

CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS

CONSTITUCIONAIS

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

IAGO FARIAS LORA

RODRIGO GONÇALVES RAMOS DE OLIVEIRA

DÁFINI DE ARAÚJO PERÁCIO MONTEIRO

CENTRO BRASILEIRO DE

ESTUDOS

CONSTITUCIONAIS

Organizadores:

Lilian Rose Lemos Rocha
Iago Farias Lora
Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira
Dáfini de Araújo Perácio Monteiro

**Brasília
2017**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Rocha Lemos

Projeto Gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB/ACC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais / organizadores, Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.]. – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2017.
483 p.

ISBN 978-85-61990-68-8

1. Direito constitucional. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 342.4

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	05
MEMÓRIA DOS ANOS 80: A CONSTITUINTE VISTA PELO SUPREMO <i>FRANCISCO REZEK</i>	08
PODER NORMATIVO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: O CASO BRASILEIRO	16
<i>INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO</i>	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	33
<i>SAUL TOURINHO LEAL</i>	
A IMAGINAÇÃO SOCIOLÓGICA DO SUPREMO? AMASSAMENTO E MÁ- FÉ CONSTITUCIONAL: OS LIMITES DO STF NA REFORMA POLÍTICA A PARTIR E ALÉM DA HISTÓRIA PERDIDA DA DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS.....	55
<i>THIAGO AGUIAR DE PÁDUA</i>	
INDETERMINAÇÃO DO DIREITO, DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA	80
<i>INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO</i>	
ESTADO, SOCIEDADE E DIREITO: DIAGNÓSTICOS E PROPOSTAS PARA O BRASIL	110
<i>LUÍS ROBERTO BARROSO</i>	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA	128
<i>ALESSIA BARROSO LIMA BRITO CAMPOS CHEVITARESE</i>	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	154
<i>CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA</i>	
DEMOCRACIA: MITO OU UTOPIA?	198
<i>MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA</i>	

“A CONDIÇÃO FEMININA NO PAÍS DOS BRUCUTUS”: UMA CONVERSA SOBRE MULHERES, PODER E IGUALDADE NO BRASIL MOCRACIA: MITO OU UTOPIA?.....	241
<i>DEBORA DINIZ</i>	
AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA NA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA E BRASILEIRA	248
<i>LUIZ FUX</i>	
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA: REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL – ADPF 130 – E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	268
<i>LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS</i>	
ESPERANÇA E DEMOCRACIA NA ÁFRICA DO SUL PÓS-APARTHEID.....	286
<i>SAUL TOURINHO LEAL</i>	
O FINANCIAMENTO DAS ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS NOS ESTADOS UNIDOS: DA DOCTRINA DO ONE MAN, ONE VOTE AO DOGMA DO ONE DOLLAR, ONE VOTE.....	331
<i>ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY</i>	
REFORMA POLÍTICA NO BRASIL: OS CONSENSOS POSSÍVEIS E O CAMINHO DO MEIO	374
<i>LUÍS ROBERTO BARROSO</i>	
O NECESSÁRIO EQUILÍBRIO ENTRE CONTROLE E GESTÃO DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	386
<i>VALDIR MOYSÉS SIMÃO</i>	
LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LEI 12.846/2013) – UMA VISÃO DO CONTROLE EXTERNO	411
<i>BENJAMIN ZYMLER</i>	
A FACE DO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES: MITO E REALIDADE.....	437
<i>LILIAN ROSE LEMOS ROCHA</i>	
TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO: EFICIÊNCIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO	437
<i>ALESSANDRO LUCCIOLA MOLON</i>	

APRESENTAÇÃO

O Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC foi idealizado com um espaço acadêmico de excelência na produção de conhecimento científico sobre temas relacionados aos valores constitucionais. Sua criação, em janeiro de 2013, foi obra do esforço conjunto de seu Presidente, o Ministro Carlos Ayres Britto, do seu Coordenador Geral, o Professor Doutor Eduardo Mendonça, da sua Coordenadora Acadêmica, Professora Doutora Lilian Rocha, e do desenvolvimento institucional do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e do Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, na figura de seu Diretor, João Herculino de Souza Lopes Filho.

Inserido no âmbito da Coordenação da Pós-Graduação em Direito, experimentou rápido sucesso e aceitação acadêmica, contando com Membros e Pesquisadores Associados do mais alto expoente científico, composto por ministros, doutores e mestres. Ademais, a participação dos alunos é constantemente fomentada, como forma de complementação da formação e incentivo à pesquisa e à produção científica.

Encontros mensais abordam temas atuais e sensíveis à conjuntura jurídica do país. Contando com grande público, são gravados e disponibilizados posteriormente na internet por meio de links constantes da página da instituição.

Com o amadurecimento do projeto e o crescente interesse dos discentes da graduação, o programa rendeu frutos, sendo criado, em 7 de dezembro de 2015, o CBEC Universitário – um ambiente propício para que os alunos da graduação e recém-formados experimentem o protagonismo acadêmico, conduzindo debates e exposições de temas palpitantes e atuais da esfera constitucional do país.

Dando seguimento à sua missão institucional e sua vocação desde a sua criação, o presente trabalho instaura uma nova página na história do CBEC, sendo a obra inaugural de suas publicações acadêmicas. A presente obra reúne a primeira coletânea de artigos escritos pelos membros do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais e, como não poderia deixar de ser, expõe questionamentos e problematizações refinados, que instigam a classe acadêmica.

Neste primeiro trabalho, começamos com o artigo escrito por Francisco Rezek, no qual, num relato histórico, descreve como o Supremo Tribunal Federal da época se posicionou frente à Assembleia Constituinte que originou a presente Constituição Federal.

Prosseguindo em um bloco temático de artigos que expõe a realidade enfrentada no atual momento da democracia pátria, onde se discute o papel que cabe ou deve caber ao Poder Judiciário: Inocência Mártires apresenta um estudo de caso sobre o Poder Normativo das Cortes Constitucionais, no exemplo brasileiro. Saul Tourinho Leal aborda os bastidores de uma Suprema Corte, em comparação entre Brasil e Estados Unidos da América. Thiago Pádua discorre sobre as limitações do Supremo Tribunal Federal no tema da reforma política. Retorna Inocência Mártires com uma análise sobre a forma de compatibilização entre a indeterminação do direito, a discricionariedade judicial e a segurança jurídica. Alessia Chevitarese realiza uma crítica sobre o diálogo institucional no tocante à nomogênese legislativa. Luís Roberto Barroso faz um diagnóstico sobre as disfunções que afetam o Estado Brasileiro e propõe medidas práticas de superação. Christine Peter trabalha a questão do ativismo constitucional, propondo a classificação tripartite para o enfrentamento do tema.

Uma análise teórica sobre o nosso Estado Democrático de Direito e o estágio atual de nossa democracia é o tema do bloco seguinte de artigos: Elizabeth Rocha traça uma trajetória histórica do Estado Democrático de Direito a fim de questionar se a democracia seria um mito ou uma utopia. Débora Diniz traz uma contundente análise sobre a condição feminina, poder e

igualdade na sociedade brasileira. Luiz Fux apresenta uma análise jurisprudencial comparada entre Brasil e Estados Unidos na temática das liberdades de expressão e imprensa; prosseguindo no tema, Luís Inácio Adams também realiza um estudo comparativo sobre a questão.

Em um último bloco de temática variada, relevante e atual, com enfoque na democracia e ética na gestão pública: Saul Tourinho Leal trata da democracia na África do Sul pós-Apartheid e a busca pela felicidade pública. Arnaldo Godoy foca no modelo norte-americano de financiamento das eleições presidenciais para demonstrar a força do poder econômico. Luís Roberto Barroso retorna com uma análise acadêmica e propositiva sobre a reforma política brasileira. Valdir Simão aborda o tema da corrupção sob o enfoque do equilíbrio entre ações de controle e ações de fomento da cultura da integridade na gestão pública. Benjamin Zymler destrincha a Lei Anticorrupção Empresarial sob o enfoque do controle externo. Lilian Rocha aborda a questão da biopirataria ao apontar as falhas da legislação e cobrar uma fiscalização ética e rigorosa. Alessandro Molon finaliza o livro com seu artigo “Transparência e Participação: Eficiência no Combate à Corrupção”

Sendo esse o primeiro de uma série de trabalhos que o Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais tem a apresentar.

Dáfini Monteiro e Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira

MEMÓRIA DOS ANOS 80: A CONSTITUINTE VISTA PELO SUPREMO

Francisco Rezek

Pouco se escreveu até hoje sobre os sentimentos reinantes no Supremo Tribunal Federal na segunda metade da década de oitenta, ao longo das preliminares, da instalação e dos trabalhos da assembleia congressional que produziu a Carta de 1988. Alguns dos estudiosos da história do tribunal pareceram entender que a casa se dividira entre uns raros entusiastas do processo preparatório de uma nova Constituição para o Brasil ___ e outros nem tão ansiosos pelo andar do projeto nem tão esperançosos na qualidade do resultado. Houve quem anotasse, ao lado disto, uma possível divisão entre juízes flexíveis no seu entendimento das dimensões do poder da assembleia ___ e outros, mais numerosos, firmes na convicção de que a constituinte dos anos oitenta, no quadro de suas circunstâncias, não poderia alçar voo livre como se fosse a primeira da história de um povo, ou como se marcasse o desfecho de alguma autêntica revolução.

Os juízes do Supremo pressentiam desde o início, como qualquer observador do processo político da época terá pressentido, que a constituinte, sobretudo ___ mas não unicamente ___ porque forjada no próprio parlamento, veria desaguar em seus corredores uma enxurrada diluviana de ideias nem sempre luminosas, de sugestões nem sempre sensatas, de propostas nem sempre imaculadas em sua motivação, de disparates e tolices de todo gênero. Boa parte desse material, quase todo rejeitado, perdeu-se nos bueiros da assembleia sem ter sequer divertido a imprensa pelo teor anedótico que edulcorava algumas das propostas. Uma pequena parte ___ era inevitável que isto acontecesse ___ contaminou o texto afinal promulgado, comprometendo sua qualidade sem com isto produzir, do nosso ponto de vista, grandes danos.

Tínhamos consciência de que ao Supremo incumbiria, afinal, resolver sobre todos os conflitos e perplexidades resultantes do que pudesse haver de ambíguo ou incongruente num texto que, pelo só fato de sua extensão prodigiosa, não teria como deixar de abrir espaço, aqui e ali, a diferentes leituras.

