tenha a última palavra sobre o alcance e os limites de nossos direitos, porém, desde logo, o que me parece conveniente é que tenha a palavra¹²⁶.

¹²⁵STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 171.

Mesmo admitindo essa possibilidade de diálogo institucional, contudo, o intérprete da Constituição não pode atribuir sentidos de forma arbitrária ao texto, como se texto e norma (como resultado da interpretação) estivessem separados ou tivessem existência autônoma. O texto limita o alcance do raciocínio e não admite decisões em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo¹²⁷.

O constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é incompatível com quaisquer posturas discricionário-decisionistas. Não tem sentido delegar para o intérprete-juiz a resolução de casos difíceis. Essa delegação positivista é, antes de tudo, ilegítima¹²⁸.

A pretexto de construir novos horizontes críticos, juristas de diversos matizes teóricos acabam reforçando a discricionariedade hermenêutica, colocando na “inventividade” do sujeito cognoscente o *locus* do processo interpretativo. Isso dá azo a que se decida em qualquer direção, uma vez que sob o pretexto de se construir discursos críticos, as posturas assentadas em subjetivismos desprezam os próprios textos legais e constitucionais produzidos democraticamente¹²⁹.

Para Habermas, a jurisdição constitucional se insere na lógica da divisão dos poderes; todavia, se e somente se tal divisão efetivamente garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo, legitimando-se por procedimentos e processos pelos quais a soberania popular resta homenageada como artífice da sua própria história. E continua: a lei democrática passa então a ser caracterizada através da ‘combinação da arbitrariedade de decisões judiciais com a não-arbitrariedade de seus pressupostos procedimentais’. O que garante a justiça da lei é a gênese democrática e não os princípios jurídicos *a priori*, aos quais o direito deveria corresponder. ‘A justiça da lei é garantida através do processo especial do surgimento’. Com isso não se ameaça a primazia da constituição perante a legislação; pois uma constituição, que configura e interpreta o sistema dos direitos, não contém “nada mais do que os princípios e condições do processo legislativo que não pode ser interrompido”¹³⁰.

¹²⁶FREIRE, Antonio Manuel Peña. Constitucionalismo garantista y democracia. *Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, 2003, p. 63.

¹²⁷ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situações e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, 2004, p. 176.

¹²⁸STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 192.

¹²⁹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 192.

¹³⁰HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 233-235.

Portanto, a Constituição garante abertura para que a justiça social venha a ser construída ao longo do tempo, o que explica a ênfase em uma democracia procedimental, a despeito de a hermenêutica atual entender que a aplicação da Constituição representa a concretização do conteúdo substancial e dirigente do texto: a hermenêutica não prescinde do procedimento, mas aposta na realização dos direitos substantivos, de caráter cogente, decorrendo daí uma maior proeminência da jurisdição constitucional¹³¹.

De todo modo, é importante demonstrar que ocorreu uma superação das concepções positivistas a partir da reinserção da moral no direito. Assim, embora normas e princípios não se confundam, também não subsistem de forma autônoma, como se fosse possível isolar o direito no interior da regra.

O estabelecimento de *standards* conceituais aptos à prática de raciocínios subsuntivo-dedutivos se torna um problema, já que isso elimina as situações concretas, que passam a ser abarcadas pelos referidos conceitos. E uma vez eliminada a situação concreta, tem-se o terreno fértil para o exercício daquilo que é o cerne do positivismo: a discricionariedade interpretativa e consequente multiplicidade de respostas¹³².

Nos casos difíceis ou na zona da penumbra de Hart ou no perímetro da moldura de Kelsen, o problema no positivismo era resolvido pela prescrita e admitida discricionariedade por delegação ao juiz. O próprio ordenamento jurídico foi construído por dispositivos que autorizavam essa colmatação a partir do recurso aos princípios gerais do direito, ao costume, à equidade, à experiência do julgador etc.

A par disso, o “estatuto” da jurisdição ainda é basicamente o pensado em um tempo em que se considerava que o direito coincidia com a vontade estatal expressada na lei e era concebido por este como algo completamente independente de quaisquer exigências de equidade, é dizer, de adequação aos casos sobre os quais estava chamado a incidir.

A separação entre juízos de fato e juízos de direito e a pretensão de erradicar os primeiros da atividade dos tribunais de recurso ou de cassação, para concentrar essa atividade sobre a defesa “abstrata” da lei frente a suas interpretações errôneas, são hoje as consequências cada vez menos sustentáveis daquela concepção.

¹³¹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 230.

¹³²STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 231.

A forma atual de assegurar a autonomia e a independência dos juízes não é mais que o perfeccionismo da aspiração positivista a uma aplicação exata da lei, é dizer, não alterada por influências de nenhum gênero, levada a cabo por um corpo estatal composto de *êtres inanimés*¹³³.

Essa herança hermenêutica do decisionismo não foi ultrapassada até hoje, especialmente pelos tribunais superiores e as teorias, tanto de Kelsen como de Hart, foram reapropriadas pelas teorias argumentativas. De fato, a teoria de Alexy, que mais tem sido utilizada na tentativa de solucionar os problemas hermenêuticos não conseguiu fugir do problema engendrado pelo subjetivismo, qual seja, a discricionariedade, como reconhece o próprio Alexy em sua obra¹³⁴, o que não destoia do que importantes adeptos de sua teoria da argumentação já afirmavam, ou seja, que a ponderação estava umbilicalmente ligada à discricionariedade judicial. A esse respeito, afirma Alexy¹³⁵, baseando-se em decisão do Bundesverfassungsgericht:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário.¹³⁶

Esse é o ponto de encontro entre a teoria positivista, subjetivista, e o protagonismo judicial à teoria de Alexy.

Reside aí a diferença entre hermenêutica e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios apenas como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como aberturas interpretativas, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete, a hermenêutica parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete.

¹³³ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 149.

¹³⁴ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 612 e ss.

¹³⁵ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 611.

¹³⁶Cf. BVerfGE 96.56 (63 e ss.)

Claro que para isso a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incidíveis os atos de interpretação e aplicação, com o que se supera o método, e, segundo, não há diferença estrutural entre *hard cases* e *easy cases*¹³⁷.

Por acreditar em *hard cases* e *easy cases*, a teoria da argumentação utiliza-se do princípio da proporcionalidade como “chave” para resolver a ponderação. Na medida em que a proporcionalidade só é chamada em caso de necessidade de ponderação para os casos difíceis – uma vez que para os casos simples isso é dispensável porque basta a dedução – caberá ao intérprete “hierarquizar” e “decidir” acerca de qual deve ser o princípio aplicável.

Ora, se no fim cabe ao intérprete hierarquizar e escolher o princípio ou a regra aplicável, cabe a pergunta: qual é a diferença da ponderação para o “intérprete do positivismo”, que discricionariamente escolhe qual é a “melhor” interpretação? O positivismo ao menos é mais explícito em seus métodos.

A ponderação sempre leva a uma abstração em face do caso, circunstância que reabre para o juiz a perspectiva de argumentação sobre o “caráter fundamental ou não do direito”, já reconhecido desde o início como fundamental, e assim acaba tratando esses direitos como se fossem “valores negociáveis”, com o que se perde a força normativa da Constituição, que é substituída pelo “discurso adjudicador” da teoria da argumentação jurídica¹³⁸.

Cabe aqui a crítica de se recorrer à regra da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual:

(...) pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a ideia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘à luz do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional (...)’.¹³⁹

¹³⁷STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 235.

¹³⁸STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 239.

¹³⁹Luis Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n 798, a. 91, 2002, p. 31.

2.7 As questões políticas – os limites do controle de constitucionalidade das leis

Os limites entre o que é jurídico e o que é político foi delineado nos Estados Unidos da América nos idos de 1803, quando John Marshall usou a expressão “questão política” (*political question*) pela primeira vez, levando a Suprema Corte norte-americana a optar pela neutralidade na disputa entre facções políticas, objeto do caso *Marbury vs. Madison*.

Nos passos do até hoje estudado aresto, destacou o *Justice* John Marshall que:

Em tais casos (...) a matéria é política, porque respeita à nação, e não os direitos individuais. Mas onde a lei estatui especificamente um dever e há direitos individuais, dependentes da observância deste, igualmente manifesto é que qualquer indivíduo, que se considere agravado, tem o direito de recorrer, em procura de remédio, às leis do país. A esfera do tribunal é unicamente decidir acerca dos direitos individuais, não investigar de que modo o Executivo (ou seus funcionários) se desempenha de encargos cometidos à sua discricção.¹⁴⁰

O problema constitucional suscitado pelo sistema de controle de constitucionalidade diz respeito à natureza política da competência revogatória ou paralisante concedida a um dos Poderes da República, normalmente ao Poder Judiciário, inclusive a um único membro desse Poder, mesmo em se tratando de órgão colegiado, cuja ascendência sobre os demais não raro resulta em esgarçamento dos princípios da separação e da independência entre os Poderes da União.

O caráter político da via da ação direta já fora retratado por Rui Barbosa nos seguintes termos:

Se fosse lícito levantar a questão de constitucionalidade principal, em vez de incidentemente, tratar o exame do ato inconstitucional como meio revogatório da lei ou de decreto, que se censura, a questão, ainda que de sua índole o não fosse, viria a se tornar política, pela sua forma, pela sua direção, pelo seu alcance. Política: porque abriria combate entre os poderes da União, entregando a uma autoridade soberana de cassação sobre os atos dos outros.¹⁴¹

Apesar da repercussão do caso *Marbury vs. Madison*, deve-se, contudo, ao *Justice* Roger Taney a primeira articulação dessa doutrina, construída no sentido de que a Justiça deve deixar certas questões constitucionais para os Poderes Legislativos e Executivos, em

¹⁴⁰ MARSHALL, John. *Writings Upon the Federal Constitution*, p. 17, apud Rui Barbosa, 1962, p. 100-101.

¹⁴¹ BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos – XI*. In: *Obras seletas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ed. Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 98.

qualquer assunto que se traduza em "uma questão política a ser resolvida pelo poder político" (*a political question to be settled by the political power*).

Esse raciocínio deu origem na Suprema Corte americana à doutrina das “questões políticas” que, como outras doutrinas judiciais, decorre da interpretação formulada e auto imposta pela própria Corte e não por dispositivos da Constituição, embora se possa entender, nesse caso, que a questão política, como foi construída, emane do princípio da separação dos Poderes.

A doutrina do *political questions* é parte do conceito mais amplo de “judiciabilidade”, que impõe saber se uma causa é *adequada* ou não para ser submetida à apreciação da Corte.

As “questões adequadas”, chamadas de controvérsias “judiciáveis”, são aquelas conhecidas pelo Tribunal e servem para se distinguir das “questões políticas”, consideradas matérias “inadequadas”, não judiciáveis pelo motivo de seu conteúdo estar associado à opção legislativa, de conteúdo eminentemente político, em que se mostre predominante a decisão do legislador.

De acordo com Rui Barbosa, todos os atos legislativos passíveis de uma averiguação de constitucionalidade constituem genericamente matéria política. Rui assim já os considerava enquanto trabalhava para descobrir um fator de discriminação capaz de separar os atos estritamente políticos, a serem excluídos da tutela judicial, daqueles que não o sendo, poderiam entrar na categoria dos assuntos judiciais, compondo, aliás, a regra dos casos sujeitos à intervenção judiciária.

Entendia ele que devia existir uma linha de fronteira, se de um lado se encontram os casos que contém as competências atribuídas pela Constituição aos diferentes ramos de Poder e de outro, os casos onde se localizam os direitos individuais com as suas garantias expressas em disposições taxativas¹⁴².

Ao comentar essa decisão do *Justice Marshall*, Rui Barbosa destaca:

Nestes três lances ressaí várias vezes a noção de que os tribunais só não podem conhecer da inconstitucionalidade imputada aos atos do Poder Executivo, quando esses atos se abrangem na categoria daqueles que são confiados à sua discricção, e não interessam garantias individuais. Se entendem com essas garantias, e não se compreendem na ação constitucionalmente discricionária do poder, esses atos constituem matéria judicial. No caso contrário, são propriamente políticos. Escuso advertir que o

¹⁴²BARBOSA, Rui. Trabalhos jurídicos – XI. In: *Obras seletas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ed. Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 97.

princípio de caracterização adotável para discernir, nos atos do Poder Executivo, os reservados à esfera política dos acessíveis ao exame judicial, cabe identicamente, para os mesmos fins, aos atos do Poder Legislativo. O mesmo critério quadra indiferentemente aos de um e outro poder.¹⁴³

A dificuldade em caracterizar o que seja questão política para torná-la vedada ao exame de constitucionalidade dos juízes e tribunais é tanto maior quanto se politizaram no Estado contemporâneo os direitos individuais, com a perda consequente daqueles traços que na época do liberalismo faziam uma nítida divisa entre o indivíduo e o Estado. As regras de distinção se afrouxaram. As questões políticas, que classicamente poderiam com toda a clareza ser demarcadas numa esfera autônoma, ganharam tal latitude, que sua catalogação já não exaure a matéria, para efeito de determinação dos limites de controle de constitucionalidade.

Essa questão deixou de compor a base de referência única com que Rui procurava fixar limites ao exercício da jurisdição, passando a delimitar o terreno da justiça com a aplicação do direito legal aos casos particulares, de ordem individual ou coletiva, ao invés de obedecerem à apreciação de conveniências gerais. Segundo ele, “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 consagrado.”

A questão política, assim, não estaria isenta de apreciação judicial se ocasionasse demandas oriundas da aplicação da lei, importando em lesão a direitos individuais.

As questões políticas, consideradas de um ponto de vista técnico, para efeito de excluí-las do controle de constitucionalidade, são, entre outras, as que se alojam na faculdade discricionária, reservada aos poderes políticos, para ditar, por exemplo, as medidas da política econômica, declarar a guerra, negociar a paz, estabelecer o regime tributário, decretar a intervenção nos preços e na moeda, regular as relações internacionais, promover o desenvolvimento, em suma aquelas prerrogativas que, pela sua natureza podem compor o substrato de uma política ou de uma legislação, cujo teor controverso não será nunca objeto legítimo de apreciação judicial.

¹⁴³BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos – XI*. In: *Obras seletas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ed. Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 101.

Na Europa, onde o processo constitucional está construído sobre a dupla exigência de tomar em consideração não somente os direitos, senão também a lei, como produto do poder legislativo, não existe uma cláusula de isenção frente à jurisdição constitucional como a que, segundo a jurisprudência norte americana referente às *justiciability doctrines*, protege as *political questions*¹⁴⁴.

Isto é assim porque, na Europa, a jurisdição constitucional nasce propriamente como equilíbrio entre *iura* e *leges*, e, portanto, não caberia conceber leis que não entrassem neste equilíbrio.

Naquele continente se mantém a concepção de Estado que se manifesta através da lei, como sujeito dotado originariamente de poderes próprios, ontologicamente distintos dos direitos individuais. Não cabe dizer que a lei seja admitida só em função dos direitos individuais, porque pode estar legitimamente animada por interesses públicos, que não sejam simplesmente a tradução legislativa dos primeiros. Especialmente nas Constituições que contenham normas programáticas, a persecução desses objetivos próprios do Estado inclusive vem imposta constitucionalmente.

Por outro lado, o Estado é também a expressão de uma ordem de direito – os direitos políticos – intrinsecamente diferentes do que se orientam à persecução de interesses individuais. Esses direitos servem para regular a participação dos cidadãos na comum determinação da direção política da vida coletiva e não são simplesmente expressão de direitos de dimensão individual. Deste modo, o postulado do direito público europeu, a “política da lei”, irredutível a simples soma ou equilíbrio de interesses individuais, mantém-se e encontra uma posterior razão de ser na democracia.

Na visão europeia, as leis que pretendessem se situar à margem, em nome de uma incondicionada “razão de Estado”, não seriam nada além da sobrevivência de um absolutismo legislativo do tipo característico do Estado de direito legislativo do Século XIX.

Por isso, as questões de legitimidade constitucional das leis nunca podem ser alheias ao controle de constitucionalidade na Europa, as quais serão infundadas quando a lei respeita a Constituição ou quando ausente o contraste com o paradigma da norma constitucional de referência, isto é, nos casos de opções legislativas constitucionalmente indiferentes.

Nos Estados Unidos da América, ao contrário, onde não se reserva ao legislador nenhum tratamento específico no controle das leis, opera o princípio da separação de poderes,

¹⁴⁴TRIBE, L. H. *American constitutional law*. New York: The Foundation Press, 1978, p. 96 e ss.

admitindo-se que se impeça, incluindo aí a Suprema Corte, os Tribunais de praticar “exorbitância” políticas” nas questões *inherently non-justiciable*.

Isto não ocorreria na Europa, onde se considera que os Tribunais constitucionais se encontram à margem ou acima da separação de poderes.

Apesar das diferenças de princípio entre os distintos sistemas de controle de constitucionalidade das leis, tem havido importantes passos de aproximação. A Suprema Corte americana é agora o juiz especial das grandes questões de constitucionalidade, semelhante aos Tribunais constitucionais europeus e, de por outro lado, a introdução do controle das leis por meio de questões prejudiciais de constitucionalidade tem situado os Tribunais constitucionais europeus no circuito da justiça ordinária, com resultados aproximados em muitos casos do sistema norte-americano.

As diferenças, contudo, persistem e estão associadas à distinta relação entre lei e direitos originariamente instituída pela Constituição.

Ao reconhecimento dos direitos como patrimônio subjetivo individual, com a conseqüente importância do labor dos juízes na atualização de dito patrimônio, soma-se o reconhecimento da lei como instrumento de projetos políticos e jurídicos objetivos. As duas concepções opostas, a dos direitos (nos Estados Unidos da América) e a da lei (na França), devem ceder passo a concepções que permitam um equilíbrio entre as exigências dos direitos e as exigências da lei, ou dito de outra forma, entre o poder dos juízes e o do legislador.