Nada, entretanto, nos parecia, no contexto das extravagâncias, mais exasperante que a proposta — originária de vozes da própria comunidade jurídica instalada na academia — de criação de um novo colegiado de cúpula, inspirado nas cortes ou conselhos constitucionais do velho mundo. Não é verdade que o Supremo estivesse a perder o sono à conta da insistente campanha por um controle externo do Judiciário. Sabíamos que esse núcleo de monitoramento da administração judiciária acabaria por vir, como veio de fato, dezesseis anos mais tarde, na fundação do Conselho Nacional de Justiça; e que faria um bom trabalho, de que precisávamos e de que os sistemas internos de correição sabidamente não davam conta. Tudo quanto nos opôs na época ao controle externo foi nossa justa percepção do que estava subjacente naquela ideia à vista do rosto de seus então proponentes: da miséria de suas credenciais, da respectiva história, de suas mais que prováveis intenções.

O fantasma da corte constitucional, bem mais que o do controle externo, haveria de ser exorcizado. Seus ideólogos mal se davam conta de que sistemas europeus de feição parlamentarista não teriam como ajustar-se ao nosso padrão político, federal e presidencialista, consagrado pelos fundadores da República à luz estrita do modelo norte-americano. Oscar Correa escreveu na época para demonstrar que aqui, como nos Estados Unidos, a corte suprema pontifica um poder independente onde a mais elementar das responsabilidades é justamente a guarda da Constituição. Elio Gaspari perguntou-me, ainda no primeiro ano de trabalho da Assembleia Nacional Constituinte, se escreveria sobre o tema para o Ponto de Vista, a última página da revista Veja. O pequeno artigo foi publicado em setembro de 1987, com um título que sintetizava nossas convicções: Três poderes bastam.

“Os ecos do bicentenário da Constituição dos Estados Unidos chegam a toda parte e convidam, entre nós, a um instante de reflexão sobre determinada ideia do Poder Judiciário: uma parcela do poder público deve recair sobre elementos estranhos à arena política e habilitados ___ por não buscarem prêmios nem temerem represálias ___ a fazer cumprir a Constituição e as leis sempre que forem provocados pelo cidadão que reclama a garantia de seus direitos.

A pretendida ‘corte constitucional’ reponta, à primeira abordagem, como um órgão a mais num país entre cujos problemas não figura, por certo, o da escassez de órgãos públicos, cargos ou dignidades. Foi dito por seus idealizadores que tal corte, apartada de qualquer dos três poderes tradicionais do Estado, teria entre outros encargos o de resolver conflitos que acaso se travassem entre aqueles poderes. Entretanto, a história do Brasil não ajuda a entender que conflitos são esses. Os que no passado opuseram o Executivo ora ao Congresso, ora ao Judiciário tiveram por pano de fundo a quebra da ordem jurídica e a excepcionalidade do regime, parecendo claro que em tais circunstâncias nenhuma corte constitucional teria sido chamada a serenar os ânimos.

Na composição da corte, segundo algumas das propostas que vieram à mesa, haveria uma partilha das vagas entre os três poderes, de tal sorte que seria possível distinguir os guardiães da Constituição conforme sua origem executiva, parlamentar ou judiciária. A vitaliciedade cederia lugar, em nossa aventada corte constitucional, à temporariedade, cogitando-se de mandatos pouco mais ou menos extensos que aqueles dos senadores. Não foi possível saber se, dentre os diversos defensores do projeto dessa nova corte, predomina a ideia de que ela só deva examinar questões constitucionais em abstrato ou se lhe chegariam às mãos também os casos concretos, as demandas comuns de variada natureza em que incidentalmente surgisse um tema constitucional. Naquela hipótese, é provável que a corte viesse a ter uma carga de trabalho magra demais para justificar seu status e seu custo ao orçamento público.

O que há hoje de tão errado, afinal? A Justiça, no Brasil, não atua com a desejada expediência? Podem ser desiguais diante dela, em razão dos custos, as perspectivas do trabalhador e as do potentado? Não lhe tem sido possível imunizar-se contra o ingresso eventual em seus quadros de personagens inidôneos ou estúpidos? Nem mesmo lhe foi possível guardar-se à margem da baderna em que se converteu, nos últimos anos, de norte a sul do país, o sistema salarial do serviço público? Todos esses estigmas e outros mais reclamam pronto remédio, mas num âmbito puramente instrumental, que nada tem a ver com a definição do modelo, com a ideia constitucional do Poder Judiciário.

Reunidos neste mês de agosto em San Francisco, na Califórnia, os advogados americanos, pela voz do presidente da ordem, Eugene Thomas, afirmavam que a perfeita independência do Judiciário foi quanto assegurou, nesses 200 anos, a vitalidade da Carta de 1787 e o equilíbrio político de uma democracia em que, quando necessário, sacrifica-se o presidente para que prevaleça o direito. Marca fundamental desse modelo, assimilado no Brasil republicano, é que a legalidade dos atos do governo e a constitucionalidade das leis de qualquer nível devam discutir-se ante o Judiciário sempre que contestadas por qualquer pessoa ou instituição. Só uma extremada candidez pode levar a crer na confiabilidade de um regime em que a palavra final, na primeira hipótese, coubesse a órgãos do próprio governo – os chamados tribunais administrativos – e, na segunda, a um colégio de composição cambiante, sintonizado com a corrente política majoritária em certo momento histórico.

Se vier a prevalecer, ao termo dos trabalhos da Constituinte, o abandono do sistema presidencialista em prol de um governo de gabinete, estará excluída a possibilidade de divergência entre os dois poderes políticos, transformados em corpo homogêneo de determinação dos destinos do Estado. Tanto mais graves, neste caso, serão as consequências da politização do órgão a que se entregará a tarefa de preservar a Constituição contra a afronta que acaso lhe façam leis ordinárias promulgadas pelo parlamento e executadas por um

governo dele dependente. A corte constitucional não seria o ‘quarto poder’ de que falam alguns dos seus proponentes, mas um disfarce orgânico para o mais rude dos retrocessos: a unificação pura e simples do poder. Não haveria mais freios nem contrapesos. Num antológico exercício de cinismo, teríamos conseguido ignorar a existência das minorias e esquecer que somos, por definição, um país de insatisfeitos. A estes nada mais valeria recomendar que a oração pelo rápido curso do tempo: até quando soasse a hora da volta às urnas, haveria de resplandecer a ideia simplória e monolítica de um ‘interesse geral’, traduzido, sem contestação possível, na voz dos vitoriosos do dia.

Os brasileiros de modo geral, as escolas, as empresas, os sindicatos, as comunidades de toda espécie, as pessoas de toda índole parecem pouco inclinados a abdicar da prerrogativa de demandar não apenas contra o governo, mas contra o próprio Congresso, diante de um poder independente, não politizado, nem transitório, nem conjuntural, nem comprometido, a qualquer título, com a dinastia reinante. Não é na doutrina dos oráculos que têm gravitado ultimamente em sua órbita, mas no sentimento generalizado da sociedade civil, da gente do povo, dos brasileiros comuns, que a Assembleia Nacional Constituinte encontrará, por certo, neste e noutros impasses, o melhor caminho.”

Não prevaleceu, afinal, o abandono do sistema presidencialista em prol de um governo de gabinete. No desenho essencial do modelo do Estado prevaleceu o bom senso: quem sabe à conta do pressentimento, pela classe política, de que cinco anos mais tarde, chamado às urnas em plebiscito, o povo brasileiro – contra a preferência de sete em cada dez políticos profissionais, da direita à esquerda radical – imporá à bandeira parlamentarista uma humilhação quase tão grande quanto a que impôs, nas mesmas urnas, ao projeto de abolição da república e restauração da monarquia...

Agora, aos vinte e cinco anos da Carta, confirma-se o prognóstico: as zonas cinzentas do texto foram clarificadas pelo Supremo, quase sempre com acerto e às vezes com excepcional clarividência. Para desgosto de alguns membros do Congresso, do governo, da própria sociedade, o tribunal alargou

quanto pôde os limites de sua competência, isto para ir além do dispositivo formal da Constituição em honra de seus princípios fundamentais. Para desgosto de alguns acadêmicos, abençoados com uma concepção simplória do que chamam de 'direitos humanos', o tribunal não cedeu __ nesse domínio que Norberto Bobbio chamou de tautológico __ nem à tentação do discurso fácil nem à pressão dos ativistas que, em defesa dos direitos humanos que habilidosamente selecionaram para defender, agridem com virulência tantos outros direitos não menos humanos. Em várias ocasiões, no quarto de século, o Supremo enfrentou com lucidez este que é o mais pungente dilema da consciência jurídica de nosso tempo: o conflito entre duas distintas categorias de direitos humanos; o embate entre dois estratos da sociedade civil que se confrontam, não raro com paixão, arvorando cada um deles uma diferente bandeira de direitos rigorosamente 'humanos'. Foi inevitável, nessas horas difíceis, que o tribunal se dividisse na determinação, afinal majoritária, do direito merecedor de prevalência; e que amargasse unânime o sacrifício do outro...

Sob as luzes da Carta e à vista de nossa realidade, mesmo em horas críticas, o Supremo mostra ter consciência de quanto lhe é cômodo encabeçar a pirâmide judiciária numa nação uniforme, como poucas, nos seus conceitos básicos. Ninguém hoje vacila na identificação das prioridades do Estado brasileiro, e especificamente das prioridades da ordem jurídica; no diagnóstico das patologias do Estado e do direito; nem mesmo no reconhecimento dos domínios onde a correção de rumos se impõe mais imediata, enérgica e completa. Mas a corte há de ter, diante da história destes últimos vinte e cinco anos, consciência de que nossos colapsos não foram tão graves quanto aqueles enfrentados por outras nações __ e pela organização internacional no seu conjunto. Vimos nesse período, naquilo que sempre entendemos como grandes democracias do ocidente, o poder público divorciar-se abertamente das ruas e, em assuntos da importância da paz e da guerra, tomar decisões à revelia de dois terços, ou de três quartos, até de nove décimos das respectivas sociedades.

No Brasil de hoje, no jubileu da Constituição de um novo tempo, a mais expressiva das divisões que antagonizam brasileiros é, provavelmente, aquela que extremiza de um lado os deslumbrados do neoliberalismo e, de outro lado, a corrente radical na guarda dos ideais da esquerda do meado do século XX, cujo sentido crítico não foi bastante para perceber que parte daquele discurso esclerosou-se. Parte apenas, não todo o discurso, visto que o desfecho da guerra fria, no romper dos anos noventa, marcou o triunfo de certas bandeiras ocidentais, mas, decididamente, não de todas. Sabemos que não há mais lugar em parte alguma, destacadamente no Brasil, para o estado policial, para a república de beleguins e de esbirros; e que nenhum suposto interesse coletivo justifica a montagem de regimes de partido único. Sabemos também que o Estado não é o melhor gerente para a atividade econômica, que uma parcela importante dessa atividade deve estar por conta do setor privado __ desde que o Estado não deserte do seu dever de regular, sobretudo onde, no setor privado, as forças podem ser ainda tão desiguais como no Brasil. A Constituição de 1988 faz ver que o Estado não pode, em nome da celebração epifânica que sucedeu ao final da guerra fria, imaginar que deva abandonar seu poder regulatório: a necessidade absoluta de reger o setor privado, não permitindo que o mercado – em última análise, a lei da selva – governe a atividade econômica. O Estado tem frente à sociedade, sobretudo frente aos estratos mais deserdados da sociedade, compromissos que ele não poderia desonrar.

Mas se o contraste entre neoliberais festivos e radicais sombrios da política estatizante é o que existe de mais acalorado na dialética nacional do nosso tempo, isso nos identifica como um povo coeso: divisões dessa natureza não levam ninguém à guerra civil, não levam a ódios nem a ressentimentos duradouros, podem resolver-se no saudável debate político que mostre, afinal, os rumos mais seguros a perseguir sob a regência da Constituição. Este é um país fiel aos princípios que desenharam até hoje sua imagem entre as nações: a imagem de um país que construiu sua grandeza sem lesar ninguém, sem ter sido protagonista ou cúmplice da destruição, da exploração, da humilhação de qualquer outro povo. Um país sem remorsos num mundo cheio deles, uma

bandeira limpa entre tantas bandeiras ensanguentadas. Deste país são muitos os que lá fora esperam que esteja na linha de frente à hora de fazer valer, no plano global, aquilo que o próprio Brasil e tantas outras nações conseguiram no plano interno: a consagração do princípio democrático, a construção do estado de direito. Pois foi isto o que a sociedade internacional, nesta virada de século, infelizmente não conheceu: o estado de direito. Viveu-se lá fora um período de eclipse do ideal de justiça, de desprezo pela regra de direito, de colapso da organização internacional, de afirmação arrogante de políticas de poder, de sacrifício generalizado da vida e da dignidade da pessoa humana.

Ninguém, dentro ou fora da suprema corte do Brasil, sabe com certeza quanto tempo falta para realizar por inteiro o ideário da Carta de 1988; para superar nossos derradeiros dramas humanos, para superar a orfandade social e econômica que fustiga, ainda, tantos brasileiros, e que responde pela insegurança de tantos outros. Menos ainda sabemos quanto tempo falta para que a sociedade internacional reconstrua o estado de direito, ou para que ela retire a Organização das Nações Unidas da zona de rebaixamento em que foi lançada, e para que faça valer, em escopo global, o primado do direito. Sabemos, entretanto, que a Justiça do Brasil, a exemplo de seu povo que revela grandeza e visão de mundo, que em nenhum momento perdeu — quando tantos pareceram ter perdido — a noção exata da fronteira entre crime e legalidade, há de celebrar esse sonhado mundo novo com o mesmo espírito com que celebra hoje os vinte e cinco anos de sua Constituição.

PODER NORMATIVO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: O CASO BRASILEIRO

Inocência Mártires Coelho¹

1 PREMISSAS DA TESE

A afirmação, no título desta comunicação, da existência de um poder normativo na jurisdição constitucional, assenta-se pelo menos em duas premissas básicas, a saber:

1. As constituições, como documentos vivos e abertos à ação do tempo, estão sujeitas ao *panta rhei*, à lei da eterna transformação. Na medida em que disponham de força normativa – por sua própria natureza e função, todas elas possuem esse atributo em alguma medida –, ao mesmo em que se modificam, vão modificando a realidade em que emergem e sobre a qual atuam, numa fecunda interação dialética entre realidade constitucional e texto constitucional, entre âmbito normativo e programa normativo, ou se, quisermos entre infraestrutura e superestrutura. Não seria diferente, portanto, a forma de ser e de existir da nossa Carta Política, que foi promulgada em 5 de outubro de 1988 e até hoje permanece em vigor, graças à nossa vontade de Constituição, ao respeito que lhe devotamos, como a lei suprema que rege a nossa vida em comum;²

2. As cortes constitucionais, institucionalmente, situam-se fora e acima da tradicional tripartição dos poderes do Estado. A matéria prima com que trabalham esses supertribunais é o texto da Constituição. Esse texto é o mais aberto possível; por isso, comporta as mais diversas leituras, a depender de cada situação hermenêutica, leituras que, pela natureza e função dessas cortes, incorporam-se à Constituição, como se fossem emendas constitucionais, mesmo que esses tribunais não disponham, expressamente, desse "poder constituinte"

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – do UniCeub.

² Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1979, p. 216/222.

atípico. Assim, a cada interpretação, a Constituição vai sendo reescrita, por via hermenêutica, e contra isso não há outra saída senão a crítica externa, que inibe, mas não impede, esse comportamento dos órgãos encarregados de dar a última palavra – nem que seja uma última palavra provisória – sobre o sentido e o alcance dos preceitos constitucionais. Nisso consiste o poder normativo da jurisdição constitucional ou a dimensão normativa das suas interpretações.³

2 O PODER NORMATIVO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Lendo, faz alguns anos, a Teoria Geral do Direito e do Estado, de Hans Kelsen, deparei-me com a instigante observação – por ele atribuída a um certo bispo Hoadley –, de que o verdadeiro legislador é aquele que dispõe de autoridade absoluta para interpretar quaisquer normas jurídicas – sejam elas escritas ou faladas –, e não a pessoa que por primeiro as escreveu ou transmitiu verbalmente, uma assertiva de resto semelhante à que formularam Hobbes e Perelman, para os quais o legislador [*rectius*; o atual] não é aquele por cuja vontade se editaram as leis, mas aquele que, podendo revogá-las ou interpretá-las autenticamente, as mantém em vigor com o sentido em que vêm sendo aplicadas.⁴ Idêntico, enfim, é o pensamento de Rousseau ao dizer que a lei de ontem não obriga hoje, mas o consentimento tácito presume-se pelo silêncio e presume-se que o soberano confirma incessantemente as leis que, podendo, ele não ab-rogou; e que tudo o que uma vez declarou querer, quererá sempre, a menos que o revogue.⁵

No desconcertante Nietzsche, por outro lado, me deparei com a aquela sentença de que não existem fatos, mas, apenas, *interpretações* de fatos, e

³ Mauro Cappelletti. *O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais*, in Revista de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, Ano II, janeiro a junho de 1961, vol. 3, p. 38; Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1991, p. 19; Conrado Hübner Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva; 2011, com especial atenção para a Nota 4, p. 216, e para o *Apêndice*, às páginas 249/254.

⁴ Hans Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, UNAM, 1969, p. 182/183; Thomas Hobbes. *Leviatã*. México: Fondo de Cultura Económica, 7ª reimpressão, 1996, p. 220; Chaïm Perelman. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 625.

⁵ J.J.Rousseau. *Do Contrato Social*, in Obras de Jean-Jacques Rousseau. Rio de Janeiro: Editora Globo, vol. II, 1962, p. 81.

tampouco fenômenos morais, mas, apenas, uma *interpretação moral* dos fenômenos, ainda que se possa dizer — reconhecia o próprio filósofo —, que isso tudo já é uma *interpretação*.⁶

De outra feita, consultando o fecundo Mauro Cappelletti, fiquei impressionado com a afirmação — que adotamos como uma das premissas desta exposição — de que as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais; que elas não podem ser enquadradas nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os legislativos, nem muito menos entre os órgãos executivos estatais; e afinal, que esses tribunais extraordinários possuem uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos três poderes tradicionais, antes incide de várias formas sobre todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência das normas constitucionais.⁷

Mais adiante, desta feita lendo textos antigos de Francisco Campos sobre o papel institucional do STF e a inevitável criatividade das suas decisões, no exercício da jurisdição constitucional, deparei-me com estas considerações expostas a seguir, de generalizada aceitação pelos constitucionalistas mais categorizados.

Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva, mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular. O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata,

⁶ Friedrich Nietzsche. Fragmentos finais. Brasília: Editora da UnB, 2002, p. 157; A vontade de poder. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 153 e 260.

⁷ Mauro Cappelletti. O controle da constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais, in Revista de Direito Processual Civil, Ano II, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 1961, p.38.

amorfa ou indefinida a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie".⁸ (grifos nossos).

Noutra ocasião, compulsando textos do clássico Alexander Pekelis sobre a Constituição norte-americana, surpreendi-me com a passagem a seguir, sempre lembrada pelos admiradores dessa bicentenária carta política.

Devemos recordar que em certo sentido os Estados Unidos não têm uma constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contêm senão um apelo à honestidade e à prudência daqueles a quem é confiada a responsabilidade da sua aplicação. Dizer que a compensação deve ser justa ; que a proteção da lei deve ser igual ;que as penas não devem ser nem cruéis nem inusitadas; que as cauções e as multas não devem ser excessivas; que as investigações ou as detenções hão de ser motivadas ; e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar sem o devido processo legal, tudo isso outra coisa não é senão autorizar a criação judicial do direito, e da própria Constituição, pois a tanto equivale deixar que os juizes definam o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual.⁹

Com igual admiração, anotei de Charles Hughes, que foi Governador do Estado de Nova York e, depois, presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, a frase-síntese da experiência constitucional do seu país, a proclamar que os americanos vivem sob uma constituição, mas que essa carta política é aquilo que os seus juizes dizem que ela é.¹⁰

Estudando, agora, o autodenominado pós-positivismo ou neoconstitucionalismo¹¹, sou informado por muitos dos seus estudiosos que esse movimento de ideias, de significativa presença em diversos países, pode caracterizar-se pelos seguintes traços fundamentais – afora outros, que não

⁸ *O Poder Judiciário na Constituição de 1937*, in Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 367.

⁹ Alexander Pekelis. *La tecla para una ciencia jurídica estimativa*, in El actual pensamiento jurídico norteamericano. Buenos Aires: Editorial Losada, 1951, p. 125.

¹⁰ A frase, frequentemente citada, é referida, entre outros, por Antonio Carrillo Flores, no *Prólogo* à edição espanhola da obra de Charles Evans Hughes — *The Supreme Court of the United States. Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation*— publicada em 1946, pelo Fondo de Cultura Económica, com o título La Suprema Corte de Estados Unidos.

¹¹ Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 202, Nota 65.

vem ao caso indicar —, todos eles ligados à chamada interpretação especificamente constitucional.

- a) mais constituição do que leis;
- b) mais juízes do que legisladores;
- c) mais princípios do que regras;
- d) mais ponderação do que subsunção; e
- e) mais concretização do que interpretação.¹²

Pois bem, vistos em conjunto, e sem necessidade de maiores reflexões, pode-se dizer que esses traços distintivos pretendem configurar e/ou sintetizar uma expressiva mudança de paradigmas ou, se preferirmos, uma autêntica subversão dos esquemas de pensamento do constitucionalismo tradicional, tal como ele surgiu e se desenvolveu desde o final do século XVIII até praticamente todo o século XX.