Na Europa se mantém, portanto, a *summa divisio* entre o que é propriamente político e o que é propriamente individual. Por isso, podem e devem delimitar-se as duas vertentes do direito que, ao ter um fundamento claro e independente, convivem necessariamente, sem que uma deva se subordinar à outra. Duas vertentes, pode-se acrescentar ainda, que não são concebíveis nestes termos nem na França, onde prevalece o aspecto da lei (no sentido de ênfase na lei como instrumento para afirmação dos direitos), nem nos Estados Unidos, onde prevalece a dos direitos individuais (no sentido de que a lei não pode ser distinta do que dizem os direitos).

A situação que deriva disso é, pela primeira vez na época moderna, uma solução de equilíbrio: a coexistência das duas vertentes do direito igualmente essenciais, uma vertente “subjetiva”, isenta das incursões da política, e uma vertente “objetiva”, na qual as decisões políticas têm que desempenhar legitimamente seu papel.

A doutrina da “questão política”, apesar de não ser aplicada a todo assunto que desperte feroz debate público, como ocorreu no caso da legalização do aborto e nas ações afirmativas, por exemplo, traduz-se em uma relevante preocupação com o papel que o legislador exerce na definição dos rumos políticos adotados, além de significar um *self restraint* à jurisdição constitucional-eleitoral.

Diante disso, qual seria a legitimidade do Judiciário de impor suas escolhas, em uma vã tentativa de resolver todos os problemas da sociedade como um patriarca que tudo vê e decide os rumos dos demais?

Deveríamos permitir uma abordagem balanceadora que permitisse a criação de leis que enfraquecessem uma dimensão da democracia, quando essas leis fossem elaboradas para proporcionar um aprimoramento geral da democracia?

Essas questões foram formuladas por Dworkin ao tratar da liberdade de expressão¹⁴⁵. Ele próprio responde afirmando que a Constituição americana deve impingir o critério profilático de que a melhor maneira de exercer a democracia, em longo prazo, é uma lei que proíba ao governo qualquer poder de tentar aprimorá-la, de vez em quando, por meio de restrição à liberdade das pessoas de dizerem o que quiserem quando e com que frequência lhes aprover.

Tais argumentos são perfeitamente aplicáveis à intervenção no debate político e na capacidade dos cidadãos de se lançarem candidatos a cargos eletivos e especialmente em relação às inelegibilidades.

Cabe aqui menção ao *Justice* Scalia, para quem “é incompatível com a verdade absolutamente fundamental da Primeira Emenda: que não se pode confiar no governo para assegurar, por intermédio da censura, a ‘justiça’ do debate político”¹⁴⁶. Esse raciocínio se aplica mais ainda ao caso de tribunais que pretendam aprimorar o cenário político mediante decisões supostamente “justas”, mas nem por isso, menos políticas.

Além do mais, mesmo que o próprio Dworkin admita que a interpretação discriminadora da Primeira Emenda permita leis que limitem e regulamentem o discurso político, quando tais leis não impedirem que o povo tome conhecimento de informações ou discussões que, do contrário, estariam a seu alcance, quando não forem criadas para favorecer

¹⁴⁵DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca jurídica WMF), p. 516.

¹⁴⁶Austin vs Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 652, 679 (1990).

o governo, ou qualquer partido, ideologia ou política em detrimento de qualquer outra, quando não expressar qualquer pressuposto acerca de verdade, falsidade, perigo ou agravo de qualquer mensagem ou exposição, e quando tiver probabilidade de aprimorar o caráter democrático do discurso político público, tornando viável a participação de mais cidadãos em pé de igualdade, ou aprimorando a qualidade do discurso público, ou ambos, afirma ele que a neutralidade que devemos almejar é a que exige um esquema que permita aos cidadãos julgar a estrutura, os méritos e a mensagem de todos os candidatos e de todas as ideias, inclusive a menos financiada e inicialmente menos benquista¹⁴⁷.

Vale dizer, em todas as hipóteses deve ficar a critério do cidadão a última palavra nas questões que exigem uma decisão política.

¹⁴⁷DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca jurídica WMF), p. 517.

CAPÍTULO 3 – A RESERVA CONSTITUCIONAL DO SISTEMA ELEITORAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL

3.1 O devido processo legal eleitoral

Os princípios fundamentais que conformam o sistema eleitoral não foram deixados à liberdade do legislador ordinário, o que não significa que também não lhe foi reservada a competência residual daquilo que a Constituição não tenha tratado diretamente.

Não há como se negar que as normas que emergem da Constituição sobre matéria eleitoral são essencialmente direito constitucional formal. Isso porque a Constituição não deixou espaço livre ao legislador sobre um ponto fundamental, a escolha do próprio sistema eleitoral.

No que se refere às vinculações entre o sistema eleitoral e os elementos constitutivos do princípio democrático – em especial o princípio da igualdade e do pluralismo político – estabeleceu-se uma prevalência e uma reserva absoluta da Constituição.

Além disso, como forma de governo, a escolha do constituinte de 1988 foi expressamente por uma república constitucional, como se vê no *caput* do art. 1º da Constituição, o que traz contido em seu significado vários princípios, como a igualdade de condições e sem distinções de qualquer natureza e o amplo acesso de todos os cidadãos, que preencham as condições estabelecidas pela própria Constituição, à investidura no poder e aos cargos públicos.

A forma republicana pressupõe mandatos temporários para os representantes e chefes de governo e, evidentemente, um sistema eleitoral que garanta a lisura dos pleitos, a igualdade de chances e o pluralismo. As regras e princípios que juntos concretizam e dão sentido à República constitucional de base democrática consubstanciam o sistema eleitoral que, por isso mesmo, tem caráter essencial e imprescindível.

De uma forma generalizada, os elementos que caracterizam a forma republicana de governo podem ser especificados como: a existência de uma estrutura político-organizatória que assegure as liberdades civis e políticas, dentro do quadro de direitos e garantias asseguradas pela Constituição; a existência de um catálogo de liberdades, garantindo a autonomia do indivíduo, o direito de participação política e direitos individuais em face do Estado; o reconhecimento de autonomias locais e regionais mediante a previsão de esferas de poder e de decisão; a legitimação do poder político, fundado no princípio democrático de que

a soberania emana do povo, que decide seus destinos políticos diretamente ou por representantes eleitos.

Associado ao conceito de pluralismo político, todos esses princípios refletem o compromisso constitucional com a ideia de que todos os cidadãos devem ter acesso aos processos de tomada de decisões públicas, sendo-lhe um direito inalienável e irrenunciável.

Vê-se, assim, que os princípios que fundamentam a República expressam valores que se vinculam e que se intercomunicam de forma complexa, formando todo um sistema que torna impossível o cumprimento parcial de um único fundamento em detrimento dos outros.

Assim, não é possível falar em Estado democrático de direito, sem ter em consideração os princípios da soberania, da cidadania e o pluralismo político, bem como o sistema representativo.

Como se viu ao ensejo do Capítulo 2, o pluralismo político acaba sendo o ponto de apoio no que toca ao aspecto contramajoritário da Constituição, limitando e restringindo o exercício do leque de poderes que o princípio democrático põe à disposição da maioria e, dessa forma, corrige distorções que o abuso do pressuposto democrático poderia acarretar.

No sistema eleitoral brasileiro, não existe a possibilidade da apresentação de candidaturas avulsas a cargos políticos, não se admitindo, portanto, candidaturas que não estejam vinculadas a um partido político.

Reflexo do próprio regime preceituado pela Constituição, o partido político exerce, de fato, um protagonismo na cena política, pois além de gerirem os recursos do fundo partidário, é o número das respectivas bancadas dos partidos nas Casas Legislativas que determinam o espaço que cada um terá na composição dos órgãos diretivos e parlamentares, nas comissões temáticas, permanentes e temporárias, conselhos e mesa diretora, sendo, ainda, as bancadas partidárias de deputados federais que determina dois terços do tempo de rádio e de televisão que cada partido disporá durante a campanha eleitoral.

Veja-se, ainda, que a Constituição reservou o Capítulo V do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais¹⁴⁸ para tratar dos partidos políticos, a despeito de sua reconhecida natureza jurídica de direito privado.

Antes, porém, no Capítulo IV¹⁴⁹, quando dispõe sobre os direitos políticos e estabelece as condições de elegibilidade, bem como as principais causas de inelegibilidades, a

¹⁴⁸Constituição Federal, art. 17.

Constituição acaba incidindo também sobre os interesses dos partidos políticos e sobre o próprio processo eleitoral, por definir as condições de elegibilidade e de inelegibilidade.

Nesse aspecto, ganha relevo a regra *procedimental* do art. 16 da Constituição, quando dispõe que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

Essa regra tem em vista garantir um quadro de estabilidade e de previsibilidade para as eleições, evitando-se os casuísmos políticos que poderiam advir da constante alteração das regras do “jogo”, até mesmo imediatamente antes do pleito.

O fato, contudo, é que esse casuísmo que a Constituição procura evitar e que está assentado nos princípios que dão conteúdo e significado à forma republicana e ao regime democrático, e que visam assegurar a lisura dos pleitos e igualdade de chances, pode ocorrer não apenas em decorrência de eventual alteração da norma jurídica pelo legislador, que altere o processo eleitoral um ano antes do pleito, mas especialmente em razão de mudanças ou viradas de interpretação judicial dentro desse mesmo período, que acabem se refletindo sobre pleito.

Não resta dúvida de que certas decisões judiciais, em matéria eleitoral, antes de um ano do pleito, também fere os corolários maiores do processo eleitoral, como os princípios da paridade de recursos e da igualdade de chances, que impõem o tratamento isonômico da lei e dos Poderes públicos ao cidadão-candidato, como garantia da lisura das eleições, do regime democrático e da soberania popular.

Embora diretamente dirigida ao legislador ordinário e como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao legislador constituinte derivado¹⁵⁰, essa norma contém âmbito de proteção muito amplo, que decorre de todo o sistema constitucional, tendo por escopo evitar que o processo eleitoral seja afetado por decisões casuísticas perturbadoras e, em geral causadoras de dúvidas e insegurança, que podem ter diversas origens, inclusive o Poder Judiciário.

¹⁴⁹Constituição Federal, artigos 14 a 16.

¹⁵⁰ ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22/03/2006, DJ 10/08/2006.

O Min. Sepúlveda Pertence, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.628, proposta contra a Resolução n.º 20.993/2002, que dispôs sobre a escolha e o registro dos candidatos nas eleições de 2002, asseverou em seu voto:

(...) por força do art. 16 da Constituição, inovação salutar inspirada na preocupação da qualificada estabilidade e lealdade do devido processo eleitoral: nele a preocupação é especialmente de evitar que se mudem as regras do jogo que já começou, como era frequente, com os sucessivos ‘casuísmos’, no regime autoritário.

A norma constitucional – malgrado dirigida ao legislador – contém princípio que deve levar a Justiça Eleitoral a moderar eventuais impulsos de viradas jurisprudenciais súbitas, no ano eleitoral, acerca de regras legais de densas implicações na estratégia para o pleito das forças partidárias.¹⁵¹

Dentro desse quadro, pode-se afirmar que as normas e os princípios sopesados e aplicados formam um plexo normativo que se constitui no que pode ser denominado de **devido processo legal eleitoral**, cujo escopo é o de garantir o pleno exercício dos direitos políticos por seus titulares – eleitores, candidatos e partidos – além de assegurar a igualdade de chances e a paridade de recursos, como valores supremos do processo democrático de escolha de representantes.

O devido processo legal eleitoral, como conjunto de normas e de princípios garantidores do livre exercício dos direitos políticos, vincula o legislador, como está expressamente estabelecido no art. 16 da Constituição Federal, sendo, entretanto, correto dizer que se estende também à jurisdição eleitoral-constitucional, em face de decisões e/ou interpretações jurisprudenciais que signifiquem a alteração do processo eleitoral a menos de um ano das eleições, ainda que fundadas no princípio democrático ou na moralidade da legislação.

Isso porque, a par das intervenções legislativas, as decisões judiciais também podem alterar o quadro político-eleitoral, afetando não somente candidatos, mas também o funcionamento dos próprios partidos políticos.

Assim, afigura-se imperativo que o processo eleitoral seja posto a salvo de alterações tanto por parte do legislador, sobre o que não resta nenhuma dúvida, mas também e especialmente, da parte da Justiça constitucional-eleitoral, sendo que qualquer alteração,

¹⁵¹ ADI 2.628/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 5/3/2004.

mesmo as decorrentes de nova interpretação judicial, que venha a afetar as eleições só poderão ter eficácia se houver um período superior a um ano até a data do pleito eleitoral¹⁵².

E nada perturba mais o processo eleitoral do que mudanças nas causas de inelegibilidades.

Na discussão sobre a aplicabilidade imediata às eleições que se realizariam em outubro de 2006, da Emenda Constitucional n.º 52, de 8/2/2006, que alterou a regra da verticalização para as eleições presidenciais, que impunha que as coligações que tivessem candidatos a Presidente se reproduzissem também nas esferas estaduais, tanto para eleições para Assembleias como para o Governo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, embora não houvesse óbice material à alteração da Constituição, a nova regra somente passa a ser eficaz para as eleições de 2010, tendo em vista o princípio da anualidade contido no art. 16 da Constituição Federal.

Considerou-se, ainda, na mesma decisão, que o princípio da anualidade eleitoral integra o plexo de direitos políticos do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e os direitos dos próprios partidos políticos, os quais o legislador constituinte derivado não pode fazer *tabula rasa*, sob pena de incorrer em violação do art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal.¹⁵³ Com isso, afastou-se o argumento central dos defensores da aplicabilidade imediata da emenda, no sentido de que se tratava de reforma constitucional e não de lei ordinária e que, por isso, o óbice do art. 16 da Constituição poderia ser afastado ante a iniciativa do legislador constituinte derivado.

Essa posição foi reafirmada no Recurso Extraordinário 633.703/MG, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, onde ficou consignado:

Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral.

O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria,

¹⁵² Este tema foi abordado na ADI 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6/8/2006.

¹⁵³ ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22/3/2006, DJ de 10/08/2006.

o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por esta Corte. A proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da Jurisdição Constitucional nessa tarefa. **A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.** (grifei)¹⁵⁴

Esse voto foi proferido no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 633703, que discutiu a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 e sua aplicação nas eleições de 2010. Por seis votos a cinco, os ministros deram provimento ao recurso de Leonídio Correa Bouças, candidato a deputado estadual em Minas Gerais que teve seu registro negado com base na referida lei. O plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a Lei Complementar 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa, não deveria ser aplicada às eleições realizadas em 2010, por afronta ao artigo 16 da Constituição Federal, dispositivo que trata da anterioridade da lei eleitoral.

Assim, o Ministro Gilmar Mendes, como relator, votou pela não aplicação da lei às eleições gerais de 2010, por entender que o artigo 16 da Constituição Federal (CF) de 1988, que estabelece a anterioridade de um ano para que a lei que altere o processo eleitoral tenha eficácia, é uma cláusula pétrea eleitoral que não pode ser mudada, nem mesmo por lei complementar ou emenda constitucional.

Acompanhando o relator, o Ministro Luiz Fux ponderou que “por melhor que seja o direito, ele não pode se sobrepor à Constituição”. Ele votou no sentido da não aplicabilidade da Lei Complementar n.º 135/2010 às eleições de 2010, com base no princípio da anterioridade da legislação eleitoral.

O Ministro Dias Toffoli também acompanhou o voto do relator pela não aplicação da Lei da Ficha Limpa nas Eleições 2010, sob os mesmos argumentos apresentados anteriormente quando do julgamento de outros recursos sobre a mesma matéria. Para ele, o processo eleitoral teve início um ano antes do pleito.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio também manteve seu entendimento anteriormente declarado, no sentido de que a lei não vale para as eleições de 2010. Segundo o

¹⁵⁴ Recurso Extraordinário 633.703, origem Proc. n.º 49954120106130000 – Tribunal Superior Eleitoral, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23/3/2011.

ministro, o Supremo não tem culpa de o Congresso só ter editado a lei no ano das eleições, “olvidando” o disposto no artigo 16 da Constituição Federal, concluiu o ministro, votando pelo provimento do recurso.

Quinto ministro a se manifestar pela inaplicabilidade da norma nas eleições de 2010, o Ministro Celso de Mello, disse em seu voto que qualquer lei que introduza inovações na área eleitoral, como fez a Lei Complementar 135/2010, interfere de modo direto no processo eleitoral – na medida em que viabiliza a inclusão ou exclusão de candidatos na disputa de mandatos eletivos – o que faz incidir sobre a norma o disposto no artigo 16 da Constituição. Com este argumento, entre outros, o ministro acompanhou o relator, pelo provimento do recurso.

Último a votar, o então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Cezar Peluso, ressaltou o anseio comum da sociedade pela probidade e pela moralização, “do qual o STF não pode deixar de participar”. Para o presidente, “somente má-fé ou propósitos menos nobres podem imputar aos ministros ou à decisão do Supremo a ideia de que não estejam a favor da moralização dos costumes políticos”. Observou, porém, que esse progresso ético da vida pública tem de ser feito, num Estado Democrático de Direito, a com observância estrita da Constituição. “Um tribunal constitucional que, para atender anseios legítimos do povo, o faça ao arrepio da Constituição é um tribunal em que o povo não pode ter confiança”, afirmou.

O ministro aplicou ao caso o artigo 16, “exaustivamente tratado”, e o princípio da irretroatividade “de uma norma que implica uma sanção grave, que é a exclusão da vida pública”. Essa medida, segundo Peluso, não foi adotada “sequer nas ditaduras”.