Para fundamentar esta assertiva de ordem geral, comecemos pela prevalência da Constituição, que antes se considerava como fonte mediata ou, simplesmente, como fonte das fontes do direito, conferindo-se à lei a função de regular de forma direta, imediata e soberana, todas as relações sociais, e ao legislador, a mais ampla liberdade de conformação, sob o entendimento de que a lei — expressão, sempre renovada, da vontade geral —, era congenitamente legítima e os seus autores, como representantes e/ou tradutores dos anseios do povo, não deveriam submeter-se a nenhum controle ou censura estranhos aos parlamentos.

¹² Para uma visão sumária dessa temática, inclusive críticas e confrontos de posições, ver Miguel Carbonell (Org.). Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, e Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2005. Sobre o neoconstitucionalismo no Brasil, ver Luis Roberto Barroso. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 306-350; Elival da Silva Ramos. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279-288; e Carlos Bastide Horbach. *A nova roupagem do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos*, São Paulo, *RT*, 859: 91, maio 2007; Carlos Bastide Horbach. *A Nova roupa do Direito Constitucional: Neoconstitucionalismo, Pós-Positivismo e outros modismos*. In Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 295.

Para o novo constitucionalismo, a Constituição, que no passado era um simples catálogo de competências e de fórmulas exortativas, que não vinculavam o legislador – nesse sentido ela era apenas um texto político, sem pretensão de injuntividade –, assume, agora, a função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de normatividade própria e imediatamente eficaz – a força normativa da Constituição –, relegando-se a Lei, antes soberana, à condição de ato infraconstitucional, sujeito a controle de legitimidade, formal e material, em face da Constituição. Esse controle, por outro lado, é confiado a todos os agentes oficiais da sua interpretação/aplicação, desde os órgãos da jurisdição ordinária, que habitualmente a manejam, até as cortes constitucionais, que estão acima dos demais Poderes e, por isso mesmo, desfrutam de prerrogativas infinitamente maiores do que as que eram reconhecidas ao legislador recém-destronado. É precisamente esse o sentido da expressão *mais Constituição do que leis*, a evidenciar a supremacia e a aplicabilidade direta da Carta Política e não a existência de muitas constituições, o que seria uma rematada tolice, porque todos sabem que em qualquer Estado de Direito existe só *uma* Constituição e leis as mais diversas.

Como consequência necessária e imediata da supremacia e da aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais, tem-se a segunda característica desse novo constitucionalismo – *mais juízes do que legisladores* –, a sinalizar para o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito e não como simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, não resolvem os problemas suscitados pela convivência humana. Afinal, como ensina Emilio Betti, o intérprete não trabalha com meras suposições, mas apenas com o *feito* ou o *falado*.¹³

¹³ Emilio Betti. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975, p. 28.

Quanto à terceira característica desse novo constitucionalismo — mais princípios do que regras —, o que temos diante de nós é a constatação de que, hoje em dia, reconhecida a não correspondência entre texto e norma, os preceitos tidos como genuinamente constitucionais apresentam-se sob a forma de enunciados abertos e, por isso, portadores de múltiplos significados, a serem revelados/atribuídos por seus intérpretes/aplicadores, em cada situação hermenêutica. Nesse sentido, todo princípio — em verdade todo enunciado jurídico — é plurinormativo, porque dele podemos extrair mais de uma norma, como atestam as mutações normativas ou *viragens da jurisprudência*.

Intimamente ligada a essa terceira nota distintiva, a rigor apenas uma consequência do que nela se contém, a quarta característica do movimento neo-constitucionalista — mais ponderação do que subsunção — ela traduz a singularidade da chamada *interpretação especificamente constitucional*, enquanto hermenêutica de princípios, em cujo âmbito não poderemos torná-los operativos utilizando o raciocínio silogístico e a técnica da subsunção, pelo simples fato de que tais instrumentos só têm aplicação a preceitos cujas *hipóteses de incidência* e respectivas *consequências jurídicas* venham previamente determinadas pelo legislador, conforme o clássico enunciado *se A, então B*, no qual o elemento *A* representa o suposto de fato cuja ocorrência, no mundo real, tem como consequência a atualização do elemento *B*, no mundo do direito.

Como no âmbito dos princípios jurídicos — enquanto pautas axiológicas abertas e indeterminadas — esses elementos não são estabelecidos, desde logo, pelo legislador, até porque traduzem apenas razões para que se decida num ou noutro sentido, o modo de aplicá-los exige que os intérpretes/aplicadores avaliem essas *razões*, optando, afinal, pela solução que se lhes mostre *correta e justa*, à luz do caso concreto. Por isso é que se diz que, num conflito entre princípios constitucionais, funciona como hipótese de incidência o próprio caso sob apreciação e, como consequência jurídica, o princípio que vier a prevalecer. Nesse sentido, lembrando Carlos Cossio, em citação de Castanheira Neves, dir-

se-ia que, à semelhança das leis, é possível aplicar princípios por subsunção, mas só depois de os escolhermos por *valorização*.¹⁴

Quanto à quinta e última característica do novo constitucionalismo – *mais concretização do que interpretação* – para bem compreendê-la devemos ter presente, mais uma vez, a distinção entre regras e princípios. As primeiras a demandarem a descoberta do seu sentido, seja ele o que foi idealizado, subjetivamente, pelo legislador empírico, seja o que, independentemente da sua vontade, ou mesmo à sua revelia, veio a se fixar objetivamente no texto e, como tal, há de ser levado em conta pelos intérpretes/aplicadores; os segundos, os princípios jurídicos, cuja abertura semântica não nos permite falar de apenas um, mas de múltiplos significados, postos à disposição dos seus operadores para que os concretizem à luz das peculiaridades do caso. A propósito, relembremos, com Böckenförde, que enquanto a interpretação é uma indagação sobre o conteúdo e o sentido de algo *precedente*, já a concretização é o preenchimento criativo de uma pauta que se volta para o *futuro* e que permite aos seus intérpretes/aplicadores optar pela *leitura* que lhes parecer mais adequada, em cada caso, à realização da justiça material como referente fundamental da ideia de direito.¹⁵

Diante disso tudo, parece plenamente justificada a assertiva de Rubio Llorente ao dizer que, atualmente, a doutrina da interpretação é o núcleo essencial da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, assim como da Teoria do Estado e, de alguma forma, até mesmo da própria Teoria do Direito, na medida em que os traços fundamentais desse *novo constitucionalismo* ou *pós-positivismo* – a depender do ponto de vista em que os analisarmos – poderão ser vistos como causa ou consequência da chamada *interpretação especificamente constitucional*.¹⁶

¹⁴ A. Castanheira Neves. *Metodologia Jurídica/Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 172.

¹⁵ Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 126/127.

¹⁶ Francisco Rubio Llorente. *Prólogo* à obra *La Interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. XVII.

Pois bem, em que pese à sua aceitação em alguns dos nossos meios acadêmicos, com louvores e/ou ressalvas, do que nos dão conta excelentes textos de Ana Paula de Barcellos, Antonio Cavalcanti Maia, Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento, Guilherme Sandoval Góes e do Chef d'École, Luís Roberto Barroso¹⁷, apesar desse acolhimento doutrinário, o novo constitucionalismo ou pós-positivismo também é alvo de críticas acerbas de outros juristas de igual estofa, com destaque para o erudito professor Humberto Ávila, a verberar que, aplicado ao Brasil – porque, segundo ele, a nossa Carta Política, ao contrário do que se costuma dizer, é *regulatória* e não *principlológica* –, o neoconstitucionalismo está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida de *não-constitucionalismo*, um movimento ou uma ideologia que, barulhentemente, proclama a supervalorização da Constituição enquanto, silenciosamente, promove a sua desvalorização.¹⁸

De nossa parte – *si parva licet componere magnis* –, achamos que ainda é cedo para dizermos se esse *neoconstitucionalismo* é, mesmo, uma coisa nova ou não passa de um modismo ou de mais um retorno – do eterno retorno¹⁹ –, ainda envergonhado, ao jusnaturalismo velho de guerra...

Afinal, como salienta Mauro Cappelletti, no Direito moderno a Constituição pretende ser uma forma legalista de superar o legalismo; um

¹⁷ Luís Roberto Barroso & Ana Paula de Barcellos. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, in Virgílio Afonso da Silva (Org.). Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 271/316; Luís Roberto Barroso. *Direito, Racionalidade e Paixão*. Prefácio à obra de Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; Luís Roberto Barroso. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 265/289; Antonio Cavalcanti Maia. *Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento & Gustavo Binenbojm (Orgs.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p.117/168; Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmiento. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 200/206; Guilherme Sandoval Góes. *Neoconstitucionalismo e Dogmática Pós-positivista*, in Luís Roberto Barroso (Org.). A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 113/150.

¹⁸ Humberto Ávila. *Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito e o “Direito da Ciência”, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento & Gustavo Binenbojm (Orgs.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p.187/202.*

¹⁹ Luís Recaséns Siches. Jusnaturalismos actuales comparados. Madrid: Universidad de Madrid-Faculdade de Derecho, 1970, p. 7; Gustav Radbruch. *Cinco minutos de Filosofia do Direito*, in Filosofia do Direito. Coimbra: Arménio Amado, vol. II, 1961, p. 211/214.

retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico; um jusnaturalismo *histórico*, vale dizer, nem absoluto, nem eterno nem imutável; enfim, um *direito natural vigente*, legítimo e plenamente eficaz.²⁰

Voltando, agora, ao nosso ponto de partida, anotamos que, independentemente de suportes teóricos – como é o caso do *neoconstitucionalismo* –, não é nova nem esdrúxula a ideia de se admitir a presença de alguma carga de normatividade ou de um *poder normativo* em toda a interpretação/aplicação judicial do direito, seja ao nível inicial da jurisdição, nas decisões monocráticas, seja no topo da hierarquia judiciária, nos veredictos dos colegiados judicantes, especialmente das cortes constitucionais, cujas decisões, sobre serem irrecorríveis, têm efeito irradiante por todo o sistema jurídico de que fazem parte. Se a tudo isso ainda acrescentarmos o reconhecimento – sincero e corajoso –, de que em última análise, à luz da experiência, *a lei é a sua interpretação*, como adverte Reale²¹, ou que *a criação do Direito é sempre aplicação do Direito*, conforme ensinamento de Kelsen²², aí não haverá como negar-se à jurisprudência, ao chamado *direito judicial*, o status ou a condição de autêntica fonte do Direito.²³

No âmbito da hermenêutica filosófica, como *arte geral do compreender*²⁴, na qual se fundamenta e de onde provém a *particular* hermenêutica jurídica – na condição de *ancilla philosophiae*²⁵ –, nesse domínio vale lembrar que, para Hans-Georg Gadamer, é a interpretação que, frequentemente, leva à *criação crítica* do texto; que toda leitura contém, basicamente, também interpretação; que até a tradução meramente literal é sempre um gênero de interpretação; que mesmo nas artes reprodutivas – na música, por exemplo –, é nítida a

²⁰ Mauro Cappelletti. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 56 e 129. Sobre o conceito de Constituição *normativa*, ver Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1979, p.217/218. Sobre a *força normativa* da Constituição, ver Konrad Hesse. A força normativa da Constituição, in Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123/146.