Nessa perspectiva, cabe observar primeiramente que, tanto quanto o próprio Supremo Tribunal Federal, juízes e tribunais eleitorais somente se legitimam quando são capazes de fundamentar racionalmente suas decisões dentro de parâmetros objetivos, que guardam sede na própria Constituição.

Por outro lado, ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 633703 tenha prestigiado do dispositivo constitucional esculpido no art. 16, cabe lembrar que isso se deu pela maioria mínima de seis votos contra cinco.

Assim, não seria demasiado afirmar a premente necessidade de que o princípio do devido processo legal eleitoral seja explicitado mediante a reforma da Constituição Federal

com o fim incluir na redação do art. 16, a expressão “interpretação judicial”, de forma a se conferir plena previsibilidade em relação às regras que regerão determinada eleição.

Apesar disso, é bom lembrar que, de qualquer forma, o paradigma hermenêutico atual, representado pelo constitucionalismo principiológico, não proporciona mesmo maior liberdade interpretativa aos juízes.

Princípios, ao superarem as regras, proporcionam superação da subsunção. Princípios não facilitam atitudes decisionistas ou discricionárias. Também não devem encontrar guarida decisões baseadas em ponderações do juiz, de caráter subjetivista, mas sim a reconstrução principiológica do caso, a coerência e a integridade do direito.

Nesse aspecto, as decisões judiciais se legitimam quando sustentadas em argumentos de princípio e não em raciocínios finalísticos e subjetivos.

Embora a norma seja sempre o produto da atribuição de sentido a um texto, isto não significa que o intérprete – incluído aí o Supremo Tribunal Federal – detenha o poder de atribuir qualquer sentido a um texto jurídico.

Toda construção conceitual que não atribua às razões do legislador um lugar adequado e independente deve ser temida como um perigo para o equilíbrio constitucional. A legislação tem um fundamento constitucional próprio. É expressão de direitos políticos que, em virtude da Constituição, estão no mesmo plano que os outros direitos e princípios de justiça. Em caso de contradição, cede a lei, como exige a Constituição rígida. Porém isto não autoriza em absoluto em negar à legislação seu caráter originário e espontâneo, vale dizer, em “despolitizá-la”, degradando-a a mera função técnica para a atuação dos conteúdos constitucionais, por mais elevados e sedutores que estes possam ser¹⁵⁵.

Ainda que a velha concepção da lei como instrumento de autogoverno popular haja caído em descrédito, embaixo dos embates da crítica realista, segue sendo verdade que em uma democracia esta concepção é menos infundada e ilusória que em qualquer outro regime. Por isso, como expressão de direitos democráticos, à lei deve reconhecer-se um valor em si mesma, com independência de seus conteúdos e de seus vínculos de derivação, a partir dos preceitos constitucionais.

¹⁵⁵ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 151.

A lei, para valer, não requer nenhuma legitimação de conteúdo ou substantiva, ainda que possa deslegitimar-se por contradizer a Constituição. Em outras palavras, a lei vale em linha de princípio porque é lei, não pelo que disponha¹⁵⁶.

O reconhecimento da legislação como função originária e não derivada depende necessariamente de que se conceba a Constituição, não como um sistema fechado de princípios, mas como um contexto aberto de elementos, cuja determinação histórico-concreta, dentro dos limites de elasticidade que tal contexto permite, deve ser deixado ao legislador.

Só assim é possível a que existência de uma Constituição, que contém princípios substantivos, não contradiga o pluralismo, a liberdade da dinâmica política e a competição entre propostas alternativas. Pensar o contrário não só representa uma manifestação de soberba dos juristas, senão que constitui também um traço “holístico” de asfixia política por saturação jurídica. A Constituição se situaria contra a democracia.

Tendo em conta a relação de tensão entre Constituição e democracia, compreende-se a delicadeza da relação entre jurisdição e legislação.

Justificam-se assim todas as reservas diante dos diversos intentos que se encontram postos em marcha visando a desprezar a linha de confinamento desta relação claramente em favor da jurisdição e no sentido de negar à lei o valor que tem enquanto tal.

O chamado uso alternativo do direito, no início da década de setenta, consistia, justamente, em derivar diretamente dos princípios constitucionais regras aplicadas em sede judicial como alternativa, precisamente, às estabelecidas pelo legislador. Privava-se à regra legislativa do valor predominante que deveria garantir sua inserção no círculo interpretativo, acima, inclusive, dos princípios que qualificavam os casos.

O uso alternativo do direito consistia, no essencial, em uma amputação, é dizer, na categorização de sentido e de valor do caso à luz da Constituição e na dedução da regra a partir de seus princípios, como se estes constituíssem um sistema fechado sem espaços para o legislador.

No risco do uso alternativo do direito incorre a Corte constitucional e, pelo papel relevante no cenário das garantias políticas, também os tribunais eleitorais, em especial o Tribunal Superior Eleitoral, quando pretende decidir as questões de constitucionalidade sem

¹⁵⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 151.

limitar-se a eliminar a lei inconstitucional e a deferir ao legislador a aprovação de uma nova regra. Quando a própria Corte estabelece a regra que extrai diretamente da Constituição e a indica sem nenhuma alternativa, termina dando uma interpretação fechada do marco constitucional, debilitando os direitos do legislador e o caráter político de sua função e reduzindo suas leis a tímidas propostas facultativas¹⁵⁷.

Justificam-se, assim, as reservas, ora suscitadas, não só em relação às chamadas sentenças-lei, mediante as quais a Corte constitucional determina a norma, extraída diretamente da Constituição, que deve substituir a lei declarada inconstitucional, como também em relação aos fundamentos das sentenças constitucionais, que constroem e limitam excessivamente a pluralidade de eleições legislativas futuras ou em relação aos “mandatos” dirigidos ao legislador.

No geral, as ressalvas que se formula estão dirigidas contra a criação judicial de regras jurídicas.

Agora, talvez não seja este o aspecto mais relevante, porque dita criação pode resultar necessária para satisfazer, no caso concreto, pretensões fundadas em direitos reconhecidos por normas constitucionais de princípio, quando faltem regras legislativas acordes com tais princípios. Na ausência de leis, excluir a possibilidade dessa integração judicial do ordenamento teria como consequência o esvaziamento de direitos reconhecidos na Constituição.

Contudo, as ressalvas mais procedentes são as que se referem ao risco de o quadro de princípios constitucionais ser construído em prejuízo da liberdade da consideração política do legislador.

Tal perigo é menor quando a derivação da regra é realizada dentro de processos entre partes, cuja decisão sempre pode ser superada por uma diferente valorização do legislador no marco de possibilidades constitucionais.

O perigo realmente existe quando é a Corte constitucional a que impõe a regra, apresentando-a como algo exigido pela Constituição. Neste caso há verdadeiramente um risco de excesso de “justificação” e “constitucionalização” da vida política, risco que não pode silenciar-se em nome do consenso sobre os conteúdos das normas que são estabelecidas pela Corte.

¹⁵⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 152.

Neste caso, o legislador acaba vendo suas leis tratadas como “parte” do direito, e não como “todo o direito”.

Entretanto, como a atribuição de todo Parlamento é a de contribuir politicamente para a formação do ordenamento jurídico, caso este direito não seja respeitado pela absorção dessa função pela Corte constitucional, talvez se tenha até um Estado mais constitucional, mas que já não será um Estado constitucional democrático¹⁵⁸.

Hoje, certamente, os juízes têm uma grande responsabilidade para a vida do direito, que era desconhecida de outros tempos em que o Parlamento era o único criador dos ordenamentos jurídicos. Contudo, os juízes não são os senhores do direito no mesmo sentido em que o legislador era no século XIX. Podem ser estes mais como os garantidores da complexidade estrutural do direito no Estado constitucional, vale dizer, os garantidores da necessária coexistência entre lei, direitos e justiça.

Além disso, entre Estado constitucional e qualquer “senhor do direito” há uma radical incompatibilidade. O direito não é propriedade de um, mas deve ser o objeto de atenção e cuidado de todos os sujeitos da Constituição.

3.2 As inelegibilidades na Constituição e na lei

3.2.1 As inelegibilidades como matéria propriamente eleitoral

As inelegibilidades, como restrições à capacidade eleitoral passiva, encontram-se estabelecidas no art. 14, §§ 4º a 7º, da Constituição Federal, como, aliás, impõe a melhor técnica em se tratando de restrições a direitos fundamentais, mais especificamente a direitos políticos fundamentais, sendo já conhecida a lição de que o mesmo poder que cria o direito também deve ser o competente para lhe impor limitações¹⁵⁹.

Mesmo contrariando a lógica do constituinte de 1946, em todo sentido cautelosa, o constituinte de 1988 preferiu legar à lei complementar a possibilidade de instituição de outras

¹⁵⁸ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001, p. 153.

¹⁵⁹Pronunciamento do constituinte Argemiro de Figueiredo: “se já estatuímos, em dispositivos já votados, todos os casos de elegibilidades, com maior razão devemos incluir, expressamente, em nossa Carta Magna os de inelegibilidades, porque estes são mais importantes, visto como significam restrições ao direito político do cidadão. O mesmo poder que cria o direito é o competente para impor limitações. Seria um erro de técnica, e perigoso mesmo, deixarmos matéria de tamanha importância para o legislador ordinário”. In: DUARTE, José. *A constituição brasileira de 1946*. V. 2º. Editora Imprensa Nacional, 1947, p. 516.

hipóteses de inelegibilidade, assim como já havia feito a Constituição de 1967, outorgada sob o regime autoritário.

Note-se que, na Constituição de 1988, a redação do art. 14, § 9º, não é sistemática como a da Constituição de 1967, que tinha o seguinte teor:

Art. 148 - A lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação:

I - do regime democrático;

II - da probidade administrativa;

III - da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas.

Mesmo a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, modificada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 1977, apresentava um texto mais claro:

Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta, com vistas a preservar, considerada a vida pregressa do candidato: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 1977)

I - o regime democrático;

II - a probidade administrativa;

III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e.

~~IV - a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato.~~

IV - a moralidade para o exercício do mandato. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 1977).

O texto atualmente em vigor tem a seguinte redação:

Art. 14.

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidades e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do

candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

O cotejo entre as redações demonstra que as sucessivas modificações até se chegar ao texto atualmente em vigor não foram muito felizes.

Evidentemente, há de se levar em consideração o propósito do legislador constituinte de 1988 de aglutinar dispositivos com o fim de limitar o número final de artigos da nova Carta¹⁶⁰. Por isso é que fundiu-se em um único artigo dispositivo vários períodos que deveriam estar separados em incisos. Aliás, chega a ser mesmo comum que vários assuntos sejam aglutinados em um único artigo, com evidente prejuízo da sistematização.

Pela relevância do tema que é tratado, o § 9º do art. 14 da Constituição Federal mereceria estar muito melhor sistematizado, inclusive de forma a compatibilizá-lo com as inelegibilidades objetivas, fixadas nos parágrafos anteriores do mesmo artigo.

Enfim, o fato é que se acabou chegando a um dispositivo que se constitui em uma verdadeira norma constitucional em branco, que, com prejuízo da clareza, tenta seguir a redação da Constituição de 1967 e a de 1969, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 1977, quando seria de se esperar que o legislador constituinte de 1988 prestigiasse a objetividade de uma norma restritiva de direitos que fora tão cara aos princípios democrático e republicano que, então, tinham acabado de ser conquistados a duras penas.

3.2.2 Inelegibilidade legal

Na ordem constitucional anterior, a Lei Complementar n.º 5, de 29 de abril de 1970, era o estatuto que estabelecia outras hipóteses de inelegibilidades, além das que já constavam da própria Constituição.

Essa lei vigeu até 18 de maio de 1990, data em que foi editada a Lei Complementar n.º 64, já sob o pálio da Constituição cidadã de 1988, embora o Supremo Tribunal Federal já tivesse considerado que a antiga lei de inelegibilidades não havia sido recepcionada pela nova ordem constitucional.

A Lei Complementar n.º 64/90 veio recentemente a ser alterada pela Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010, publicada em 7 de junho de 2010.

¹⁶⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: RT, 1991.

Contudo, comparando-se o teor da Lei Complementar n.º 5/70 com o da Lei Complementar n.º 64/90, já alterada pela LC 135/10, percebe-se que o ambiente democrático não representou alteração significativa nem na tipificação de condutas, nem na dosimetria das respectivas sanções e nem no respeito aos direitos políticos passivos, vale dizer, no direito político do cidadão de ser eleito. Cabe lembrar aqui Michel Rosenfeld:

E isso à proporção que a geração dos constituintes se distancia no passado, nós nos tornemos cada vez mais prisioneiros de nossa herança, de nossa tradição, constitucional. É claro que, em última instância, ainda que enfoquemos exclusivamente a geração de revolucionários vitoriosos que se tornaram constituintes, no reino das coisas humanas não há nada semelhante à criação *ex nihilo*.¹⁶¹

De fato, na maior parte das vezes, as tradições pré-revolucionárias não são completamente erradicadas, mas transformadas e seletivamente incorporadas na nova ordem forjada pelo sujeito constitucional.

Assim, em um grau bastante significativo, o passado que se queria exorcizar acaba por determinar o conteúdo de dispositivos constitucionais elaborados pelos constituintes revolucionários¹⁶².

No que diz respeito à aplicação das normas relativas à inelegibilidade, em uma visão pragmática, o autoritarismo do regime militar foi apenas substituído pelo autoritarismo da Justiça Eleitoral.

Dessa análise decorre a conclusão de que, no que se refere ao respeito dos direitos políticos fundamentais e à observação do devido processo legal eleitoral, ainda se está para alcançar uma nova república.

Feita essa digressão histórica, não é difícil concluir que os conceitos abertos, insculpidos no § 9º do art. 14 da Constituição, admitem a sucessiva imposição de novas e cada vez mais gravosas restrições ao exercício do direito eleitoral passivo, sem parâmetros claros que permitam estabelecer um *núcleo essencial* ou o que a doutrina também denomina de limite dos limites¹⁶³.

¹⁶¹ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 35.

¹⁶²ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 35.

¹⁶³ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 295 e ss.

E, pela sucessão das legislações em matéria de inelegibilidades, não há dúvida de que eventuais alterações normativas vindouras certamente imporão ainda mais restrições ao exercício desse direito fundamental.

Exemplo disso é o próprio agravamento das condutas que se encontram atualmente tipificadas na Lei Complementar n.º 64/90, patrocinado pela Lei Complementar n.º 135, cuja interpretação quanto ao momento de sua aplicabilidade gerou tanta incerteza e tanta insegurança nas eleições gerais do ano de 2010 e que se passará a analisar com o propósito de demonstrar como o decisionismo das Cortes e considerações que refogem ao texto normativo podem ser determinantes na alteração do processo eleitoral a menos de um ano das eleições, a despeito do que preconiza o art. 16 da Constituição Federal, causando muito maior prejuízo à estabilidade e previsibilidade dos pleitos do que eventuais mudanças na legislação adotadas pelo Poder Legislativo, embora seja este o alvo de todas as críticas, especialmente por sua incapacidade de promover a reforma do sistema político.

3.3 A anterioridade qualificada da lei eleitoral

3.3.1 Fundamentos da anterioridade da lei eleitoral

Da análise do art. 14, § 9º, da Carta, sobressaem objetivamente duas regras: i) a Constituição Federal autoriza a instituição de outras hipóteses de inelegibilidades, além das que se encontram elencadas em seu próprio texto; ii) essas outras hipóteses devem ser instituídas por lei complementar.

Assim, primeiramente percebe-se que esse dispositivo se conecta diretamente ao art. 59, inciso II, e ao art. 69, ambos da Constituição, que tratam do processo legislativo, sendo de se supor que a *lei* que institui novos casos de inelegibilidades (na verdade, agrava as hipóteses já existentes) tenha não somente as mesmas virtudes das leis em geral, quais sejam, a generalidade e a abstração, mas que tenha também uma vigência prospectiva, que decorre do princípio da anterioridade, princípio esse que, no caso da lei eleitoral, não é o comum, mas sim o da anterioridade qualificada previsto no art. 16, constitucional, que impede a aplicação da nova norma à eleição que ocorra em até um ano contado da data de sua vigência.

Essa anterioridade qualificada, que a lei que altera o processo eleitoral guarda como característica, mostra-se essencial à garantia de isonomia entre as forças político-eleitorais e imprescindível, no sentido de evitar que a norma seja utilizada como instrumento de manipulação da soberania popular e da liberdade do voto.

É dizer, não basta que o jogo tenha regras, é preciso que essas regras sejam prévias à apresentação dos contendores e ao desenvolvimento da disputa e, portanto, imutáveis até sua decisão final¹⁶⁴.

O art. 16 da Carta Política, portanto, preconiza a regra da vigência diferida da lei eleitoral, naquilo que alterar o processo eleitoral, processo esse que, logicamente, não pode ser entendido apenas como as normas que regulam a formal concatenação de atos voltados à composição das lides, mas sim como todas as normas que regulam tanto a sucessão, quanto o desenvolvimento e a evolução das diversas fases da eleição, sendo elas a propaganda, a organização do pleito e a apuração do resultado.

É lição de Celso Ribeiro Bastos¹⁶⁵ que:

Se a lei for aprovada já dentro do contexto de um pleito, com uma configuração mais ou menos delineada, é quase inevitável que ela será atraída no sentido dos diversos interesses em jogo, nessa altura já articulados em candidaturas e coligações. A lei eleitoral deixa de ser aquele conjunto de regras isentas, a partir das quais os diversos candidatos articularão suas campanhas, mas passa ela mesma a se transformar num elemento da batalha eleitoral.

Assim, a cláusula de vigência diferida, que incide sobre as normas de conteúdo eleitoral, traduz a impossibilidade dessa lei, a despeito de existente e válida, de transmitir a sua carga de eficácia normativa.

A propósito da distinção entre validade e eficácia, é conhecida a lição de Kelsen, para quem a **eficácia**, ou **vigência**, é uma condição da validade, mas não é esta mesma **validade**.

Afirma literalmente Kelsen:

(...) Assim como é impossível, na determinação da vigência, abstrair da realidade, assim também é impossível identificar a vigência com a realidade. Se no lugar do conceito de realidade – como realidade da ordem jurídica – se coloca o conceito de poder, então o problema da relação entre validade e eficácia coincide com a existente entre Direito e força – bem mais corrente. E, então, a solução aqui tentada é apenas a formulação cientificamente exata da antiga verdade de que o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela. É – no sentido da teoria aqui desenvolvida – uma determinada ordem (ou ordenação) do poder.¹⁶⁶

¹⁶⁴Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI n.º 354-2/600 DF.

¹⁶⁵BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 2., 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁶⁶KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 238.

No plano de validade da lei, o que deve ser verificado é se a norma jurídica se encontra em harmonia com a Constituição, que, por sua vez, seja efetivamente posta e globalmente eficaz¹⁶⁷.

Ainda segundo Kelsen, eficácia é a aptidão da lei de ser observada e aplicada. A força normativa que gera e produz todas as consequências de ordem jurídica.

Nessa esteira, o preceito do art. 16 da Carta não impede a elaboração da norma (dever-ser) nem os demais atos necessários à sua validade, entretanto, sua eficácia ficará suspensa até que se opere o decurso do prazo de um ano.

A regra esculpida no art. 16 teve “o declarado propósito de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romper a igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas principais: as agremiações partidárias e os próprios candidatos”.¹⁶⁸

Como antes aduzido, o contingenciamento temporal da lei que altera o processo eleitoral, encontra sua razão pelo fato de que:

As instituições representativas não podem ficar expostas a flutuações nos seus disciplinamentos, dentre os quais sobrelevam os eleitorais, a que não fiquem ao sabor de dirigismo normativo das forças dominantes de cada período, alterando-se as leis sem qualquer resguardo ético, aos impulsos de eventuais conveniências, em círculo vicioso, para impedir que as minorias de hoje tenham legítima ascensão ao poder pelo genuíno consentimento do corpo de votantes.¹⁶⁹

Desde a redação original do texto constitucional, anterior, portanto, à Emenda n.º 4, de 1993, que aperfeiçoou o art. 16, é claro o abrangente propósito do constituinte de banir as surpresas eleitorais, característica do superado regime militar, que eram editadas a poucos meses dos pleitos visando a induzir e determinar os resultados provenientes das urnas.

Essa é a decisão política que justifica a própria formulação do princípio da anterioridade da lei eleitoral e que deveria ser homenageada em maior grau pelos posteriores intérpretes da Constituição, de acordo com a precisa lição de Fávila Ribeiro:

É preciso que se colha do dispositivo o acalentado rendimento social, impedindo a redução de seu alcance, não deixando que prosperem fraturas

¹⁶⁷KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 236.

¹⁶⁸Voto do Min. Celso de Mello na ADI n.º 354-2/600.

¹⁶⁹RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral*. Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 93.

pelas vias interpretativas. Para isso, quanto mais desvelo houver em sua aplicação menor será o risco de que possam medrar condescendências que avariam a igualdade nas disputas eleitorais, e imponham que a ideia de justiça deserte ou seja expelida dessa área conflituosa.¹⁷⁰

Por outro lado, tanto o § 9º do art. 14, como o art. 16, ambos da Constituição, são facilmente conciliáveis, como, evidentemente, devem ser conciliadas todas as normas constitucionais. O que se está a dizer, porém, é que independentemente de argumentações extensas é possível se ver que o primeiro dispositivo tem sua tônica na necessidade de edição de uma lei complementar para a instituição de novos casos de inelegibilidades e que o segundo artigo citado preconiza uma *vacatio* necessária para a lei que altera o processo eleitoral, a qual não será aplicada à eleição que ocorra até um ano de sua vigência, como medida voltada a impedir a utilização abusiva da lei como instrumento de manipulação e deformação de pleitos.

3.3.2 A anterioridade da lei eleitoral na perspectiva do STF

A questão da anterioridade da lei eleitoral e do alcance da norma constitucional do art. 16 não chega a ser novidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, ao menos três processos de natureza objetiva são emblemáticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

i) a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 354-2, com data de acórdão de 24 de setembro de 1990, que tratou da aplicabilidade imediata da lei que modificou os arts. 176 e 177 do Código Eleitoral sobre normas relativas à contagem de votos;

ii) a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.345, com acórdão de 25 de agosto de 2005, em que constou como requerido o Tribunal Superior Eleitoral pela edição da Resolução n.º 21.702, de 2 de abril de 2004, que estabeleceu a proporcionalidade do número de vereadores, de acordo com os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 197.917;

iii) a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3741-2, ajuizada contra a aplicação da Lei n.º 11.300, de 10 de maio de 2006, denominada de Minirreforma Eleitoral, que dispõe sobre a propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais.

¹⁷⁰RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral*. Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 94.

A fundamentação dos votos proferidos nessas Ações Diretas demonstra o objetivo da Corte de esquadriñar as leis eleitorais sob o argumento de ser necessário averiguar um possível rompimento da igualdade de participação dos atores políticos, a deformação do processo eleitoral no sentido de afetar a normalidade das eleições e a perturbação do pleito e, ainda, um eventual propósito casuístico da lei.

Da instituição desses parâmetros de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal surgiu o argumento de que leis **casuísticas linearmente**, isto é, que supostamente atingem a todos os atores políticos, seria admitida independentemente de obediência ao prazo de vacância preconizado pelo art. 16 da Constituição Federal.

Tais paradigmas de decisão, além de deixar entrever o forte decisionismo com que atua o Supremo Tribunal Federal, provoca forte influência sobre a orientação de outros tribunais, em especial sobre o Tribunal Superior Eleitoral.

O voluntarismo da Corte, ademais, a impede de ter em consideração que a aplicabilidade de nova norma eleitoral à eleição que ocorra antes de um ano de sua edição já significa a adição de um critério casuístico.

De fato, construções jurídicas que visam a afastar a incidência restritiva do art. 16 da Constituição Federal sempre terão como ponto de partida o próprio conteúdo da norma analisada em face do dispositivo constitucional, o que compromete a objetividade dos critérios decisórios.

Por outro lado, o subjetivismo da Corte fica ainda mais evidente quando se constata que, em outros casos, o resultado a que chegou é diametralmente oposto, ou seja, é no sentido de ressaltar a importância do art. 16 da Constituição ao ponto de o Supremo Tribunal erigir esse dispositivo praticamente ao status de uma cláusula pétrea, como se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.685-8¹⁷¹, em que o art. 16 foi utilizado como fundamento para se obstar a aplicabilidade imediata da Emenda Constitucional n.º 52, de 8 de março de 2006, no caso conhecido por “verticalização”.

Os parâmetros decisórios de que se valeu a Corte nos acórdãos anteriormente citados sequer chegaram a ser cogitados por ocasião do julgamento da ADI n.º 3.685-8/DF, em cuja construção argumentativa a Relatora, Min. Hellen Gracie, chegou a asseverar a transcendência do art. 16:

¹⁷¹ ADI 3685/DF, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 22/03/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 10/08/2006, p. 19.

É a própria Constituição que estipula um limite temporal para a plena aplicabilidade das novas regras que venham a alterar o processo eleitoral, acrescentando que por critério do legislador originário, somente após um ano contado da sua vigência, terá a norma aptidão para reger algum aspecto do processo eleitoral sem qualquer vinculação a circunstância de fato anterior à sua edição. A eleição alcançada nesse interregno fica, por isso, blindada contra as inovações pretendidas pelo legislador, subsistindo, assim, a confiança de que as regras do jogo em andamento ficarão mantidas.

No mesmo julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa também foi enfático ao consignar:

Não é preciso grande esforço interpretativo para se concluir que mudança de tal magnitude, introduzida a poucos meses do início formal da disputa eleitoral, caso tenha admitida sua aplicação às eleições do corrente ano, não apenas interferiria de maneira significativa no quadro de expectativas que o eleitor (titular dos direitos políticos) e as agremiações partidárias vinham concebendo em vista do pleito que se avizinha, mas também – e isso não há dúvida – teria formidável impacto no respectivo resultado.

A Emenda Constitucional n.º 52, de 2006, havia simplesmente dado nova redação ao art. 17, § 1º, que integra o Capítulo “Dos Partidos Políticos”, para reafirmar a autonomia dos partidos em adotarem critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal.

Interessante notar que o constituinte derivado veio a atuar somente depois que o Tribunal Superior Eleitoral, em março de 2002, ano de eleições gerais, mediante mera interpretação, restringiu a autonomia dos partidos políticos de estabelecerem suas coligações para as eleições daquele ano, impondo a “verticalização”, pela qual as coligações para a eleição majoritária para a Presidência da República vinculavam as coligações nos níveis institucionais inferiores.

Portanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3685-8/DF foi julgada procedente pelo STF para afastar a aplicabilidade imediata da Emenda Constitucional n.º 52, de 2006, constando de sua ementa ainda o seguinte:

5. Além do referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos do arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, LIV).

Com essa nova decisão se deparou a sociedade, e, em especial partidos políticos e candidatos, assimilando essas novas regras a poucos meses do pleito eleitoral.

3.4 A consulta sobre a Lei Complementar 135/10

O mesmo raciocínio, contudo, não se impôs perante o Tribunal Superior Eleitoral, por ocasião da resposta que apresentou à seguinte Consulta¹⁷²:

"Uma lei eleitoral que disponha sobre inelegibilidades e que tenha a sua entrada em vigor antes do prazo de 5 de julho, poderá ser efetivamente aplicada para as eleições gerais de 2010?".

Pode-se dizer, aliás, que a conclusão a que chegou a Corte Eleitoral, ainda que com a objeção dos votos dos Ministros Marco Aurélio e Marcelo Ribeiro, foi diametralmente oposta ao raciocínio expendido no capítulo anterior.

Nesse processo, o relator, Min. Hamilton Carvalhido, proferiu voto de duplo alcance, tanto no sentido de que a LC 135/2010 era aplicável às eleições de 2010, objeto específico da Consulta, como foi além e considerou que as novas inelegibilidades apanhavam fatos ocorridos antes da própria edição dessa lei, o que de chofre tipificou condutas que até 6 de junho de 2010, dia anterior à entrada em vigor da nova lei, eram simplesmente fatos indiferentes à norma jurídica.

Assim, por exemplo, quem houvesse renunciado ao mandato eletivo com o objetivo de evitar a sua cassação ou estivesse aguardando decisão em recurso criminal interposto contra condenação de órgão colegiado pelos crimes listados na lei ou, ainda, já tivesse sido excluído do quadro profissional por decisão sancionatória do órgão regulador da profissão, tornou-se

¹⁷² Consulta n.º 1120-26.2010.6.00.0000, Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Julgamento Sessão de 10.6.2010.

inelegível no exato momento da publicação da Lei Complementar n.º 135, mesmo que os fatos tenham ocorrido até mesmo antes da simples apresentação do projeto dessa lei.

Em seu voto, entendeu o relator que, em se tratando de norma eleitoral material, não há falar na incidência do princípio da anualidade, insculpido no artigo 16 da Constituição, declarando ainda que:

A regra política” [refere-se ao § 9º do art. 14 da Constituição] “visa acima de tudo ao futuro, função eminentemente protetiva ou, em melhor termo, cautelar, alcançando restritivamente também a meu ver, por isso mesmo, a garantia da presunção da não culpabilidade, impondo-se a **ponderação** de valores para o estabelecimento dos limites resultantes à norma de inelegibilidade.(Grifei)¹⁷³

Não há aqui como deixar de lembrar Lenio Streck, quando em um de seus artigos afirma que “ponderação é uma forma de estabelecer a vontade do poder”¹⁷⁴. Esse mesmo autor ainda acrescenta em sua obra *Verdade e Consenso*¹⁷⁵:

Importante anotar que no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos.

Como bem anotou o Min. Marcelo Ribeiro, ao ensejo desse julgamento no plenário do TSE, o simples fato de se apreciar a aplicabilidade da nova lei eleitoral às eleições que serão realizadas a menos de um ano de sua publicação, já induz um tipo de casuísmo, ou, como dito por ele mesmo, já seria o próprio casuísmo examinar caso a caso o que seria casuísmo ante a falta de um critério de avaliação¹⁷⁶.

¹⁷³ TSE, Consulta n.º 1120-26.2010.6.00.0000 – Classe 10 – Brasília-DF. Voto do relator, Ministro Hamilton Carvalhido, julgamento em 10 de junho de 2010.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. A katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-jun-28/sensoincomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 8 de jun. 2014.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷⁶ TSE. Consulta n.º 1120-26.2010.6.00.0000 – Classe 10 – Brasília – DF.

Por ocasião do julgamento dessa mesma Consulta, o Min. Arnaldo Versiani consignou que “toda alteração no processo eleitoral deve respeitar o princípio da anterioridade”.¹⁷⁷ E arremata:

A Justiça Eleitoral se assenta em três princípios básicos: o direito de votar, o direito de ser votado e a preservação do resultado das urnas, ressalvados casos de abuso, corrupção e fraude.¹⁷⁸

(...)

Penso que – e nesse ponto acompanho o Ministro Sepúlveda Pertence¹⁷⁹ – o processo eleitoral se inicia com o alistamento dos eleitores e termina com a diplomação dos candidatos, inclusive com a prestação de contas. Tudo isso diz respeito a processo eleitoral: propaganda; votação; apuração; alistamento; condições de elegibilidade e causas de inelegibilidades (...).

Disso decorre que não faz sentido falar-se em casuísmo linear, no sentido de que, incidindo a lei igualmente sobre todos os partidos e sobre todos os candidatos indistintamente, por essa simples questão de fato, já se justificaria sua eficácia sobre a eleição realizada a menos de um ano. A própria análise formulada nesses termos já se encontra eivada de um perigoso substrato casuístico, que o constituinte originário, no art. 16 da Carta Política, pretendeu banir.

3.5 O caso concreto deduzido a partir da resposta do TSE

A despeito da controvérsia, no julgamento do Recurso Ordinário 64.580 o Tribunal Superior Eleitoral decidiu aplicar, agora a um caso concreto, as conclusões do processo de Consulta, em que se havia declarado a aplicabilidade da Lei Complementar n.º 135 às eleições daquele ano de 2010, assim como seus efeitos retrospectivos.

A insegurança jurídica provocada pelo TSE desde que formulou a resposta à Consulta, quando as convenções partidárias eram iminentes em razão do calendário eleitoral, havendo, de fato, o Partido Verde já realizado sua convenção, chegou ao clímax no julgamento desse recurso ordinário, onde a Corte Eleitoral consignou:

¹⁷⁷ TSE. Consulta n.º 1120-26.2010.6.00.0000 – Classe 10 – Brasília – DF.

¹⁷⁸ TSE. Consulta n.º 1120-26.2010.6.00.0000 – Classe 10 – Brasília – DF.

¹⁷⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 354.

Inelegibilidade. Renúncia.

Aplicam-se às eleições de 2010 as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar n.º 135/2010, porque não alteram o processo eleitoral, de acordo com o entendimento deste Tribunal na Consulta n.º 1120-26. 2010.6.00.0000 (rel. Min. Hamilton Carvalhido).

As inelegibilidades da Lei Complementar n.º 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, não havendo, portanto, que se falar em retroatividade da lei.

Tendo renunciado ao mandato de Senador após o oferecimento de denúncias capazes de autorizar a abertura de processo por infração a dispositivo da Constituição Federal, é inelegível o candidato para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foi eleito e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura, nos termos da alínea k do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n.º 64/90, acrescentada pela Lei Complementar n.º 135/2010.

Não compete à Justiça Eleitoral examinar a tipicidade do fato que deu origem à renúncia, para verificar se o Senador sofreria, ou não, a perda de seu mandato por infração a dispositivo da Constituição Federal.

Recurso ordinário provido.¹⁸⁰

Em face desse acórdão, foi interposto o Recurso Extraordinário n.º 631.102 ao Supremo Tribunal Federal, que, na oportunidade, contava apenas com 10 membros e onde ocorreu um insólito empate por cinco votos.

Diante dessa inopinada circunstância processual de um julgamento chegar a um empate, o Presidente da Corte decidiu aplicar monocraticamente, **por analogia**, o inciso II do parágrafo único do artigo 205 do Regimento Interno, que trata do mandado de segurança contra ato do Presidente do STF, e que, na hipótese de empate, prevê a prevalência do ato impugnado.

Como indicavam alguns ministros, mais adequado ao caso seria a solução prevista no inciso IX do art. 13 do Regimento Interno, que reza:

Art. 13. São atribuições do Presidente:

¹⁸⁰ RECURSO ORDINÁRIO N.º 645-80.2010.6.14.0000 - CLASSE 37 – Belém – PA. Relator: Ministro Arnaldo Versiani, Recorrente: Ministério Público Eleitoral, Recorrido: Jader Fontenelle Barbalho, publicado em audiência de 1º.09.2010.

(...)

IX – proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, para as quais o Regimento Interno não preveja solução diversa, quando o empate na votação decorra de ausência de Ministro em virtude de:

a) impedimento ou suspeição;

b) vaga ou licença médica superior a 30 (trinta) dias, quando seja urgente a matéria e não se possa convocar o Ministro licenciado.

Essa decisão monocrática, adotada na mesma sessão do Plenário, apesar de sua aparência salomônica, simplesmente permitiu que se entresse o decisionismo que permeia as opções políticas da Suprema Corte, fato que, mais uma vez, traz à mente Streck¹⁸¹:

(...) a dogmática jurídica sabe tudo, tem – sempre – todas as saídas, mas sempre sobre algo!!! Os sentidos não cabem na regra. A lei não está no direito, e vice-versa. Não há isomorfia. Há sempre um não dito, que pode ser tirado da ‘manga do colete interpretativo’. Esse é o papel da interpretação. Para o ‘bem’ e para o ‘mal’ (...)!