²¹ Miguel Reale. Estudos de filosofia e ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 63.

²² Hans Kelsen. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora da UnB, 1990, p. 137.

²³ José Puig Brutau. La jurisprudencia como fuente del derecho. Barcelona: Bosch, s/d.

²⁴ Friedrich D.E.Schleiermacher. Herméutique. Alençon: CERF/PUL, 1989, p.113.

²⁵ Inocêncio Mártires Coelho. Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2015.

singularidade de cada executor; que aquilo a que chamamos leitura é um *ler compreensivo*; e, enfim, que a compreensão não é jamais um comportamento apenas reprodutivo, antes também produtivo, pois quando se logra compreender, compreende-se sempre de um modo próprio e diferente.²⁶ Essa, digamos, é a visão majoritária sobre o papel do sujeito no fenômeno do conhecimento como relação/correlação entre sujeito e objeto, evento em que ao sujeito cognoscente compete apreender o objeto – o que ele faz *saindo* de sua esfera e *ingressando* na esfera própria do objeto –, enquanto ao objeto corresponde a função de se dar a conhecer ou se deixar apreender pelo sujeito, ao qual *transfere* as suas propriedades.

Na teoria marxista do conhecimento, esse protagonismo do sujeito no processo cognitivo é levado ao extremo, porque para o materialismo histórico só o indivíduo humano concreto, percebido no seu condicionamento biológico e no seu condicionamento social, é o sujeito concreto da relação cognitiva. Noutro dizer, para essa corrente de pensamento, o sujeito que conhece não é um espelho, não é um aparelho registrando, passivamente, as sensações geradas pelo meio circunvizinho, antes é precisamente quem dirige este aparelho, quem o orienta, quem o regula, e em seguida transforma os dados que este lhe fornece.²⁷ Em síntese, na relação cognitiva – independentemente da autonomia do objeto –, o sujeito é o *senhor do conhecimento*.

Diante desse papel do sujeito no evento da cognição e do reconhecimento – “transitado em julgado” –, da pré-compreensão como condição de possibilidade de toda a compreensão, não seria de causar surpresa e tampouco reações emocionais²⁸, que o Supremo Tribunal Federal – como sujeito institucional, senhor e possuidor da *última palavra* sobre o significado

²⁶ Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme, vol. 1, 1993, p. 367 e 479; vol. 2, 1994, p. 26, 329 e 330.

²⁷ Adam Schaff. *História e Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 81 e 82.

²⁸ Lênio Luiz Streck. *Súmulas no Direito Brasileiro. Eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 287/288: “... a imposição de Súmulas isto é, de normas gerais e abstratas (textos jurídicos) pela cúpula do Poder Judiciário às instâncias inferiores, é a própria negação da função da jurisprudência, convertendo-se esse Poder de Estado em um arremedo de legislador, o que, além de tudo, é constitucionalmente ilegítimo”.

do texto constitucional –, viesse a ser habilitado, como o foi pela Emenda Constitucional nº 45/2004, para, mediante deliberação de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante – idêntico ao efeito que possuem as leis! –, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. Por isso, entendemos que tais Súmulas, em relação às instâncias indicadas na Constituição, são instrumentos de hegemonia hermenêutica, destinados a lhes impor a compreensão – em verdade, a *pré-compreensão* –, do STF sobre todas as matérias constantes do texto constitucional.

Excluído da submissão a essas *Súmulas* restou apenas o Poder Legislativo, pois do contrário já não teríamos Constituição, pelo menos naquele sentido *histórico-ideológico*, que se espalhou pelo mundo jurídico-político a partir do artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo teor e substância nunca é demais relembrarmos:

Não tem constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais.

Assim agindo, o constituinte derivado mais não fez – para o bem ou para o mal – do que sacramentar, em texto expresso, a tese hermenêutica segundo a qual “indicar, previamente, qual a interpretação que julga certa é o mesmo que dizê-lo, *a posteriori*, de forma irrecorrível”, argumento certo que fundamentou antiga decisão do Tribunal Superior do Trabalho – mais tarde invalidada pelo STF –, em que essa corte especializada defendeu a constitucionalidade dos seus *Prejulgados*, por ela considerados tão *necessários*, *legítimos* e, por isso, também *vinculantes* como estas novas Súmulas da nossa corte constitucional, com a única diferença – a favor da Justiça do Trabalho –,

de que os seus *Enunciados* foram concebidos e incorporados à velha CLT há mais de 60 anos.²⁹

3 CONCLUSÃO

Consolidada a posição das cortes constitucionais, ao menos no mundo ocidental, tornou-se banalidade considerar a jurisprudência desses supertribunais como genuína fonte do direito, cuja legitimidade, ademais, não se deve e, a rigor, sequer se pode questionar, na medida em que os julgados provêm de uma instituição que, sistemicamente, situa-se fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais e que, no exercício das suas atribuições, está autorizada pela própria Constituição a emitir a última palavra sobre o *significado* dos preceitos constitucionais, dessas *gloriosas ambiguidades*, que permitem as mais diversas leituras, a depender de cada situação hermenêutica.³⁰

Não por acaso, entre nós e alhures, já se fala até mesmo em constituição “constituenda” e “reinventada” pela jurisdição constitucional³¹; que o direito constitucional deixou ser apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, para compreender, também, a *bagagem de padrões hermenêuticos* desse bloco normativo, incorporada na jurisprudência constitucional.

Casos bem recentes, no Brasil, que tiveram grande repercussão política e social, atestam a atualidade desse entendimento, como as decisões do STF “esclarecendo” que os mandatos dos titulares de cargos eletivos pertencem aos partidos políticos e não aos candidatos eleitos sob as suas legendas, razão por que se estes vierem a trocar de partido estarão sujeitos à perda do mandato,

²⁹ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho, Processo nº RR - MC - 2.241/68; Supremo Tribunal Federal. Representação n.º 946-DF, RTJ 82/44-51.

³⁰ A expressão *gloriosas ambiguidades* é de Shirley M. Huffstедler, como informa Mauro Cappelletti, in Juízes legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Editor, 1993, p. 67.

³¹ António Cortês. Jurisprudência dos princípios. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 73/74; Peter Häberle. *El concepto de Constitución. “Concepción mixta de Constitución”, in El Estado constitucional*. México: UNAM, 2001, p. 3; e José Adércio Leite Sampaio. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 208/217.

nos casos e condições estabelecidos em *legislação judicial*³²; permitindo que se aplicasse às greves no serviço público a legislação existente para o setor privado, enquanto não for aprovada legislação específica, a qual, de resto, até hoje não foi editada³³; assim como e por derradeiro, a decisão unânime, reconhecendo, como *entidade familiar*, a união estável entre casais do mesmo sexo. Igualmente emblemática, a merecer o mesmo destaque, foi o julgado do Tribunal Superior Eleitoral que, em pedido de impugnação de candidatura, considerou como *cônjuges* – para efeito da inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição –, as *pessoas do mesmo sexo* que vivam em estado de casadas, pois nessa condição, ao menos para esse efeito, devem ser consideradas como unidas por matrimônio.³⁴

Nesse contexto, em que figuras do porte de um Elias Díaz já se perguntam – entre perplexos e apreensivos – se o atual Estado constitucional de Direito não é uma simples máscara *ideológica*, com que se disfarça um verdadeiro Estado judicial de Direito³⁵, não é “espantosa”, portanto, a adoção da *Súmula Vinculante*, um instituto que, ao se agasalhar no texto constitucional, veio a se converter no emblema mais vistoso da chamada *legislação judicial*, uma normatividade que, mesmo congênita à atividade de *aplicar/dizer o direito*, ainda assim deve sujeitar-se a alguma forma de controle *externo*, de

³² Brasil. STF. Informativo n. 482, de 01 a 05 de outubro de 2007. Omissis o Congresso Nacional em disciplinar esse aspecto crucial da *fidelidade partidária*, embora tal paralisação viesse se tornando crescentemente incômoda, para dizer o mínimo, a jurisdição constitucional não criou direito novo, apenas “explicitou” — por via de interpretação sistemática —, algo que já se continha no corpo e na alma da Constituição: num regime político em que ninguém pode se eleger sem filiação partidária, os mandatos pertencem aos partidos e não àqueles que se elegem sob as suas legendas. Como essa decisão foi “extraída” do texto constitucional em vigor, caso o Congresso Nacional queira restabelecer o “troca-troca” de partidos sem perda de mandatos, terá de assumir essa “coisa” e emendar a Constituição... Mais recentemente, novamente provocado a dizer o direito, o STF decidiu que essa perda de mandato não se aplica àqueles que se elegeram em votação majoritária, no caso, os Senadores da República.

³³ MI 689 / PB. Mandado de Injunção. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 07/06/2006. Ementa: mandado de injunção. Concessão de efetividade à norma inscrita no artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Aplicação da lei federal n. 7.783/89, que rege o direito de greve na iniciativa privada, até que sobrevenha lei regulamentadora.

³⁴ Brasil. TSE. Recurso Especial Eleitoral n. 24.564, acórdão publicado em sessão, em 01/10/2004. Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

³⁵ Elias Díaz. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 110.

vigilância crítica – e.g. discussões doutrinárias e debates acadêmicos – via da qual a sociedade intenta dialogar com as suas cortes supremas, na esperança de convencê-las da necessidade de modificarem o seu entendimento sobre quaisquer temas, sempre que alterações no prisma histórico-social de realização do direito evidenciarem estar se esgotado o poder de convencimento da sua jurisprudência, até aí *dominante*.³⁶ Afinal, não custa relembrar as lições dos mestres – com destaque para Oliver Wendell Holmes e Miguel Reale –, a nos dizerem que a vida do direito não tem sido a lógica, mas a experiência, e que esse mesmo direito deve ser estável sem ser estático, e dinâmico sem ser frenético.³⁷

Nesse cenário avultam de importância esforços como os de Peter Häberle – *um jurista para o século XXI*³⁸ –, em prol da abertura da sociedade dos intérpretes da Constituição e, assim, da institucionalização do *diálogo* entre os seus tradutores oficiais e todos os segmentos sociais que, nalguma medida, tenham algo de útil a dizer sobre o sentido e o alcance das normas constitucionais.

Embora alçadas à condição de *super-leis*, porque, em princípio, não são passíveis de alteração ou cancelamento senão a critério do próprio STF, que as “promulga” segundo juízos próprios de conveniência e oportunidade, mesmo assim tais *Súmulas* – porque vivemos num Estado de Direito³⁹ –, hão de ser *lidas* com observância dos métodos e dos princípios da interpretação do direito, em geral, e da chamada *interpretação especificamente constitucional*, em particular, o que implica dizer que, sendo normas jurídicas, portanto objetos culturais, tais Súmulas possuem *substrato* e *sentido*, ou *texto* e *significado*. Os

³⁶ Miguel Reale. *Gênese e Vida dos Modelos Jurídicos - Problemas de Semântica Jurídica*, in *O Direito Como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 209/218.

³⁷ Oliver Wendell Holmes. *O Direito Comum*. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967, p. 29; Miguel Reale. *A dinâmica do Direito numa sociedade em mudança*, in *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 52.

³⁸ Diego Valadés. *Peter Häberle: um jurista para el siglo XXI* in Peter Häberle. *El Estado constitucional*. México, UNAM, 2001, p. XXI/LXXXIV.

³⁹ Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método*. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, vol. 1, 1997, p. 488: *Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade; quando não é este o caso, como no absolutismo – em que a vontade do senhor absoluto está acima da lei –, já não é possível hermenêutica alguma, “pois um senhor superior pode explicar suas próprias palavras, até contra as regras da interpretação comum”.*

primeiros elementos – o *substrato* ou o *texto* – são imutáveis em sua configuração linguística; enquanto os outros – o *sentido* ou *significado* –, são *abertos à ação do tempo* e, assim, ficam sujeitos às mudanças de compreensão, que são próprias das formas significativas e ensejam a sua permanente regeneração, como já tivemos oportunidade de escrever, noutra contexto, que ora recordamos:

Uma coisa é preservar-se o corpo físico da lei, o substrato da obra de arte; outra, bem diversa, é regenerar-lhe o espírito, emprestando às suas palavras significados sempre renovados. O texto original da Constituição norte-americana, por exemplo, velho de mais de duzentos anos, permanece intacto e exposto a visitação pública – ao lado do pergaminho da Declaração de Independência –, numa vitrine espessa, que oferece a maior proteção possível contra a ação do tempo... Graças a novas leituras, temporalmente ajustadas, que a Suprema Corte lhe empresta sem cessar, aquele texto vetusto – que foi ditado “à luz de uma vela de sebo” –, continua sendo venerado como a “religião civil” do país, “o supremo direito da terra” e a lei que rege “todas as crises dos negócios humanos” na maior potência econômica e militar do planeta.⁴⁰

Evidenciando-se, assim, que toda decisão judicial contém, por menor que seja, alguma *carga de normatividade*, então o de que se trata não é de acusar os juízes de agir como legisladores, menos ainda de taxá-los como ativistas irresponsáveis, mas, antes, de instituir mecanismos de controle do *direito judicial*, dessa legislação heterônoma criada pela magistratura, o que só será possível se, institucionalmente, além da usual motivação das suas decisões, os julgadores forem obrigados a revelar o que está por trás dos seus veredictos; de que premissas partiram e porque as elegeram ao invés de outras; numa palavra, só os controlaremos, no sentido próprio dessa expressão, se eles tiverem de *justificar as próprias justificações*, levando a cabo o que já se convencionou chamar de justificação *última e profunda*, uma justificação que se baseie em outras razões – tais como *justiça, razoabilidade, oportunidade e correção* –, razões que não derivam diretamente das normas ou dos princípios do

⁴⁰ Orlando Bitar. *A Lei e a Constituição*. Belém: ed. do autor, 1951, p. 66; *Obras Completas de Orlando Bitar*. Rio de Janeiro: Conselho de Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais do MEC, 1978, 2º vol., p. 43; e John Marshall. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1903, p. 24/26.

ordenamento jurídico, mas que nem por isso deixam de ser objetivas e compreensíveis por todos quantos possam ser afetados, direta ou indiretamente, pelas decisões dos aplicadores do direito.⁴¹

⁴¹ Manuel Segura Ortega. La Racionalidad Jurídica. Madrid: Tecnos, 1998, p. 117/118.

POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA

Saul Tourinho Leal¹

Muito se diz sobre as Supremas Cortes. O ritual, a solenidade, os protocolos, os mantos negros sobre as costas dos julgadores e o poder de suas decisões contribuem para todo tipo de comentário, alguns reais, outros mera ficção.

Fala-se que elas seriam espécies de confrarias, ou, então, um tipo bem peculiar de clube. Também se comenta que ali teríamos uma arena. Pode ser uma constelação, com inúmeras estrelas ou quem sabe um arquipélago, repleto de ilhas, às vezes, bem distantes uma das outras².

Independente do que se fale, há um encantamento em torno dessa espécie de mundo secreto que cerca as Supremas Cortes. Conheçamos um pouco desse universo.

O pontapé inicial é saber como se ingressa numa Suprema Corte. Esse ingresso passa, antes de tudo, por um convite feito - no Brasil e nos Estados Unidos - pelo Presidente da República.

Em 30 de setembro de 1953, Earl Warren recebeu um telefonema. Do outro lado da linha, a informação era relevante. O Presidente dos Estados Unidos, Dwight D. Eisenhower, acabava de lhe indicar para Presidente da Suprema Corte. O convite não poderia ser mais honroso. Warren não só iria presidir toda a Corte, mas iria, também, ser a cabeça do sistema federal judicial.

¹ Doutor em Direito pela PUC/SP

² A expressão 'arquipélagos com ilhas que se comunicam pouco' é do ministro do STF (aposentado), Sepúlveda Pertence, referindo-se, na verdade, a todo o Poder Judiciário.

Ele aceitou o convite. Dia 03 de outubro enviou sua carta de renúncia como governador da Califórnia. O poder que lhe seria entregue era imenso. Exatamente por isso que à frente da Corte devemos “ter um líder e não um ditador”³.

No Brasil, clássica foi a indicação do ministro Eros Grau ao STF. O então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, ligou-lhe e disse que o Presidente Lula queria lhe falar. Eros telefonou para o Presidente, no que ouviu: “Eros, você já morou em Brasília?”. “Eu não” – respondeu. “Pois, então, agora vai morar!” – finalizou o Presidente⁴. O Professor Eros estava indicado à Suprema Corte.

As Supremas Cortes, vez ou outra, têm ‘Super Presidentes’. Nos Estados Unidos, a história consagrou Earl Warren, que esteve à frente da Suprema Corte por mais de quinze anos (1953/1969). No Brasil, juristas de renome, como José Levi Mello do Amaral Júnior⁵ e Lênio Streck⁶, deram, ao período em que o STF foi presidido pelo Ministro Gilmar Mendes, o nome de “Corte Gilmar Mendes”, em razão do ritmo intenso de trabalho e da coragem demonstrados.

‘Super Presidentes’ costumam ser ‘Super Vaidosos’, com toda a razão. Após ter feito uma palestra para centenas de alunos no salão da Escola de Direito de Notre Dame, Earl Warren presenciou um aluno no fundo do salão lhe

³ De excelência a obra *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*, de Bernard Schwartz. New York: New York University Press, 1983, p. 65.

⁴ Cf. matéria publicada na Revista Eletrônica Consultor Jurídico, em 27 de agosto de 2007, intitulada: “Julgamento do mensalão: Ministro Eros Grau, do Supremo, diz que não antecipou voto”. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-ago-27/juiz_ao_direito_antecipar_voto_eros_grau. Acesso: jun 2011.

⁵ As palavras do Professor José Levi Mello do Amaral Júnior são as seguintes: “Há ministros que marcam todo um período, independentemente de ocuparem ou não a Presidência. Exemplo recente foi o Ministro Moreira Alves, que durante quase trinta anos foi determinante para os rumos do Supremo Tribunal Federal. Nesta linha de raciocínio, é possível identificar e avaliar uma ‘Corte Gilmar Mendes’”. Cf. artigo de autoria do Professor publicado pela Revista Eletrônica Consultor Jurídico, dia 23 de abril de 2010, intitulado: “A corte do ministro: É possível identificar uma Corte Gilmar Mendes”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-abr-23/antes-presidente-gilmar-mendes-influenciava-supremo>. Acesso jun 2011.

⁶ Vale conferir a íntegra da entrevista com o Professor Lênio Streck feita pela jornalista Aline Pinheiro e divulgada dia 15 de março de 2009 da Revista Eletrônica Consultor Jurídico. O título é: “Justiça Lotérica: Ativismo judicial não é bom para a democracia”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso jun 2011. As palavras do Professor Lênio são as seguintes: “A corte Mendes – é impossível não falar assim, porque o STF assumiu um novo ritmo sob a presidência de Gilmar Mendes – também sofre esse tipo de críticas”.

indagar: “Algumas pessoas têm sugerido que você ficará na história com Marshall como um dos dois maiores Presidentes da Suprema Corte dos Estados Unidos.” Warren, gargalhando esplendidamente, interrompeu o estudante: “Você poderia perguntar novamente – um pouco mais alto, por favor? Estou tendo alguns problemas de audição”⁷. Quanto mais o aluno repetia a pergunta, mais Warren se deliciava com a comparação.

Mas um Presidente de Suprema Corte não vive só de vaidade. Ele também é cercado de atribuições administrativas que garantem o pleno funcionamento do Tribunal. Essas atribuições são tantas que, às vezes, algumas delas soam menores. Mas não são.

No Brasil, causou certa estranheza a decisão da Presidente Ellen Gracie de transferir o mobiliário do STF para a sua antiga sede no Rio de Janeiro. Achou-se, ao tempo, que a Presidente estava se atendo a tarefas menores. A Ministra, ocupando a Presidência da Suprema Corte, em 2006, assinou contrato de comodato com o Tribunal Regional Federal da 2ª Região para a instalação do antigo plenário do STF no Centro Cultural Justiça Federal (CCJF), na cidade do Rio de Janeiro.

Dentre as peças que constituíam o mobiliário havia “um quadro com fotos mostrando a composição dos ministros do STF em 1908, várias cadeiras em estilo vitoriano e uma cabine telefônica para interiores (da época em que os telefones operavam em sistema de manivela ou magneto, bateria central e automático de disco)”⁸.

Isso prova que ocupar o posto de presidente de uma Suprema Corte não afasta os ministros de atribuições aparentemente pequenas. Bernard Schwartz nos diz que, nos Estados Unidos, o “Presidente Burger se comprometeu a redecorar a cafeteria da Suprema Corte e ajudou a escolher os vidros e a porcelana. Ele também redesenhou a Bancada da Corte, mudando-a de uma

⁷ SCHWARTZ, Bernard. Op. cit. p. 88.

⁸ Cf. matéria divulgada pelo site do STF dia 09 de agosto de 2006, intitulada: Ellen Gracie assina transferência do mobiliário histórico do STF para o Rio de Janeiro, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=67550&caixaBusca=N>. Acesso jun 2011.

tradicional linha reta para um 'alado, ou uma forma de semi-hexágono"⁹. Percebam que não são poucas as atribuições do Presidente de uma Suprema Corte.