De fato, a vedação do *non liquet* acaba impondo à dogmática uma espécie de tarefa: os problemas jurídicos precisam de uma solução *decisional* e, na visão dos tribunais, essa decisão não pode ser encontrada a partir de uma ingênua análise dos textos que compõem os códigos e a legislação de uma maneira geral.

Com essa decisão monocrática do Presidente do Supremo Tribunal Federal foi mantida a decisão do TSE que, aplicando as inelegibilidades decorrentes da Lei Complementar n.º 135, vedou o registro, entre outros, ao candidato Jader Fontenelle Barbalho, sem que tenha sido sequer cogitada, na análise do caso, a efetiva garantia de seus direitos fundamentais eleitorais, entre os quais o direito à ampla defesa, além de outros decorrentes da própria Constituição.

É certo que em 23 de março de 2011, após a posse do Ministro Luiz Fux, houve o desempate no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 633.703, havendo o Plenário finalmente decidido que a Lei Complementar n.º 135/2010 não deveria ser aplicada às eleições realizadas em 2010, ante o que determina o art. 16 da Constituição Federal, que trata da anterioridade da lei eleitoral.

¹⁸¹STRECK, Lenio Luiz. A katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-jun-28/sensoincomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 8 de jun. 2014.

Porém, os danos decorrentes dessa controvérsia já haviam sido consumados, gerando um dos maiores tumultos eleitorais da história política brasileira, com candidatos virtualmente eleitos sem poderem ser diplomados e com candidatos com muito menos votos sendo empossados e depois perdendo seus mandatos por declaração judicial.

3.6 A Lei Complementar 135, de 2010

Muito se comentou sobre a iniciativa popular que deu origem ao referido projeto, que veio a se convolar na Lei Complementar n.º 135, de 2010.

Estima-se que cerca de um milhão e trezentas mil assinaturas tenham subscrito a proposta, o que, naturalmente, acabou influenciando sua tramitação nas duas Casas que compõem o Congresso Nacional que, pela própria composição representativa popular, é o Poder da República mais suscetível às pressões provenientes da sociedade.

Supostamente, esse não deveria ser o caso do Poder Judiciário, que, entretanto, decidiu pela imediata e retrospectiva aplicabilidade da lei, como entendeu o Tribunal Superior Eleitoral e, posteriormente, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade da lei¹⁸².

Durante a apreciação da Consulta n.º 1120-26.2010.6.00.0000 pelo TSE, o Min. Marcelo Ribeiro chegou a tocar nesse ponto nevrálgico ao questionar se a origem da lei não estaria preordenando o resultado do julgamento e se o casuísmo, no caso, não estaria sendo ditado pela aventada pressão da opinião pública. Em outras palavras, atos judiciais abusivamente tomados a favor de uma suposta maioria popular contra o exposto dispositivo constitucional.

Não há como se negar que a circunstância da iniciativa popular esteve presente na consciência de legisladores e julgadores a ponto de criarem apoios exegéticos e distinções jurídicas de variados matizes a fim de legitimar a aplicação da norma a fatos anteriores à sua própria edição, devendo-se ressaltar, obviamente, os votos divergentes.

Contudo, essa posição que foi admitida como majoritária e que decorre do apoio popular representado pelas um milhão e trezentas mil assinaturas não se mostra tão impressionante assim quando se constata que vários candidatos atingidos pelos efeitos retroativos da norma lograram votações majoritárias muito superiores a esse número.

¹⁸² Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578.

Tome-se mais uma vez, a título de exemplo, o caso emblemático do candidato ao Senado Federal pelo Estado do Pará, Jader Barbalho (PMDB), então Deputado Federal eleito e reeleito, que na eleição majoritária de 2010 obteve, segundo dados da Justiça Eleitoral¹⁸³, um milhão, setecentos e noventa e nove mil, setecentos e sessenta e dois votos.

Isso significa simplesmente cerca de quinhentos mil votos a mais do que obteve a proposta da Lei da Ficha Limpa!

Somados os votos de todos os candidatos impugnados com base na referida lei, esse número certamente passaria da casa dos milhões.

De ver-se que a opção do Tribunal Superior Eleitoral pela decisão “politicamente correta” em uma simples resposta à Consulta, que teoricamente não deveria ter caráter vinculante, acabou pautando toda a discussão não só no âmbito daquela Justiça especializada como também no Supremo Tribunal Federal, que mais uma vez se viu no centro de uma disputa muito mais política do que propriamente jurídica.

Como afirma John Hart Ely, citando H. B. Mayo, “certamente seria um exagero afirmar que a Corte não precisa levar em conta a opinião pública. Mas isso não prova muita coisa: ‘o ditador absoluto – um Hitler, um Stálin, um Perón - ...por mais despótico que seja, é às vezes obrigado a levar em conta os sentimentos da população...’”¹⁸⁴

É certo que a aplicação retroativa da lei, tipificando condutas ocorridas antes mesmo da apresentação de seu próprio projeto, significou o rompimento institucional com as mais fundamentais garantias individuais como a presunção de inocência, o princípio da anterioridade da lei e o da isonomia no campo eleitoral.

Não fosse isso o bastante, não se vislumbrou qualquer respeito com o titular do direito eleitoral passivo, especialmente com os que já haviam obtido votos suficientes para se sagrarem eleitos, embora esses parâmetros estejam relativizados, especialmente após votos como o proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3345-0/DF, em que foi declarado:

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL

¹⁸³Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/situacao-de-candidato-senador-apos-totalizacao-de-votos-indeferido-com-recurso-pa>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

¹⁸⁴ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos; revisão técnica: Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF).

FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional - que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição - põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. **No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial achase compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que 'A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la'.** Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.(Grifei)¹⁸⁵

Essa tem sido a tônica que marca as decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em controle abstrato, no que se refere à matéria eleitoral.

3.7 Os fatos legislativos e o núcleo essencial do direito relativo às inelegibilidades decorrentes da aplicação da Lei Complementar 135, de 2010

Na análise da Lei Complementar 135, de 2010, levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle abstrato, diversas questões envolvendo a constitucionalidade da norma sequer chegaram a ser ventiladas, ficando ao largo das discussões.

Corolário do processo eleitoral, os princípios da paridade de recursos e da igualdade de chances impõem a busca pelo tratamento isonômico entre os candidatos, como garantia da lisura das eleições, do regime democrático e da soberania popular.

Nos termos em que se encontra redigida a Lei Complementar 135, as inelegibilidades traduzem, em realidade, um tratamento desigual e desproporcional aos titulares dos poderes eleitorais passivos, malferindo preceitos básicos de isonomia.

Embora a desproporcionalidade, bem como a arbitrariedade dessa Lei Complementar n.º 135/2010, tenham chegado a ser suscitadas quando do julgamento da norma sob o aspecto de sua constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, no entanto, referendou-a sob muitos argumentos que remontaram tão-somente à origem popular da lei.

¹⁸⁵ ADI 3345-0/DF. Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 25.08.2005 e publicado em 20.08.2010, RTJ 217/110.

Como mencionado, os conceitos abertos do § 9º do art. 14 da Constituição, uma vez não compreendido o seu exato alcance, pode significar a sucessiva imposição de novas e cada vez mais gravosas restrições ao exercício do direito eleitoral passivo, sem parâmetros claros que permitam estabelecer um *núcleo essencial* ou o limite dos limites¹⁸⁶, sentido esse que já pode ser detectado pelo agravamento desmesurado e desproporcional das penas de inelegibilidade impostas pela Lei Complementar n.º 135.

Como destaca o Prof. Gilmar Mendes, até mesmo no chamado controle abstrato de normas, não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional¹⁸⁷.

No caso da Lei Complementar n.º 135, a Corte não chegou a efetuar uma análise ampla sobre os fatos e as prognoses legislativas, apesar das pesadas penas de cunho político, restritiva a direitos fundamentais que impõe, muito embora esse tipo abordagem seja comum ao Supremo Tribunal Federal, mesmo em outros casos de menor repercussão.

No âmbito da Corte Constitucional alemã, por exemplo, segundo o estudo empírico desenvolvido por Klaus Jürguen Philippi, com base nos resultados encontrados nos primeiros vinte e cinco volumes da revista da Corte Constitucional alemã (até 1969), em 208 decisões o Tribunal apreciou 269 fatos legislativos e desses pelo menos um quarto (75 decisões) referia-se a prognoses¹⁸⁸.

Mesmo que a ideia de “fato legislativo” não seja precisa, revelando-se mais ampla do que o conceito jurídico-processual de “questão de fato”, deve-se compreendê-lo como todo e qualquer “fato real” que tenha relevo para a aplicação de uma norma¹⁸⁹.

Fora o argumento paternalista estatal, que marca significativamente a história das legislações eleitorais ditas moralizadoras¹⁹⁰, não se vê no processo de controle abstrato de

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 295 e ss.

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Celso Bastos Editor, 1999, p. 506-507.

¹⁸⁸ Philippi, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*. Colônia, 1971, p. 2 e ss. In: STARCK, Christian (Org.). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. V. I, p. 461, *apud* Mendes, Gilmar, 1999.

¹⁸⁹ Philippi, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*. Colônia, 1971, p. 2 e ss. In: STARCK, Christian (Org.). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. V. I, p. 461, *apud* MENDES, Gilmar, 1999.

¹⁹⁰ “A afirmação democrática de que o povo deve ser livre para julgar por si mesmo, sem que nenhuma autoridade ou casta pense por ele, significa que os cidadãos devem ter tal liberdade como indivíduos. Não é compatível com esse pressuposto permitir que o legislativo, mesmo que represente a vontade da maioria,

constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa uma análise, baseada em dados da realidade, que demonstre, segundo os parâmetros do art. 14 § 9º da Constituição, como a prática das condutas ali tipificadas será determinante para a eleição do candidato e como isso possa comprometer genericamente a normalidade e a legitimidade das eleições e, ademais, como isso afetará a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, especialmente se o candidato sequer chegará a ser eleito, já que a lei obsta o próprio registro da candidatura.

Ao tratar da democracia e da liberdade de expressão, Dworkin cita julgado¹⁹¹ da Suprema Corte americana, da lavra do *Justice Scalia*, em que, ao tratar da liberdade de expressão na Primeira Emenda da Constituição, suscita de forma argumentativa algumas convicções que também se aplicam à tentativa de se restringir o exercício dos direitos políticos, como decorre da Lei Complementar 135:

(...) é incompatível com a verdade absolutamente fundamental da Primeira Emenda: que não se pode confiar no governo para assegurar, por intermédio da censura, a ‘justiça’ do debate político.

Nossa Constituição, poderíamos dizer, deve nos impingir o critério profilático de que a melhor maneira de exercer a democracia, a longo prazo, é uma lei que proíba ao governo qualquer poder de tentar aprimorá-la, de vez em quando, por meio de restrição à liberdade das pessoas de dizerem o que quiserem quando e com que frequência lhes aprouver.

(...) que a maior ameaça à democracia, mesmo hoje em dia, está no desejo do governo de se proteger e retirar dos cidadãos sua soberania democrática, filtrando e escolhendo o que o povo pode ver, ler ou aprender, e tentando justificar esse controle ilegítimo afirmando, como muitas tiranias de fato afirmam, que esse controle é necessário para proteger a democracia em alguma outra dimensão.

A aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

Se a verificação dos fatos, levada a efeito pelo legislador está incorreta, ao se adotar uma decisão de caráter restritivo, então o Tribunal deverá declarar a inconstitucionalidade da medida legal.

imponha a cada cidadão o que precisa considerar ao pensar em como votar.” Ronald Dworkin, *A Virtude Soberana*, 2. ed. 2011, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, p. 508.

¹⁹¹Austin vs. Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 652, 679 (1990) *apud* DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca jurídica WMF), p. 517.

No caso da Lei Complementar n.º 135/2010, o que se está a tratar é de restrição a direitos fundamentais, como são os direitos políticos, e da imposição da grave penalidade de inelegibilidade em grau que chega a ser desproporcional. Caberia, assim, ao Supremo Tribunal Federal exercer a guarda desses direitos, inclusive, em face do legislador, posto que a aferição de fatos e de prognoses legislativos é um controle de resultado e não de processo. Não se cuida, portanto, no juízo de constitucionalidade, de analisar como o Legislativo examinou os fatos legislativos, mas o que, efetivamente, foi constatado.

Assim, se a atividade legislativa de definição de tipos e de cominação de penas constitui uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis¹⁹².

Aplica-se aqui o postulado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual, segundo Alexy, “pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”¹⁹³.

A propósito dos fatos e prognoses legislativos, o Tribunal Constitucional alemão distinguiu os seguintes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis: i) controle de evidência; ii) controle de sustentabilidade ou de justificabilidade; iii) controle material de intensidade.

Pelo primeiro grau de controle, a norma somente pode ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador forem inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico. Contudo, o Tribunal deixou ressaltado que “a observância da margem de configuração do legislador não pode levar a uma redução do que, a despeito de quaisquer transformações, a Constituição pretende garantir de maneira imutável, ou seja, ela não pode levar a uma redução das liberdades individuais que são garantidas nos direitos fundamentais individuais, sem as quais uma vida com dignidade humana não é possível.

¹⁹²MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações acerca da Apreciação e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro”. In: *Estudos: direito público homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso*. São Paulo: Lex Magister, 2012, p. 185-219.

¹⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações acerca da Apreciação e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro”. In: *Estudos: direito público homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso*. São Paulo: Lex Magister, 2012, p. 185-219.

Assim, conclui-se que “a tarefa (do controle de constitucionalidade) consiste, portanto, em unir a liberdade fundamental própria da configuração político-econômica e político-social” e, nesse contexto, também a política eleitoral, “que devem permanecer reservadas ao legislador, com a proteção da liberdade, à qual o indivíduo tem direito justamente também em face do legislador”¹⁹⁴.

O controle de evidência, portanto, especialmente em matéria penal, mas que pode ser aplicado a toda norma jurídica que signifique a imposição de penalidades e/ou a restrição a direitos, deve ser exercido com ampla margem de avaliação, valoração e conformação conferida constitucionalmente ao legislador quanto à adoção das medidas mais adequadas para a proteção do bem jurídico, seja penal, seja político.

No segundo nível, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei (*BVerfGE*50, 290).

Portanto, o controle de constitucionalidade se estende à questão de saber se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de “maneira sustentável”.

Uma das decisões mais importantes da Corte alemã pode ser encontrada no famoso caso *Cannabis* (*BVerfGE*90, 145), em que a Corte Constitucional alemã confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e do porte para consumo de produtos derivados da planta *cannabis sativa*. Analisando o caso sob o ângulo do princípio da proporcionalidade, deixou consignado:

Sob o ponto de vista material, ressalvadas as garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação pode ser restringida [cf. *BVerfGE*75, 108 (154 s.); 80, 137 (153)]. Esse princípio tem um significado mais intenso no exame de um dispositivo penal, que, enquanto sanção mais forte à disposição do Estado, expressa um juízo de valor ético-social negativo sobre uma determinada ação do cidadão [cf. *BVerfGE*25, 269 (286); 88, 203 (258)].

(...)

¹⁹⁴*BVerfGE* 50, 290.

Segundo esse princípio, uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance almejado. Uma lei é adequada se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária se o legislador não puder selecionar um outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental [cf. BVerfGE30, 292 (316); 63, 88 (115); 67, 157 (173, 176)].

(...)

Além disso, numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição [cf. BVerfGE30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92)]. A medida não deve, portanto, onerá-lo excessivamente (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito: cf. BVerfGE48, 396 (402); 83, 1 (19)). No âmbito da punibilidade estatal, deriva do princípio da culpa, que tem a sua base no Art. 1 I GG [cf. BVerfGE45, 187 (228)], e do princípio da proporcionalidade, que deve ser deduzido do princípio do Estado de direito e dos direitos de liberdade, que a gravidade de um delito e a culpa do autor devem estar numa proporção justa em relação à pena. Uma previsão de pena não pode, quanto ao seu tipo e à sua extensão, ser inadequada em relação ao comportamento sujeito à aplicação da pena. O tipo penal e a consequência jurídica devem estar racionalmente correlacionados [cf. BVerfGE54, 100 (108)].

É, em princípio, tarefa do legislador determinar de maneira vinculante o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, mais sensata ou mais justa. Tem apenas que zelar para que o dispositivo penal esteja materialmente em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da *Grundgesetz* [cf. BVerfGE80, 244 (255)]. (grifo nosso)

Como referido, no controle abstrato de normas não se procede apenas a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. A aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal¹⁹⁵.

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, plenamente aplicável em se tratando de imposição da pena política de inelegibilidade, deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações acerca da Apreciação e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro”. In: *Estudos: direito público homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso*. São Paulo: Lex Magister, 2012, p. 16.

confeção de determinada política restritiva a direito, pois é esse conhecimento dos dados da realidade — que serviram de pressuposto da atividade legislativa — que lhe permitirá averiguar se o órgão legislador utilizou-se de sua margem de ação de maneira sustentável e justificada.

No terceiro nível, aplica-se o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*.

Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.

Essa fase do controle já havia sido explicitada na decisão *Apothekenurteil*, na qual se discutiu o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de profissão, quando ficou consignado¹⁹⁶:

(...)

Ao Tribunal foi atribuída a proteção dos direitos fundamentais em face do legislador. Quando da interpretação de um direito fundamental resultarem limites ao legislador, o tribunal deve poder fiscalizar a observância deles por parte dele, legislador. Ele não pode subtrair-se a esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais e acabar com a sua função atribuída pela Grundgesetz.