No Brasil, o Presidente vive uma rotina incessante. Cabe a ele zelar pelas prerrogativas do Tribunal, representá-lo perante os demais poderes e autoridades e dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias. Também é o presidente quem executa e faz cumprir os seus despachos, suas decisões monocráticas, suas resoluções, suas ordens e os acórdãos transitados em julgado e por ele relatados, bem como as deliberações do Tribunal tomadas em sessão administrativa e outras de interesse institucional.

O Presidente do STF decide questões de ordem ou as submete ao Tribunal. Ele decide questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias e profere voto de qualidade nas decisões do Plenário. Também dá posse aos Ministros e concede-lhes transferência de Turma; concede licença aos Ministros, de até três meses, e aos servidores do Tribunal; dá posse ao Diretor-Geral, ao Secretário-Geral da Presidência e aos Diretores de Departamento; superintende a ordem e a disciplina do Tribunal, bem como aplica penalidades aos seus servidores; apresenta ao Tribunal relatório circunstanciado dos trabalhos do ano; relata a arguição de suspeição oposta a Ministro.

Cabe ao Presidente, ainda, assinar a correspondência destinada ao Presidente da República; ao Vice-Presidente da República; ao Presidente do Senado Federal; aos Presidentes dos Tribunais Superiores, entre estes incluído o Tribunal de Contas da União; ao Procurador-Geral da República; aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal; aos Chefes de Governo estrangeiro e seus representantes no Brasil; às autoridades públicas, em resposta a pedidos de informação sobre assunto pertinente ao Poder Judiciário e ao STF.

Em 1946, pouco antes da sua morte, o então Presidente da Suprema Corte norte-americana, Harlan F. Stone, assoberbado de encargos

⁹ SCHWARTZ, Bernard. Op. cit. p. 65.

administrativos, respondeu o seguinte ao Presidente Truman, que lhe oferecia mais uma responsabilidade adicional: “Poucos estão cientes que nem meu antecessor, nem eu... temos sido capazes de enfrentar as demandas diárias sobre nós sem trabalhar noites e feriados e domingos. Os deveres administrativos do Presidente têm aumentado, e muitos outros deveres têm sido impostos nele por atos do Congresso que meus antecessores não foram chamados para executar¹⁰.”

Noutras oportunidades, o que aparenta ser algo de menor importância se mostra como o anúncio de um novo tempo sobre o qual irá pairar a personalidade do líder da Corte. Quando o Presidente Warren “chegou à primeira vez em 1953, a Corte tinha lavabos separados para os negros. Uma das primeiras coisas que ele fez foi eliminar a discriminação que estava tomando conta no próprio prédio da Corte”¹¹. Ali era o aviso do fim da segregação racial liderado por ele anos depois.

Dia 28 de agosto de 2008, durante a Presidência do ministro Gilmar Mendes, a Suprema Corte contou com a sustentação oral da advogada-índia Jôenia Batista de Carvalho, a primeira índia a se formar em Direito no país e a primeira advogada índia a fazer sustentação no Plenário do STF. Discutia-se a polêmica questão da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

Joênia trazia, em sua face, faixas de tinta vermelha, numa típica pintura indígena, além de colares tribais. Aquela cena, incrivelmente simbólica, acenava para uma postura que se consolidou na época da chamada ‘Corte Mendes’: a abertura da Corte para a participação de todos os setores da sociedade no processo de interpretação constitucional. Só no caso Raposa Serra do Sol, foram admitidos, como assistentes, representantes das seguintes comunidades indígenas: Socó, Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai¹².

Vejam como a personalidade do Presidente pode marcar o rumo tomado pela Suprema Corte. No caso americano, uma Corte presidida por um líder

¹⁰ SCHWARTZ, Bernard. Op. cit. p. 68.

¹¹ SCHWARTZ, Bernard. Op. cit. p. 66.

¹² PET 3388.

avesso à segregação racial. No caso brasileiro, a presidência às mãos de um líder que queria as potências públicas participando do processo de interpretação constitucional.

Mas nem tudo numa Suprema Corte são flores. Ali também é o palco de grandes discussões que muitas vezes se afastam completamente dos debates jurídicos.

No Brasil, é ilustrativo o debate travado entre o ministro Marco Aurélio e o ministro Joaquim Barbosa na sessão plenária de 04 de setembro de 2008, uma quinta-feira, iniciado em razão de uma insatisfação do Ministro Marco Aurélio com uma entrevista que o colega havia dado ao jornal Folha de São Paulo, dias antes.

Após discordâncias jurídicas acerca dos autos do processo em julgamento, o ministro Marco Aurélio disse ao ministro Joaquim Barbosa: “(...) eu esperava que Vossa Excelência consertasse algo que saiu em uma entrevista veiculada em um grande jornal. Se não fosse a nossa desavença, o pessoal da operação Anaconda não teria sido condenado. Eu penso que nossa desavença ficou em numa questão estritamente instrumental”¹³.

Após ouvir a indagação, o ministro Joaquim ponderou: “Não misturemos as coisas” e, mais adiante, pediu “voltemos ao exame da Adin 3501. É disso que se cuida aqui”. Em seguida, o Ministro Marco Aurélio advertiu-o: “Excelência, se cuida aqui de Supremo Tribunal Federal”, no que escutou a resposta do colega: “Vossa Excelência não precisa me ensinar. Eu sei muito bem o que é Supremo Tribunal Federal. Aliás, eu não só sei muito bem, como escrevi sobre isso”.

Nos Estados Unidos, em 1947, os assessores dos ministros da Suprema Corte queriam dar uma festa de Natal convidando os servidores negros. O Presidente Vinson achou por bem levar a questão para uma sessão administrativa. Na sessão, o ministro Stanley Reed disse que não participaria do

¹³ Cf a matéria de autoria de Daniel Roncaglia publicada dia 4 de setembro de 2008 na Revista Eletrônica Consultor Jurídico intitulada: “Choque de guardiões: Bate-boca em plenário revela mal-estar com Joaquim Barbosa”. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-set-04/bate-boca_sessao_supremo_revela_mal-estar_jb. Acesso jun 2011.

evento caso fosse aberto a negros. Em reação, ouviu que sua postura poderia colocar a Corte em uma “posição terrível... após todas as nobres expressões da publicidade da Corte contra a discriminação racial”. O ministro Reed respondeu: “Este é puramente uma questão privada e eu posso fazer o que me agrada referente às partes privadas.”

Mais uma vez o conflito entre vida pública e vida privada aparece. Para o Ministro, não comparecer a eventos sociais que contem com a presença de negros, seria uma 'questão privada'. Imediatamente após o argumento de Reed, o ministro Frankfurter reagiu afirmando que: “o fato verdadeiro de que estamos sentados aqui por aproximadamente uma hora discutindo o direito de assegurar os participantes torna difícil considerar a questão como puramente privada. A Corte está emaranhada, não importando o modo como você olha para isto¹⁴.”

Depois do entretanto, a proposta de festa de Natal na Suprema Corte norte-americana foi silenciosamente arquivada.

Outro ponto de destaque na vida de uma Suprema Corte é a oportunidade para os advogados sustentarem oralmente suas razões perante o conselho de julgadores.

Nos Estados Unidos, Earl Warren sempre realçou a importância desse momento. O ‘Super Presidente’ costumava dizer que “o médio advogado jamais poderia ter oportunidade de arguir um caso perante a Suprema Corte”. O advogado deveria ter em mente que seria um momento único aquele no qual ele estaria diante dos ministros e isso deveria representar para ele “o topo da sua carreira”. “Cada procurador novato admitido ganhava um sorriso”¹⁵ do Presidente.

O STF é muito menos ortodoxo no que diz respeito à sustentação oral. Há casos, inclusive, que entraram para a história folclórica da Corte.

¹⁴ SCHWARTZ, Bernard. Op. cit. p. 67-68.

¹⁵ SCHWARTZ, Bernard. Op. cit. p. 67-68.

Certa vez, o ministro Marco Aurélio fazia a leitura de seu voto relativo a uma grande discussão tributária quando um advogado se dirigiu à tribuna e afirmou: “Ministro, Ministro, uma questão de fato”. O ministro Marco Aurélio reagiu: “Vossa Excelência permite que o relator termine o voto?”. O advogado, chocado diante da tribuna, nada falou. Em seguida, o ministro Marco Aurélio, voltando-se para o então presidente da Corte, ministro Gilmar Mendes, disse:

Presidente, creio que precisamos adotar postura mais rigorosa quanto à interferência dos senhores advogados quando estiver votando um integrante do Tribunal. Nem mesmo é possível ao relator terminar um voto que está proferindo? Estou sempre pronto a ouvir os senhores advogados, mas em esclarecimento de fato e após o voto que estiver proferindo. Respeito os senhores advogados, como aguardo – e aqui o respeito é mútuo – que respeitem também os julgadores. Sempre ressalto que os advogados são indispensáveis à administração da Justiça, mas que atue no momento adequado.

O advogado lamentou o ocorrido e pediu desculpas ao Ministro, conseguindo nova oportunidade para usar a palavra. Quando usou, disse: “A questão de fato era somente para esclarecer que concordo com a interpretação de Vossa Excelência com relação à alíquota zero e não tributada, mas, na isenção, há uma alíquota diferente”.

O ministro Marco Aurélio não perdoou: “Presidente, o advogado não precisa concordar, considerados os interesses do constituinte, com o voto prolatado por integrante do Tribunal para que esse voto ressoe”¹⁶.

Outro ponto que merece a nossa atenção se trata da marca política inerente a alguns integrantes de Supremas Cortes. Há ministros que são mais hábeis com a política partidária e com as negociações com o Congresso Nacional do que com a própria construção da jurisprudência da Corte.

Nos Estados Unidos, o Presidente Burger foi um dos presidentes da Suprema Corte que maior habilidade demonstrou em manter boas relações com o Capitólio.

¹⁶ RE 566819/RS (Rel. Min. Marco Aurélio), julgado em 29/09/2010, tendo como recorrente a Jofran Embalagens Ltda contra a União. Ver página 13 do acórdão.

No Brasil, o Ministro Nelson Jobim se destacou na negociação com o Congresso Nacional para aprovação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que estabeleceu a Reforma do Judiciário. Segundo o professor da Fundação Getúlio Vargas, Joaquim Falcão, “Nelson Jobim deu vida à Emenda n. 45/2004”¹⁷.

Há, também, na rotina de uma Suprema Corte, situações inusitadas impostas aos ministros. A ministra Cármen Lúcia, do STF, não usa carro oficial. Certa vez, chegou à Suprema Corte dirigindo o próprio carro, “um Golf prateado, ano 2001”. Foi barrada à entrada da garagem pelo segurança com o argumento de que, ali, só entraria ministro. Cármen respondeu: “Eu sou ministra!”, no que escutou em tom desafiador: “Onde está o seu carro?”. A Ministra, mineiríssima, finalizou a discussão: “Ou bem aqui se entra ministro, ou bem se entra o carro”¹⁸. Terminou conseguindo entrar.