A exigência frequentemente feita nesse contexto segundo o qual o legislador deveria, entre vários meios igualmente adequados, livremente decidir, não resolveria o problema ora em pauta. Tal exigência tem em vista o caso (normal) de um direito fundamental que não se constitui de uma área de proteção gradual (como, p. ex., na decisão BVerfGE 2, 266). Nesse caso, o legislador encontra-se, entretanto, dentro de determinados limites, livre para a escolha entre várias medidas legislativas igualmente adequadas, vez que elas todas atingem o mesmo direito fundamental em seu conteúdo único e não diferenciado. **Não obstante, em se tratando de um direito fundamental que encerra em si zonas mais fortes e mais fracas de proteção da liberdade, torna-se necessário que a jurisdição constitucional verifique se os pressupostos para uma regulamentação**

¹⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações acerca da Apreciação e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro”. In: *Estudos: direito público homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso*. São Paulo: Lex Magister, 2012, p.16.

estão presentes no degrau onde a liberdade é protegida ao máximo. Em outras palavras, necessário se faz que se possa avaliar se medidas legislativas no degrau inferior não teriam sido suficientes, ou seja, se deste modo a intervenção perpetrada fosse ‘inexoravelmente obrigatória’. Se se quisesse deixar ao legislador também a escolha entre os ‘meios igualmente adequados’, que correspondessem a degraus diferentes uns dos outros, isso acarretaria que justamente intervenções que limitem ao máximo o direito fundamental seriam, em razão de seu efeito muito eficaz para o alcance da meta almejada, as mais frequentes escolhidas e seriam aceitas sem exame. Uma proteção efetiva da área de liberdade, que o Art. 12 I GG pretende proteger com mais ênfase, não seria, destarte, mais garantida”¹⁹⁷. (grifo nosso)

Nesse terceiro nível, portanto, o Tribunal examina se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador.

Nesse quadro, é certo que, no que toca aos direitos fundamentais, pode-se concluir que são estes passíveis de sofrer limitação ou restrição pela legislação ordinária.

No entanto, não se pode perder de vista que o poder de impor restrições a direitos fundamentais não é ilimitado e, como decorrência do próprio regime constitucional adotado, os direitos fundamentais não podem ser aniquilados pela instituição de sucessivas condições à sua fruição, o que, aliás, se traduz em uma garantia de que determinados grupos sociais não estarão sendo discriminados pela maioria.

Qualquer restrição a direito fundamental acaba, assim, sendo abarcada pela doutrina dos chamados “limites imanentes” ou “limites dos limites”, que se traduz na necessidade de preservação de um *núcleo essencial* do direito fundamental, especialmente no que se refere à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas¹⁹⁸.

Deve-se ressaltar, assim, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo de algum direito fundamental, em decorrência de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

¹⁹⁷ (BVerfGE 7, 377, 1958).

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar; Coelho, Inocêncio Mártires e Branco; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 315.

A Constituição brasileira não contemplou expressamente uma disciplina sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais¹⁹⁹. É inequívoco, porém, que veda qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, conforme dispõe seu art. 60, § 4º, IV, que, apesar de se encontrar voltado ao legislador, não seria absurdo se pensar que também se estende aos tribunais em seu poder de interpretar a Constituição, especialmente depois do julgamento da ADI 3345-0/DF, cuja ementa se encontra acima transcrita e onde ficou consignado que “no poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar que ‘a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’”²⁰⁰.

Assim como no Habeas Corpus n.º 82.959²⁰¹, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a imposição de regime integralmente fechado para cumprimento de pena decorrente de condenação em crime tipificado como hediondo configura lesão ao princípio da individualização da pena, cujo núcleo essencial estaria configurado no inciso XLVI do art. 5º da Carta, também a fixação da penalidade de inelegibilidade pelo prazo linear de 8 (oito) anos para diversos e díspares tipos parece indicar ofensa ao mesmo direito fundamental.

De fato, como sobressalta da redação da Lei Complementar 135, a aplicação das inelegibilidades impostas se traduz em tratamento desigual e desproporcional aos titulares dos poderes eleitorais passivos, malferindo direitos fundamentais como o da individualização da pena.

Uma rápida leitura da Lei Complementar 135, de 2010, percebe-se que o texto iguala indivíduos condenados por infrações graves, como tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e outros crimes hediondos a casos de perda de cargo político e a condenados, definitivamente ou não, por abuso do poder econômico ou político.

A renúncia ao cargo ou mandato foi igualada à própria decretação da perda do cargo que, por sua vez, foi assemelhada, em seus drásticos efeitos, à decisão proferida por órgão colegiado, mesmo que não transitada em julgado.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar; Coelho, Inocêncio Mártires e Branco; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 315.

²⁰⁰ ADI 3345-0/DF. Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 25.08.2005 e publicação em 20.08.2010, RTJ 217/110.

²⁰¹ Habeas Corpus n.º 82.959, Relator Min. Marco Aurélio, publicação DJ de 1º.9.2006.

Tipificou-se, para o fim de se restringir a capacidade eleitoral passiva, a exclusão do indivíduo dos quadros profissionais de órgão de classe de profissão regulamentada, quando se sabe que nem todos estão submetidos à fiscalização por órgãos de classe, o que, fatalmente, acaba por instituir diferenças de tratamento decorrente da origem profissional do candidato, o que fere o princípio da isonomia.

A simulação de ruptura de vínculo conjugal, para evitar caracterização de inelegibilidade, surpreendentemente recebe a mesma pesada condenação político-eleitoral.

Condutas que se constituem em transgressão civil, penal ou administrativa sofrem indistintamente igual nível de reprovabilidade e recebem a mesma gravíssima pena política, qual seja, a inelegibilidade pelo período de oito anos, a contar do término do cumprimento da pena, se houver, o que significa dizer que, havendo penalidade decorrente do outro processo considerado antecedente para os fins de inelegibilidade, a suspensão dos direitos políticos por esse linear e desproporcional prazo de oito anos somente terá seu termo inicial contado após o cumprimento integral da pena, sem direito, portanto, à comutação, instituto já consagrado no direito mais repressivo de todos que é o direito penal.

O bis in idem é ainda mais flagrante para os condenados à suspensão dos direitos políticos, que, pelo mesmo fato, recebem dupla penalização: a de suspensão dos direitos políticos por oito anos, após o cumprimento da pena anterior, como decorrência do inciso I do art. 2º da Lei Complementar 135.

Portanto, as alterações implementadas pela Lei Complementar 135 visaram simplesmente ao agravamento linear das inelegibilidades, sem deixar nenhum espaço para a individualização da pena, o que contrasta com o fundamento constitucional que preconiza a necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

3.8 O Tribunal Superior Eleitoral

3.8.1 O controle abstrato dos pronunciamentos do TSE

Uma referência especial ao Tribunal Superior eleitoral é necessária em razão da atribuição que lhe é conferida de expedir instruções, atividade em que acaba, por vezes, exacerbando o texto da lei e exercendo uma competência normativa primária, o que se traduz

em uma ingerência sobre o funcionamento de partidos políticos e sobre direitos de candidatos, a ponto de alguns doutrinadores chamarem-na de atividade legislativa da Justiça Eleitoral²⁰².

O exercício de poder inerente à edição de Instruções, por certo, se reflete também no julgamento de recursos. Como afirma Antonio Tito Costa, o TSE, em diversas oportunidades, extrapola os limites delineados pela lei, criando novas regras “que apresentam em geral nítido conteúdo legislativo, às vezes mesmo até alterando textos de leis”.²⁰³

O mais inusitado é que os eventuais apelos ao Supremo Tribunal Federal em matéria eleitoral, seja por meio de recursos em processos de cunho subjetivo, seja em controle normativo de caráter objetivo, via de regra não reverterem a decisão tomada pela Corte superior da Justiça Eleitoral.

Aliás, por si só já deveria causar espécie o simples fato de o Supremo Tribunal Federal exercer um controle abstrato de resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral que, a rigor, não podem, de forma autônoma, geral e vinculante, inovar na ordem jurídica em concorrência com as leis em sentido formal.

Como as resoluções do TSE deveriam se restringir apenas a regulamentar a fiel execução da lei, qualquer incompatibilidade entre ambas, i. e., entre lei e resolução deveria ser resolvida pelo princípio da hierarquia e não pelo sistema de controle abstrato de normas.

Nesse rumo, é importante dizer, era a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que simplesmente não conhecia de ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face de instruções do TSE, que são aprovadas por meio de resoluções, principalmente no caso de respostas a consultas, como ficou assentado no julgamento da ADI 2626/DF²⁰⁴:

Tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta à consulta regularmente formulada por parlamentares no objetivo de esclarecer o disciplinamento das coligações tal como previsto pela Lei 9.504/97 em seu art. 6º, o objeto da ação consiste, inegavelmente, em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu ou não os limites da norma que visava integrar, exigiria, necessariamente, o seu confronto com esta regra, e a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado o de legalidade do poder regulamentar. Precedentes: ADI n.º 2.243, Rel. Min. Marco Aurélio, ADI n.º 1.900, Rel. Min. Moreira Alves, ADI n.º 147, Rel. Min. Carlos Madeira. Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais,

²⁰² COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 318.

²⁰³ COSTA, Antonio Tito. *Recurso em matéria eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 37.

²⁰⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.626/DF. Rel. Min. Sydney Sanches; Rel. para o acórdão Min. Ellen Gracie. Publicado no DJ de 05/03/2004.

exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar, ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados. Ação direta não conhecida. Decisão por maioria.”

Diante da prática recorrente e reiterada do Tribunal Superior Eleitoral de expedir instruções autônomas²⁰⁵, independentemente de lei, é que se passou a dar-lhes enquadramento de ato normativo federal, previsto no art. 102, inciso I, “a” da Constituição, dispositivo que sempre teve em vista os decretos autônomos do Poder Executivo.

Assim, o STF passou a formular distinções em juízo prévio de admissibilidade das eventuais ações contra resoluções do TSE, de acordo com o seu objeto, o que, associado a um profundo decisionismo, permitiu à Corte conhecer de ações de constitucionalidade sobre resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, passando a admitir o controle abstrato de seus pronunciamentos normativos.

Adaptou-se a Suprema Corte a uma prática que, na realidade, haveria de ser reprimida na origem, qual seja, a de permitir a edição dessas resoluções autônomas, que, ao inovarem no ordenamento jurídico, atuam sem qualquer fundamento de validade, alheio ao escalonamento de normas aventado por Kelsen²⁰⁶, além de significar a imposição de restrições a direitos políticos fundamentais independentemente de lei formal.

O problema é que a assunção dessa nova competência por parte do Supremo Tribunal Federal em momento algum significou a imposição de maiores restrições à edição de atos normativos autônomos pelo TSE, o que seria desejável, como também não houve a limitação material desses atos.

Ao contrário, o controle abstrato que o STF passou a admitir, em grande medida, transmitiu ainda maior confiança ao TSE para seguir sua tendência normativa expansionista, contando agora com um órgão revisor, o Supremo Tribunal Federal.

3.8.2 O problema da composição simultânea de dois tribunais

Da perspectiva do Supremo Tribunal Federal, a própria composição das duas Cortes não contribui para tornar, nesse caso, absolutamente independente o controle concentrado dos atos editados pelo TSE.

²⁰⁵Vide a título de exemplo as ADI nº 3345, Acórdão publicado em 25/08/05.

²⁰⁶KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

Isso porque, dos sete ministros que compõem aquele órgão da justiça especializada, três são simultaneamente ministros do STF.

Esse simples fato acaba por interferir no desempenho independente da função de “guardião” da Constituição em face de resoluções e decisões de cunho eleitoral, tornando o ambiente propício a um simples referendo dos atos impugnados.

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo, consubstanciada na Súmula 72, é no sentido de que não se aplica no controle abstrato de normas o instituto do impedimento, contemplado no Código de Processo Civil, que se restringiria apenas ao processo de cunho subjetivo, ou seja, aquele que envolva interesses individuais e situações concretas.

A súmula 72, aprovada em 13 de dezembro de 1963, tendo como fundamento de validade, portanto, a Constituição Federal de 1946, é do seguinte teor:

“No julgamento de questão constitucional, vinculada à decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário.”

Estão elencados como precedentes dessa súmula 72 os seguintes processos: i) Recurso Eleitoral n.º 367; ii) Recurso em Mandado de Segurança n.º 9.093; e, iii) Recurso em Mandado de Segurança n.º 9.175.

O Recurso Eleitoral n.º 367, julgado em 11.09.1963, foi interposto contra a declaração de inelegibilidade decretada pelo TSE, mas nele não se chegou a abordar a questão da simultaneidade de julgadores entre os dois Tribunais e o possível impedimento decorrente desse fato.

No Recurso em Mandado de Segurança n.º 9.093, julgado em 3.12.1963, uma preliminar foi suscitada pelo Min. Pedro Chaves no sentido de saber se eram habilitados a votar no STF ministros que tivessem participado do julgamento no Tribunal Superior Eleitoral.

Na ocasião, acabou prevalecendo a conclusão eminentemente prática de que, a não se admitir a participação simultânea dos ministros nos julgamentos nas duas Cortes, isso poderia levar a um eventual impasse caso não se obtivesse o quórum necessário para a declaração de constitucionalidade de ato ou matéria submetida ao crivo do Supremo Tribunal, embora se tenha reconhecido que os integrantes do TSE não fariam outra coisa senão repetir o voto já proferido antes.

Como argumentou o Min. Victor Nunes Leal, seria de se estranhar o estabelecimento de duas maiorias absolutas no plenário do STF, uma em função da sua totalidade normal de onze juízes, outra em função da sua totalidade relativa, de nove, nas questões eleitorais [nessa época apenas dois ministros do STF funcionavam no TSE e outros dois funcionavam como suplentes].

O último precedente da súmula 72 se constitui no Recurso em Mandado de Segurança n.º 9.175, de 10 de março de 1963, onde a questão do impedimento também não chegou a ser abordada e onde consta *en passant* que o recurso havia sido adiado para primeiro decidir-se a questão de saber se os ministros em exercício no TSE votam matéria constitucional eleitoral no STF, o que aparentemente foi decidido em outros autos.

Desde então, eventual preliminar referente a impedimento de ministros para julgamento de processos perante o STF em razão de atuação no mesmo processo no Tribunal Superior Eleitoral, quando suscitada, vem sendo dirimida mediante simples referência à súmula e aos precedentes citados, sem uma reanálise convincente que supere os motivos de ordem simplesmente prática que induziram essas decisões.

3.8.3 O *dúplice julgamento e o autojulgamento*

Essa complexa questão do *dúplice julgamento* (ou *autojulgamento*) está a requerer uma abordagem mais percuciente.

Tanto no que se refere ao fato da mera repetição dos votos proferidos no TSE por ocasião do julgamento perante o Supremo Tribunal, por ministros integrantes das duas Cortes, como a própria duplicidade de atuação judicial em diferentes instâncias, são temas que ainda aguardam justificativa mais aprofundada, em termos de dogmática jurídica, que não se limite à remissão a uma preliminar de julgamento proferido em 1963²⁰⁷ ou à alegação de que o texto constitucional não proibiria a atuação simultânea dos membros dos dois Tribunais, já que, quanto a esse aspecto, a Carta de 1988 trata apenas de sua composição e não de questões processuais que decorrem da dupla atuação.

Tenha-se em consideração, ainda, que pela nova jurisprudência implantada pelo STF, que passou a conhecer das resoluções autônomas do TSE, as ações diretas (ou declaratórias) nem sempre tratarão de matéria eminentemente constitucional, podendo se resumir a uma simples inconformidade com a lei.

²⁰⁷ Recurso em Mandado de Segurança n.º 9.175, de 10 de março de 1963.

Muitas vezes, a resolução tem como fundamento um determinado interesse particular ou identificável, o que levará à instauração de um processo de cunho abstrato e objetivo para tratar de direitos subjetivos individuais ou individualizáveis.

Aliás, levando raciocínio mais além, é de se ver que, ainda que o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral preste informações em um processo de controle abstrato de normas cujo objeto seja uma resolução ou outro ato normativo editado pelo TSE, mesmo que tenha participado de sua formulação e edição e mesmo que se manifeste na defesa do ato impugnado e de sua constitucionalidade, não estará impedido de participar do julgamento perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O fundamento utilizado para isso é o de que o controle abstrato de normas se desenvolve por meio de um processo objetivo, isto é, sem partes, mas apenas interessados, enquanto que os institutos jurídicos do impedimento e da suspeição se restringem ao plano dos processos subjetivos, em cujo âmbito se discutem situações individuais e interesses concretos²⁰⁸.

O que ocorre hoje, entretanto, é que mesmo na apreciação de processos de cunho subjetivo e concreto não há o reconhecimento do impedimento ou da suspeição de ministros que tenham atuado na causa perante o Tribunal Superior Eleitoral.

Esse é caso do julgamento do *Recurso Extraordinário* n.º 631.102, antes mencionado, em que se chegou a um insólito empate em razão de todos os ministros do STF terem proferido voto, mesmo os que já haviam participado tanto do julgamento do *Recurso Ordinário* n.º 64.580 no Tribunal Superior Eleitoral, acórdão esse em face do qual se recorria, como da Consulta n.º 1120-26.2010.6.00.0000, que decidiu pela aplicabilidade imediata e retroativa da Lei Complementar n.º 135, de 2010.

Portanto, o risco do impasse aventado nos precedentes da Súmula 72, como imaginado pelo Min. Ribeiro da Costa no *Recurso em Mandado de Segurança* n.º 9.093 – DF, pela suposição de que não se chegaria ao quórum necessário para estabelecer uma maioria qualificada, acabou ocorrendo sim, contudo em decorrência da participação de todos os ministros em sessão de julgamento e não pelo impedimento dos que atuaram junto ao Tribunal Superior Eleitoral.

²⁰⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3345/DF. Relator Min. Celso de Mello. Publicado no DJ 154, de 20 de agosto de 2010.

Paradoxalmente, é interessante notar que a natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas não impede, ainda segundo a jurisprudência do STF, a possibilidade de qualquer Ministro invocar razões de foro íntimo, previsto no art. 135, parágrafo único, do Código de Processo Civil, como fundamento para se exonerar do julgamento do feito, mesmo que seja o relator da causa.

Nesse cenário, parece consolidada a posição jurisprudencial que, se não é a mais consentânea intelectualmente, na prática é a que melhor atende ao objetivo identificado na Corte no sentido de resguardar certas prerrogativas de seus membros.

Esse decisionismo, contudo, não é indene às críticas que podem ser levantadas quanto à sua prepotência e seu absenteísmo.

Absenteísmo que se explica, em grande parte, pelo fato de que, a própria discussão desse tema pelo Plenário do STF, ante uma eventual questão de ordem, teria de partir da preliminar de saber se os ministros que estivessem acumulando a competência eleitoral poderiam ou não votar.

O decisionismo da Corte, por outro lado, não consegue responder minimamente às dúvidas que surgem, em especial as que se referem ao pré-julgamento que decorre do pronunciamento judicial antecipado e da consequente filiação a uma determinada tese, por ocasião do julgamento perante o Tribunal Superior Eleitoral, o que faz surgir uma parcialidade natural que leva ao interesse no sucesso do argumento antes defendido.

Não há como se negar, portanto, que o que está em jogo no julgamento realizado no âmbito da Corte Eleitoral que chega ao Supremo Tribunal Federal é, em grande aspecto, um autojulgamento.

3.9 Da inexistência de casos de revogação de resolução do TSE pelo STF

3.9.1 Fixação dos parâmetros da pesquisa

No curso da apreciação dos processos analisados, confirmou-se a hipótese levantada de que o Supremo Tribunal Federal jamais reformou qualquer ato normativo editado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em sede de controle abstrato de normas.

Para averiguação dessa hipótese, procedeu-se a um levantamento de dados no sítio do Supremo Tribunal Federal na rede mundial de computadores (internet)²⁰⁹ em torno do resultado final proferido no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade em que conste como requerido o Tribunal Superior Eleitoral e que tenham sido ajuizadas entre 30 de setembro de 1997, data de edição da Lei n.º 9.504 – Lei das Eleições, e cujo julgamento tenha sido publicado até 31 de julho de 2012.

Cabe ressaltar que, mais recentemente e em momento posterior ao do levantamento realizado neste estudo, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei Complementar 78, de 1993, que autorizava o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a definir o tamanho das bancadas dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados, e, na esteira dessa decisão, pela primeira vez o STF declarou também a inconstitucionalidade da Resolução 23.389, de 2013, que fora editada com supedâneo naquele dispositivo da lei complementar.

Apesar disso, a maioria da Corte, contra o voto dos Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Teori Zavascki e Luiz Fux, acompanhou o entendimento da Ministra Rosa Weber que, com base no princípio da segurança jurídica e da anualidade, além de considerar que, com o afastamento do dispositivo da Lei Complementar 78, de 1993, criou-se um vácuo no ordenamento jurídico, propôs a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade do dispositivo legal impugnado e a adoção dos critérios estabelecidos na Resolução 23.389, de 2003, do TSE, enquanto não vier a ser editada nova lei complementar.

Como destacado, os limites temporais estabelecidos para este estudo incluíram os acórdãos publicados entre 30 de setembro de 1997, data de edição da Lei n.º 9.504 – Lei das Eleições, e 31 de julho de 2012, data em que se finalizou o levantamento dos dados.

Contudo, entendo que essa recente decisão do Supremo Tribunal Federal não desvirtua o levantamento feito no presente estudo e nem contradiz as conclusões aqui tiradas por se tratar de decisão única, em que o entendimento dos integrantes da Corte ficou dividido e onde foi demonstrado, de forma clara, que não há a pretensão objetiva de se modificar a tendência amplamente majoritária de sempre se preservar as decisões adotadas pelo TSE, especialmente, neste caso, em que ao final foi mantida a validade da resolução do TSE, ainda que declarada sua inconstitucionalidade, até a edição de lei complementar que trate da matéria pelo Congresso Nacional.

²⁰⁹www.stf.jus.br

Estabelecido esse parâmetro de pesquisa, chegou-se aos resultados a seguir elencados.

3.9.2 Ações não conhecidas

Inicialmente o Supremo Tribunal Federal simplesmente não conhecia as Ações Diretas em face de Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, pelo fato de, no entendimento jurisprudencial então vigente, não terem natureza normativa originária, nem caráter vinculativo.

Esse foi o resultado encontrado para o seguinte grupo de ações:

10.1.1 – ADI n.º 1805-2/DF foi distribuída em 18 de março de 1998 e atualmente se encontra sob a relatoria da Min. Rosa Weber.

Essa Ação foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT; pelo Partido dos Trabalhadores – PT; pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B; e, pelo Partido Liberal – PL em face da Emenda Constitucional 16, de 1997 e demais dispositivos, inclusive as Resoluções do TSE n.º 19.952, 19.953, 19.954, 19.955, todas de 02.09.97, que responderam negativamente a consultas sobre a necessidade de desincompatibilização dos titulares do Poder Executivo para que pudessem concorrer à reeleição.

10.1.2 – ADI n.º 1822-4/DF, foi distribuída em 29 de abril de 1998 e teve como Relator o Min. Moreira Alves.

Ação ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS em face dos incisos I e II do art. 47 e seus §§ 3º e 4º da Lei n.º 9.504/97 e contra a Resolução do TSE n.º 20.106, de 4.03.1998. Esses dispositivos tratavam da distribuição de horário para propaganda eleitoral.

10.1.3 – ADI n.º 2243-1, foi distribuída em 2 de agosto de 2000 e teve como Relator o Min. Marco Aurélio.

Ação ajuizada pelo Partido Liberal – PL em face da Resolução do TSE n.º 20.562, de 2 de março de 2000, que tratou da distribuição de horário de propaganda eleitoral.

10.1.4 – ADI n.º 2626-7, foi distribuída em 12 de março de 2002 e teve como Relator Min. Sydney Sanches.

Essa ação foi ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B; pelo Partido Liberal – PL; pelo Partido dos Trabalhadores – PT; pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB; e, pelo Partido Popular Socialista – PPS em face da Resolução do TSE n.º 20.993, de 6 de

fevereiro de 2002, que tratou das condições impostas aos Partidos Políticos para firmarem coligações e que ficou conhecida como “regras de verticalização”.

10.1.5 – ADI n.º 2628-3/DF, foi distribuída em 14 de março de 2002 e teve como Relator o Min. Sydney Sanches.

Ação ajuizada pelo Partido da Frente Liberal – PFL também contra a Resolução do TSE n.º 20.993, de 6 de fevereiro de 2002.

O resultado do julgamento da Resolução do TSE n.º 20.993/2002 (itens 4 e 5, *supra*) é emblemático, pois na apreciação desse caso, a Suprema Corte decidiu que, como o dispositivo impugnado é fruto de resposta a consulta, *o objeto da ação consistiu em ato de interpretação que não se submete ao controle concentrado de legalidade.*

10.1.6 – ADI n.º 3256-9, distribuída em 2 de agosto de 2004, teve como Relator o Min. Celso de Mello.

Essa ação foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista contra a Resolução do TSE n.º 21.495, de 9 de setembro de 2003. Como houve o exaurimento da eficácia da norma impugnada pela realização das eleições municipais de 2004, o Tribunal julgou extinto o processo.

10.1.7 – ADI n.º 3257/DF, distribuída em 2 de agosto de 2004, teve como Relator Min. Cezar Peluso.

Ação ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB contra a Resolução do TSE n.º 21.834, que dispunha sobre propaganda eleitoral.

Foi negado seguimento à ação por decisão monocrática em razão do exaurimento da eficácia da norma pela realização das eleições.

3.9.3 Ações não conhecidas por falta de legitimidade do requerente

Outras ações, também ajuizadas em face de Resoluções do TSE, não chegaram a ser conhecidas por flagrante ilegitimidade do requerente, elencando-se, nesse grupo, as seguintes:

10.2.1 – ADI n.º 3611/DF, que se encontra sob a relatoria do Min. Joaquim Barbosa, foi distribuída em 9 de novembro de 2005.

Denominada na origem de “ação ordinária declaratória de inconstitucionalidade”, foi ajuizada em face das Resoluções do TSE n.º 21.702, de 2 de abril de 2004, e n.º 21.803, de 8

de junho de 2004, que fixou o número de vereadores a serem eleitos nos municípios de acordo com os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 197.917.

O juiz *a quo* declarou sua incompetência para julgar o caso e remeteu os autos ao Supremo Tribunal Federal, onde foi autuado como ação direta de inconstitucionalidade. Ante a flagrante ilegitimidade passiva do interessado, a ação não foi conhecida por decisão monocrática do relator.

10.2.2 – ADI n.º 3693/BA, foi distribuída em 27 de março de 2006 e teve como Relator o Min. Joaquim Barbosa.

Essa ação impugnava os mesmos dispositivos da ação supramencionada, isto é, as Resoluções do TSE n.º 21.702 e n.º 21.803, que fixou critérios para definição do número de vereadores nos municípios. Recebida no Supremo Tribunal em razão de remessa de juiz *a quo* que se deu por incompetente, a ação não foi conhecida por decisão monocrática.

10.2.3 – ADI n.º 3822/PA, foi distribuída em 21 de novembro de 2006 e teve como Relator o Min. Joaquim Barbosa.

Tratava-se de ação ordinária visando à declaração de inconstitucionalidade da Resolução do TSE n.º 21.702, a mesma dos casos anteriores, em que o juiz eleitoral declinou sua competência em favor do Tribunal Regional Eleitoral que, por sua vez, se deu por incompetente e remeteu os autos ao STF. Essa ação não conhecida por decisão monocrática do relator.

10.2.4 – ADI n.º 4119/DF, distribuída em 15 de agosto de 2008, teve como Relator o Min. Celso de Mello.

Neste caso, a ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada diretamente perante o Supremo Tribunal por coligação partidária municipal, visando à impugnação da validade da Resolução do TSE n.º 21.702. A ação não foi conhecida por decisão monocrática do relator.

Na ocasião, entretanto, o Supremo Tribunal já havia confirmado a constitucionalidade da referida Resolução do TSE n.º 21.702 no julgamento da ADI 3.345/DF.

3.9.4 Ações ainda pendentes de julgamento

Por fim, há um terceiro grupo de ações ajuizadas durante o ano de 2011, em face do Tribunal Superior Eleitoral, e que ainda se encontram pendentes de julgamento, tanto em relação ao pedido de liminar, como ao mérito propriamente dito. São elas:

10.3.1 – ADI n.º 4542, que foi distribuída em 31 de janeiro de 2011 ao Min. Joaquim Barbosa.

Nessa ação o Partido “Democratas – DEM” pleiteia interpretação da legislação eleitoral que permita o cômputo, para o partido ou para a coligação, dos votos obtidos por candidato com registro provisoriamente deferido na época da eleição, mas que tenha sido cassado posteriormente. Para isso, pretende a declaração de inconstitucionalidade do artigo 147 e de seu parágrafo único, da Resolução n.º 23.218/2010 do TSE.

Dispõe o dispositivo impugnado que “serão nulos, para todos os efeitos, inclusive para a legenda, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados (Código Eleitoral – Lei 4.737/65, artigo 175, parágrafo 3º, e Lei 9.504/97 – Lei Eleitoral, artigo 16-A)”.

10.3.2 – ADI n.º 4583, foi distribuída em 12 de abril de 2011 e atualmente se encontra sob a relatoria da Min. Rosa Weber.

Por intermédio dessa ação, o Partido Popular Socialista – PPS impugna dispositivo da Resolução do TSE n.º 22.610, de 25 de outubro de 2007, pela qual a criação de nova legenda é justa causa para a desfiliação de parlamentar de seu partido de origem sem que isso acarrete a perda do respectivo mandato.

Alega o Requerente que a criação de um novo partido político não pode significar justa causa para a desfiliação de parlamentar porque o partido de origem não age de modo a ensejar a desfiliação de seus membros. Por isso, em seu entendimento a resolução do TSE seria “um atentado ao princípio da fidelidade partidária”.

10.3.3 – ADI n.º 4591, distribuída em 26 de abril de 2011, tem como Relator o Min. Dias Toffoli e Requerentes o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e o Democratas – DEM.

Esses partidos se insurgem contra a Resolução 22.121/05, do Tribunal Superior Eleitoral, com as alterações da Resolução 22.746/08, que estabelecem regras de adequação de institutos ou fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política de partidos políticos ao Código Civil de 2002.

Para os Requerentes, a determinação do TSE afronta o princípio da autonomia partidária, previsto no artigo 17, parágrafo 1º, da Constituição Federal, que assegura aos partidos políticos autonomia para definir a sua estrutura interna, organização e funcionamento.

3.10 Ações Diretas Com Decisão de Mérito

3.10.1 *Fixação do número de vereadores em cada município (ADI n.º3345-0/DF)*

Em 10 de novembro de 2004, o Partido Progressista – PP ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3345/DF em face da Resolução do TSE n.º 21.702, de 2 abril de 2004, que fixou instruções sobre o número de vereadores a serem eleitos segundo a população de cada município, de acordo com os critérios anteriormente declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 197.917. Tais regras valeriam já para a eleição municipal que se realizaria naquele ano de 2004.

O Partido Democrático Trabalhista – PDT, alguns dias depois, precisamente em 9 de dezembro de 2004, ajuizou outra Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo mesmo fundamento, que tomou o n.º 3365/DF.

Ambas as ações tiveram como relator o Min. Celso de Mello, que as levou a julgamento conjuntamente, proferindo voto comum aos dois feitos.

A relevância desse julgamento está na “virada” que representou na jurisprudência do STF, que, como visto, até então não conhecia de atos normativos produzidos pelo Tribunal Superior Eleitoral, em vista do caráter secundário desse tipo de norma, que não detinha, como de fato ainda não detém, as características de generalidade e abstração, impessoalidade e vinculação próprias da lei formal.

Entretanto, inaugurando um raciocínio que veio a se tornar predominante, embora nem por isso menos questionável em termos de dogmática jurídica, onde sobressai o decisionismo da Corte e a conveniência do julgamento preordenado pelo objeto da ação e, até mesmo, certa necessidade de autoafirmação da Corte perante os demais Poderes, o acórdão prolatado na ADI 3345/DF foi abrangente o suficiente para impor conclusões sobre diversos temas.

Assim, é que nesse julgamento:

a) se reafirmou que o Presidente do TSE, embora prestando informações no processo nessa condição, não está impedido de participar de seu julgamento no Plenário da Suprema Corte, da mesma forma que os demais ministros que tenham participado da formulação e edição de atos ou resoluções impugnadas;

b) paradoxalmente, entendeu-se que é facultado ao ministro que se encontre na situação anterior invocar razões de foro íntimo como justificativa autorizadora de seu afastamento do julgamento, ainda que seja o relator;

c) reconheceu-se o cabimento do controle concentrado de normas sobre resolução do TSE, que “encerra em seu conteúdo material clara ‘norma de decisão’, impregnada de autonomia jurídica e revestida de suficiente densidade normativa: fatores que bastam para o reconhecimento de que o ato estatal em questão possui o necessário coeficiente de normatividade qualificada, apto a torná-lo suscetível de impugnação em sede de fiscalização abstrata”;

d) declarou-se que a citada Resolução n.º 21.702/2004, meramente explicitou interpretação constitucional anteriormente dada pelo STF e não ofendeu a cláusula constitucional da anterioridade eleitoral, preconizada no art. 16.

Lembre-se que, embora na data desse julgamento ainda estivesse em vigor o texto original do art. 105 da Lei n.º 9.504/97, sua redação já era clara o suficiente para restringir a edição de instruções pelo TSE, aprovadas por meio de resoluções, ao mínimo necessário à fiel execução da lei, como se pode conferir:

Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito.²¹⁰

Não obstante o momento histórico em que foi editada a Lei n.º 4.737/65 – Código Eleitoral, esse estatuto também já restringia a expedição de instruções pelo TSE unicamente à execução dos dispositivos constantes de seu texto, tendo a seguinte redação:

Art. 23 Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

Portanto, não deixa de se mostrar excessiva, sob diversos aspectos, a decisão proferida no julgamento da ADI n.º 3345/DF.

²¹⁰ Redação em vigor até 29 de setembro de 2009, data de edição da Lei n.º 12.034.

A doutrina é unânime em restringir o alcance desse poder regulamentar que se encontra conferido ao Tribunal Superior Eleitoral, limitando-o aos estritos termos do que dispõe a lei eleitoral.

Como afirma Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira²¹¹:

As resoluções dos Tribunais Eleitorais servirão para dirimir eventuais dúvidas em aplicação das leis citadas, estabelecer critérios para os procedimentos adotados em cada região, autorizado expressamente o Tribunal Superior Eleitoral pelo art. 105, caput, da Lei 9.504/97.

Além disso, as resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, que aprovam suas instruções, não deixam de ter natureza jurídica de um ato regulamentar e, por isso de estarem submetidas à lei.

A propósito do alcance do ato regulamentar, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello²¹²:

Disto resulta que o denominador comum encontrável para radicalizar atos compreendidos sob tal nome” [regulamento] “é tão-somente o caráter geral e normalmente abstrato que possuem, de par com a circunstância de serem expedidos por órgão diverso daquele ao qual esteja cometida a edição de leis (Legislativo)”.

(...) “Tudo isto leva a concluir que atos assim nominados nem sempre procedem da Administração, motivo pelo qual os únicos pontos em comum atinentes a todos os atos batizados como ‘regulamentos’ são os de provirem de órgão diverso do Legislativo e de consistirem em normas gerais, de regra, abstratas.

Assim, os princípios caracterizadores do princípio da legalidade no Brasil impõem ao regulamento o caráter de ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente de lei²¹³.

No caso das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, há outros e ainda mais restritivos limites que vêm expressos no art. 105 da Lei n.º 9.504/97, que foi alterado pela Lei n.º 12.034/2009, com o fim justamente de tornar ainda mais clara a contenção de seu poder regulamentar. São os seguintes os termos da lei:

²¹¹CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Direito eleitoral brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 142.

²¹²MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 303-304.

²¹³MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 305.

Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para a sua fiel execução, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos. (Grifei)

Há, portanto: i) um limite temporal, pois as instruções somente poderão ser expedidas até o dia 5 de março do ano da eleição; ii) uma restrição formal, pois devem ser editadas sob a forma de instrução, ainda que aprovadas mediante resolução; e, iii) talvez o mais importante, há um limite material, já que não podem inovar, criar ou extrapolar o disposto na lei ou na Constituição.

A despeito disso, em diversas oportunidades esses limites foram ignorados sob a chancela do Supremo Tribunal Federal, como mostram os fatos, chegando-se ao que afirma Antonio Tito Costa²¹⁴: “regras que apresentam em geral nítido conteúdo legislativo, às vezes mesmo até alterando textos de leis”.

Disso se pode concluir que a interpretação que se tem dado à expressão “expedir instruções que julgar convenientes” pode ter sido entendida como uma competência normativa ampla, o que jamais foi autorizado pela lei.

No julgamento da ADI 3345/0-DF, de uma forma geral, o Supremo Tribunal Federal referendou com encômios a Resolução do TSE n.º 21.702, de 2 abril de 2004, concluindo que a resolução impugnada consubstanciava a explicitação de julgamento anterior do próprio STF e que ela se limitou a agir em função da valorização da ordem constitucional.

3.10.2 Fidelidade partidária (ADI n.º 3999-7/DF)

A ADI n.º 3999-7/DF foi distribuída em 20 de junho de 2008 e teve como Relator o Min. Joaquim Barbosa.

Nessa ação direta o Partido Social Cristão – PSC impugnou a validade das Resoluções do TSE n.º 22.610/2007 e n.º 22.733/2008, que tratam da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa e o processo de justificação da desfiliação partidária.

Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal placidamente admitiu a edição de mais um ato normativo autônomo pelo Tribunal Superior Eleitoral, conhecendo da ação para julgá-la

²¹⁴COSTA, Antonio Tito. *Recurso em matéria eleitoral*. 9. ed. RT, São Paulo, 2010, p. 37.

improcedente, a despeito de toda a robusta argumentação formulada pelo interessado. Tais argumentos foram basicamente os seguintes:

a) contrariedade ao art. 121 da Constituição, uma vez que o art. 2º da Resolução n.º 22.610/2007 atribuiu competência ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária, em flagrante contrariedade à reserva de lei complementar exigida para a definição das competências de tribunais, juízes e juntas eleitorais.

Portanto, a despeito da exigência de lei complementar para a atribuição de competência, nos termos do que dispõe o art. 121 da Constituição, o art. 2º da Resolução n.º 22.610 dispõe:

Art. 2º O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado.

b) usurpação de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (art. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição), em virtude de o art. 1º da resolução inovar normativamente sobre a perda de cargo eletivo, ao dispor:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

I) incorporação ou fusão do partido;

II) criação de novo partido;

III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV) grave discriminação pessoal.

§ 2º - Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subsequentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

§ 3º - O mandatário que se desfilou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução.

Além disso, os artigos 3º a 12 da resolução ainda criam um novo rito processual, estabelecendo a forma da petição inicial e das provas, o prazo para a resposta, as consequências da revelia, os requisitos e os direitos de defesa, o julgamento antecipado da lide, a disciplina e o ônus da prova, atuando em flagrante excesso de competência.

c) a resolução ainda teria discrepado da própria decisão que a inspirou, emanada do STF, no que se refere à atribuição de legitimidade ao Ministério Público Eleitoral e ao terceiro interessado, ante a omissão do partido político, para postular a perda do cargo eletivo.

Restou claro que o Tribunal Superior Eleitoral, pela via de uma simples resolução, legislou ao conferir uma nova atribuição ao Ministério Público, o que somente seria possível por lei em sentido estrito.

Paradoxalmente, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção decorrente da infidelidade partidária, ante o argumento de que o mandato pertenceria ao Partido.

A despeito de todos esses argumentos suscitados pelo Partido interessado, entendeu o STF que não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo, mesmo que, como visto, falte a esse instrumento o necessário supedâneo constitucional ou legal.

O reconhecimento do despotismo normativo ficou subjacente no voto do relator, conforme declaração que constou da ementa:

As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismo para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar.

São constitucionais as Resoluções 22.610/2007e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral.

3.10.3 Fidelidade partidária (agora objeto da ADI n.º 4086-3/DF)

Na ADI n.º 4086-3/DF, distribuída em 5 de junho de 2008 ao mesmo Relator, Ministro Joaquim Barbosa, o Procurador-Geral da República formulou pedido similar ao deduzido pelo Partido Social Cristão na ADI 3999-7/DF.

No entanto, essa ação foi julgada em conjunto com a ação anteriormente ajuizada pelo PSC e acabou recebendo a mesma decisão.

Assim, em nome do princípio democrático e em assumida mudança de rumo jurisprudencial, o STF referendou as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do TSE e estabeleceu um novo caso de perda de mandato parlamentar, além daqueles já previstos no texto constitucional, entendendo que a permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato.

Portanto, sem considerações que tivessem lastro direto no texto constitucional, a Suprema Corte referendou mais essas resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, à revelia do legislador ordinário, embora admitindo que as resoluções impugnadas surgiram em contexto excepcional e transitório, “tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar”²¹⁵.

Ora, isso é flagrante imposição de um Poder da União sobre o outro, com base em postura eminentemente política.

Sobressalta, ademais, o fato de que, embora o julgamento do Mandado de Segurança tenha-se realizado em **4 de outubro de 2007**, o STF deu efeitos retroativos ao novo instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, ocorrida em **27 de março de 2007**.

Diante desse quadro, é pertinente a lembrança de Alexander Bickel, quando questiona:

Resta-nos fazer as perguntas mais difíceis. Que valores (...) são suficientemente importantes, ou fundamentais, ou seja, o que for, para serem preferidos pela Corte em face de outros valores afirmados pelos atos legislativos? E como a Corte deverá desenvolvê-los e aplicá-los?²¹⁶

²¹⁵ADI 3999/DF, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento 12/11/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe-071, Divulg. 16-04-2009, pub. 17-04-2009.

²¹⁶BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. Yale University Press - New Haven and London. Second edition, p. 55: “Yet it remains to ask the hardest questions. Which values, among adequately neutral and general ones, qualify as sufficiently important or fundamental or what have you to be vindicated by the Court against other values affirmed by legislative acts? And how is the Court to evolve and apply them?”

Aliás, esse acórdão somente guarda consonância com o que foi proferido antes na ADI nº 3345/0-DF²¹⁷, em que o Supremo Tribunal Federal proclamou ser o único e competente para reescrever a Constituição.

3.11 Medida cautelar deferida contra resolução

Em apenas um único caso, dentro do período destacado, foi identificada a concessão de uma liminar em ação direta de inconstitucionalidade, pela qual o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 91-A, caput, da Lei n.º 9.504/97 e, por arrastamento, ao art. 47, § 1º, da Resolução n.º 23.218, de 2.3.2010, do Tribunal Superior Eleitoral, que tratava da obrigatoriedade de exibição concomitante, no momento da votação, do título eleitoral e de documento oficial de identificação com fotografia.

Com fundamento no princípio constitucional da razoabilidade na interpretação dos dispositivos impugnados, foi deferida a *medida cautelar* em ação direta de inconstitucionalidade no sentido de que apenas a ausência de documento oficial de identidade com fotografia impede o exercício do direito de voto perante a respectiva seção eleitoral.

3.12 Confirmação da hipótese

Da análise das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face de atos normativos do Tribunal Superior Eleitoral no período de 30 de setembro de 1997 até 31 de julho de 2012, conclui-se como confirmada a hipótese aventada inicialmente, de que, quando submetidos ao crivo de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, esses atos normativos são sempre reconhecidos como válidos, confirmando o que já era uma suspeita bastante concreta.

No momento de redação deste estudo, surge a notícia de mais um caso que merece ser destacado por sua pertinência com o tema tratado.

O Supremo Tribunal Federal julgou o caso conhecido como “prefeito itinerante”, isto é, o candidato a prefeito que, já tendo cumprido dois mandatos em seu município de origem, troca de domicílio eleitoral para concorrer a subsequentes mandatos ao mesmo cargo em municípios vizinhos.

²¹⁷ADI 3345-0/DF. Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 25.08.2005 e publicado em 20.08.2010, RTJ 217/110.

O Tribunal Superior Eleitoral vinha entendendo, desde 2010, que é inelegível o candidato ao terceiro mandato como prefeito, ainda que em município diverso.

Embora tenha concluído que a decisão não deve retroagir, em razão do princípio da segurança jurídica, o Min. Gilmar Mendes proferiu voto condutor em que considerou inelegível o candidato nessas condições.

Assim, esse último caso apenas se soma ao rol dos outros que foram destacados na pesquisa, confirmando os dados coletados no sentido da tendência praticamente absoluta de que as resoluções do TSE são invariavelmente ratificadas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que não encontrem fundamento de validade na lei ou mesmo na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Como visto, a razão de todas as distorções apontadas pode ser creditada, em grande medida, à composição parcialmente simultânea dos dois Tribunais, o que, como se procurou demonstrar no curso deste trabalho, induz sempre um contexto de autojulgamento.

Não é o caso, entretanto, de simples extinção da Justiça Eleitoral com forma de solução. A Justiça Eleitoral brasileira, hoje, é bem aceita no cenário institucional e nem partidos políticos nem candidatos ou congressistas questionam sua existência, ao menos de forma ostensiva.

Em outros países, as soluções adotadas para a distribuição dos poderes no processo eleitoral são variadas. O estudo da Consultoria Legislativa do Senado Federal denominado "Funcionamento da Justiça Eleitoral em alguns Países"²¹⁸ mostra que é comum se deixar a operação das eleições com o próprio Poder Executivo nacional (como na Finlândia e na Argentina) ou municipal (como nos EUA, França e Alemanha). Mas em alguns países (como Chile e Uruguai) a administração das eleições fica a cargo de órgãos autônomos, não integrantes de nenhum dos Poderes tradicionais.

A resolução de questões eleitorais fica a cargo normalmente da Justiça Comum, como ocorre nos EUA e na Itália, sendo raras a instituição de cortes especializadas para isso, como ocorre no Brasil.

Contudo, a existência de uma justiça eleitoral especializada se encontra bem consolidada no Brasil, pelo tempo de sua existência, posto que criada pelo Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, tendo representado uma das inovações decorrentes da Revolução de 1930. Nesse mesmo ano foi promulgado o Código Eleitoral brasileiro, por inspiração do embaixador Joaquim Francisco de Assis Brasil.

Nesse quadro, a melhor alternativa seria uma Justiça Eleitoral autônoma e independente em relação a outros Tribunais, com uma composição que lhe fosse própria e exclusiva, pois ainda que só ocorram eleições no Brasil a cada dois anos, durante os intervalos de eleições o trabalho de processamento de impugnações e recursos segue intenso, o que, evidentemente, passa por uma reforma constitucional.

²¹⁸ Estudo nº 143, de 2000, Funcionamento da justiça eleitoral em alguns países. Gilberto Guerzoni Filho e Paulo Henrique Soares - Consultores Legislativos. Disponível em: www.brunazo.eng.br/voto-e/textos/SenadoEstudoSistemasEleitorais.odt

Além disso, sendo os direitos políticos espécie do gênero direitos fundamentais, cujos titulares se constituem do conjunto de eleitores, de candidatos e de partidos políticos, isso já seria motivo suficiente para se ter uma Justiça Eleitoral independente das demais, no que se refere à composição de seus membros. O reconhecimento do devido processo legal eleitoral, que se traduz no plexo de normas garantidoras da paridade de recursos e da igualdade de chances e, ainda, da segurança jurídica, que preconiza eleições dentro de um quadro de estabilidade e de previsibilidade, recomenda uma justiça especializada autônoma.

Diane disso, propõe-se primeiramente a alteração do art. 16 da Constituição Federal para se estender seu conteúdo restritivo à jurisdição eleitoral e constitucional, em face de decisões que interfiram no processo eleitoral a menos de um ano das eleições, ainda que fundadas no princípio democrático ou na moralidade da legislação.

A redação da Constituição Federal passaria a ser a seguinte:

“A lei e *qualquer interpretação judicial* que *possa* alterar o processo eleitoral entrará em vigor ou será válida na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”

Em vista dos excessos normativos praticados pelo Tribunal Superior Eleitoral a pretexto da edição de instruções, costumeiramente referendados pelo Supremo Tribunal Federal, propõem-se, ainda, alterações na Lei n.º 9.504/97 e no Código Eleitoral.

O art. 105 da Lei n.º 9.504/97 (Lei das Eleições) passaria a ter a seguinte redação:

Art. 105 Até um ano antes da data da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para a sua fiel execução, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos.

O art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral, por seu turno, teria sua redação totalmente alterada, inclusive para adequá-la ao texto atual do art. 105 da Lei n.º 9.504/97, passando a vigorar nos seguintes termos:

Art. 23 Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

IX – Até um ano antes da data da eleição, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas neste Código, poderá expedir todas as instruções necessárias para a sua fiel execução, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos.

Com isso, entende-se que se alcançaria outro estágio no desenvolvimento da Justiça Eleitoral, respeitando-se a opção do constituinte de 1988 de o país dispor de uma justiça especializada, seguindo a tradição já assentada por décadas na cultura institucional do País e que tem até hoje prestado relevantes serviços no sentido de estabelecer parâmetros de conduta responsáveis por parte dos atores políticos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situações e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, 2004.

BARBOSA, Rui. Trabalhos jurídicos – XI. In: *Obras seletas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ed. Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 2.3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. Yale University Press - New Haven and London. Second edition.

BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Título original: *L'età dei diritti*. Ed. Sistema. Madrid, 1991. Traducción: Rafael de Asís Roig.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 3 e ss.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed., Coimbra Editora: 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3ª ed., revista. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARNEIRO, Nelson. *A cassação dos mandatos e suas consequências políticas*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Direito eleitoral brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COSTA, Antonio Tito. *Recurso em matéria eleitoral*. 9. ed. RT, São Paulo, 2010.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro, revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. *Thinking about democratic constitutions*. In: SHAPIRO, Ian; HARDIN, Russel. *Political Order*. Nomos, XXXVIII, New York University Press, N.Y. and London, 1996

DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946*. v. 2º/ 516. Rio de Janeiro: 1947.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção justiça e direito).

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca jurídica WMF).

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 80e ss.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos; revisão técnica: Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF).

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Título original: *Appunti di storia delle costituzioni moderne*. Editorial Trotta, tradução para o espanhol: Manuel Martínez Neira.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. *Constitucionalismo garantista y democracia*. Crítica Jurídica, Curitiba, n. 22, 2003.

FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos*. In: *Obras completas*. Vol. 15. Tradução de Paulo Sérgio de Souza. Companhia das Letras, 1920-1923, pág.4 e ss.

FULLER, Lon Luvois. *American legal philosophy at mid-century*. 6 J. Leg. Educ., 1954, p. 457/ 463-4.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Tradução Flávio Paulo Meurer e nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 6.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 1997. Segunda Parte: A extensão da questão da verdade à compreensão nas ciências do espírito.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2.ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2ª ed., 12ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Tradução, textos adicionais, notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Paulo José M.; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix da. *O poder normativo da justiça eleitoral*. João Pessoa: Sal da Terra, 2004.

LASKI, H. *The foundations of sovereignty*. Nova York, 1921.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo e TAVARES, André Ramos. *Vade-Mécum eleitoral: integrado com resoluções, súmulas e jurisprudência*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MACKAY, Charles. *Ilusões populares e a loucura das massas*. Tradução Fidelity Translations. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

MAYR, O. *La bilancia e l'orologio: libertà e autorità nel pensiero político dell'Europa moderna*. Il Mulino, Bologna, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002-2010*. São Paulo: Saraiva, Série IDP, 2011.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar; Coelho, Inocêncio Mártires e Branco; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5.ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

NETO, Manoel Carlos de Almeida. Reflexões sobre a nova tipologia das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, Belo Horizonte, n. 3, p. 179/188.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2. ed. Bauru – SP: EDIPRO, 2000.

PIERANDREI, Franco. *I diritti soggettivi pubblici nella piu recente evoluzione dela dottrina germânica*. Torino: Giappichelli, 1940.

QUEIROZ, Cristina. *A interpretação constitucional e o poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p. 206.

RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral*. Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*, v.1, n. 2, abr./jun. Rio de Janeiro, 2006.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. *Teoría de la constitución*. Presentacion de Francisco Ayala; epílogo de Manuel Garcia-Pelayo; versión española de Francisco Ayala; Imprenta: Madrid, Alianza, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7.ed. São Paulo: RT, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. A katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-jun-28/sensoincomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 8 de jun. 2014.

TRIBE, L. H. *American constitutional law*. New York: The Foundation Press, 1988.

WOLFE, Christofer. *La transformación de la interpretación constitucional*. Traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1991.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011 – Série IDP.

_____. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Torino –IT: Editorial Trotta, 2001.

_____. *Diritto costituzionale* 1: Il sistema costituzionale delle fonti del diritto. UTET, Torino, 1987, 61.