Outro ministro do STF que vez ou outra aparece guiando o seu próprio carro, dispensando carro oficial, é o ministro Marco Aurélio. Além de dirigir um Alfa Romeo 1998, já ocorreu de Sua Excelência chegar à Corte conduzindo uma moto Kawasaki 97”¹⁹.

Nos Estados Unidos, situações com carros oficiais entraram para o folclore da Corte. Antes de Earl Warren se tornar Presidente, ninguém tinha carro oficial. Uma noite, ele viu uma ligação em sua secretária eletrônica dando-lhe ciência de que uma limusine havia sido contratada para que o levasse a um jantar na Casa Branca. Warren protestou que contratar uma limusine era uma extravagância sem necessidade, mas lhe insistiram que não seria apropriado para o Presidente da Suprema Corte atender ao Presidente da República chegando num jantar em um táxi²⁰.

Warren, insatisfeito, aceitou a limusine. De repente o carro chegou. Era uma verdadeira 'carroça' com um largo emblema afixado na sua lateral:

¹⁷ FALCÃO, Joaquim. O Judiciário segundo os brasileiros. Disponível em: academico.direitorio.fgv.br/.../O_Judiciário_segundo_os_brasileiros.doc. Acesso jan 2011.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Cf. matéria Data Venia, o Supremo, de Luiz Maklouf Carvalho, publicada na Revista Piauí, Edição nº 47.

²⁰ SCHWARTZ, Bernard. Op. cit. p. 69.

"Aeroporto Nacional de Washington". Bernard Schwartz relata que "o motorista disse que tinham pensado que o aluguel era para o aeroporto, e seu carro tinha sido escolhido com a finalidade de carregar a bagagem". Como era muito tarde mudar os planos, e, além do mais, poderiam ter que pagar, eles foram para a Casa Branca naquela 'carroça'.

Ver o Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos chegando à Casa Branca numa 'carroça' "criou uma agitação em Washington". Schwartz revela que "pouco depois, o Presidente do Comitê de Dotações do Senado adicionou a um projeto de dotações uma emenda para providenciar ao Presidente um carro oficial. Ela passou sem discussão"²¹.

Não é tão raro o Presidente do Poder Executivo oferecer jantares aos ministros da Suprema Corte. Recentemente, a Presidente Dilma Rousseff ofereceu uma recepção aos ministros do STF. Sua Excelência recebeu, na residência oficial da Presidência da República, os ministros Carlos Britto, Cezar Peluso, Dias Toffoli, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Não compareceram: Celso de Mello, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. As primeiras palavras da Presidente, no jantar, destacaram "o seu imenso prazer por receber os ministros do Supremo"²².

A Presidente não foi pioneira na iniciativa. Em 22 de abril de 2008, o então Presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, realizou jantar em homenagem à presidente do STF, ministra Ellen Gracie, no Palácio do Alvorada. Não compareceram ao evento os ministros: Celso de Mello, Marco Aurélio Mello e Joaquim Barbosa.

Nos Estados Unidos, o atual Presidente, Barack Obama, aguardou sua indicada à Suprema Corte, Sonia Sotomayor, tomar posse e, em seguida, ofereceu-lhe uma recepção na Casa Branca, em 12 de agosto de 2009. No dia 06 de agosto de 2010, foi a vez de oferecer outra recepção na Casa Branca, desta

²¹ SCHWARTZ, Bernard. Op. cit. p. 70.

²² Cf. nota publicada na Coluna Radar, da Revista Veja, de autoria do jornalista Lauro Jardim, "Dilma afaga Temer". Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/>. Acesso jun 2011.

vez para brindar a confirmação do Senado da nomeação de Elena Kagan para a Suprema Corte.

As Supremas Cortes costumam gerenciar boa parte de suas atividades de rotina por meio de órgãos fracionários chamados de comissões ou comitês. O STF conta com inúmeras comissões: Comissão de Regimento, Comissão de Jurisprudência, Comissão de Documentação e, por fim, a Comissão de Coordenação.

A Suprema Corte norte-americana também tem as suas comissões, chamadas de “comitês”. Um deles é composto por três ministros e se volta para a “questão do transporte para a Corte”. Há, até, o “Comitê de Descanso”.

Em 27 de setembro de 1988, o Presidente Rehnquist informou aos demais ministros da Suprema Corte que “Sandra e Nino concordaram em continuar a servir no Comitê de Descanso da Corte e Sandra concordou em continuar a servir no Comitê da Cafeteria²³.”

Essa troca de gentilezas entre os ministros da Suprema Corte não existe só nos Estados Unidos. Logo que soube da indicação do ministro Luiz Fux para a Suprema Corte, o ministro Marco Aurélio, ainda cedo do dia, lhe telefonou dando-lhe os parabéns²⁴. A iniciativa marca boa parte de certa rotina social existente. No caso da ligação feita ao indicado, esta se torna ainda mais simbólica quando recordamos que, em 29 de novembro de 2001, Fux era nomeado ministro do Superior Tribunal de Justiça e, naquele dia, gozava da companhia, novamente, do ministro Marco Aurélio, num jantar em Brasília²⁵.

²³ SCHWARTZ, Bernard. Op.cit. p. 73.

²⁴ Cf. matéria de Márcio Falcão “Ministros do Supremo aprovam indicação de Fux para 11ª vaga” publicada na Folha On Line dia 02 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/869600-ministros-do-supremo-aprovam-indicacao-de-fux-para-11-vaga.shtml>. Acesso jun 2011.

²⁵ A informação vem de Gilberto Amaral que, em 29 de novembro de 2001, homenageava, em sua casa, o presidente da *Air France* na época, Francis Richard. Segundo Gilberto “de repente, o ministro Marco Aurélio adentra a nossa casa acompanhado de dois amigos, os advogados Tício Lins e Silva e Luiz Fux. Fux tinha acabado de ser nomeado ministro do STJ e, nesta noite maravilhosa, as comemorações foram lá em casa”. Disponível em <http://www.gilbertoamaral.com.br/novosite/aplicacao/?fuseaction=apl.MostrarDetalheNoticia&IdeNot=1448>. Acesso jun 2011.

Dia 15 de março de 2011, o ministro Marco Aurélio Mello ofereceu almoço de boas-vindas ao ministro Luiz Fux, contando com a presença dos ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, integrantes da 1ª Turma da Corte onde o ministro Fux passaria a atuar²⁶.

Vale recordar, ainda, como exemplo de troca de gentilezas, o aparte feito pelo saudoso ministro Menezes Direito à ministra Ellen Gracie, na votação da Súmula Vinculante nº 14, que tratava sobre direitos dos advogados quanto ao acesso a inquéritos.²⁷ A ministra Ellen, explicava sua divergência quanto à aprovação da súmula vinculante. Num determinado momento, justificou: “No entanto, Senhor Presidente, Senhores Ministros, creio que me deva ser feita justiça no sentido de que sou uma ‘velha’ defensora da súmula vinculante”. Imediatamente o ministro Menezes Direito pediu um aparte, que lhe foi concedido. O Ministro arrematou: “Excelência! Defensora sim, velha, jamais”²⁸. Toda a Corte gargalhou.

A troca de amabilidades faz parte do jogo e da convivência. O Presidente da Suprema Corte norte-americana, Rehnquist, divulgou um memorando, em 09 de março de 1991, registrando: “Nino celebrará seu aniversário em 11 de março; deixe-nos ter nosso vinho usual na Sala de Jantar dos juízes na sexta, 15 de março, após a conferência²⁹.”

Apesar de todas as demonstrações de gentilezas, a Suprema Corte é como o Coliseu. Para não ser devorado é necessário habilidade, astúcia, preparo e coragem. Não se trata de um parque de diversões. É um lugar onde reina o

²⁶ A informação é do jornalista Lauro Jardim, na Coluna Radar da Revista Veja, publicada dia 15 de março de 2011, intitulada: “Judiciário - Recepção a Fux”.

²⁷ Súmula Vinculante 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

²⁸ Consultando o acórdão da PSV 1 (DJe nº 59/2009), que aprovou a Súmula Vinculante 14, na página 12, há o comentário da Ministra Ellen. O aparte do Ministro Menezes Direito pode ser visto assistindo à sessão no youtube. Eu estava presente à sessão no dia da votação da mencionada Súmula Vinculante.

²⁹ SCHWARTZ, Bernard. *Decision: How The Supreme Court Decides Cases*. Oxford University Press, 1996, p. 73.

lema 'amigos, amigos, convicções a parte'. Como bem advertiu o Ministro do STF, Dias Toffoli uma Suprema Corte, “não é um clube de amigos”³⁰.

Não bastassem os bastidores, há ainda, no Brasil, a questão do televisionamento das sessões. Não se tem notícia, nos últimos tempos, de impacto maior causado ao elo que deve haver entre sociedade e jurisdição constitucional do que os efeitos das transmissões, ao vivo, das sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal (STF).

Em 2 de agosto de 2002, sob o comando do ministro Marco Aurélio, a TV Justiça foi inaugurada. Uma TV transmitindo ao vivo, sem cortes, as sessões Plenárias do Tribunal. Sem censura. Todos os ministros mostrados à população para que ela própria fizesse seu júízo de valor. Uma nova fronteira.

Para os entusiastas, tem-se um verdadeiro controle externo da Corte, além de uma aproximação dos brasileiros à realidade jurídica até então afastada da rotina do cidadão comum. Para o ministro Ricardo Lewandowski, atual presidente do STF, “a transmissão ao vivo dos julgamentos é positiva, além do que causaria certa estranheza se decisões do porte das que o Supremo toma fossem elaboradas a portas fechadas”³¹.

Mas não há unanimidade quanto às transmissões. Para os críticos, dá-se um tom espalhafatoso a algo que deveria ter tom sóbrio, além de abrir possibilidade de exposições excessivas do Tribunal, notadamente quando ocorrem discussões ásperas entre seus integrantes. Para o ministro Eros Grau, aposentado, “essa prática de televisionar as sessões é injustificável”, uma vez que “tem que se dar publicidade à decisão, não ao debate que pode ser

³⁰ A frase foi extraída da entrevista que o Ministro Dias Toffoli deu ao jornalista Rodrigo Haidar, publicada dia 20 de fevereiro de 2011 na Revista Eletrônica Consultor Jurídico. O Ministro afirmou: Não que as pessoas não se deem bem, mas não é um clube de amigos. E é bom que não seja, porque a ideia é que a manifestação do tribunal corresponda ao somatório das visões e pré-compreensões de cada um de seus ministros”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-fev-20/entrevista-dias-toffoli-ministro-supremo-tribunal-federal>.

³¹ Em entrevista concedida à jornalista Aline Pinheiro, na Revista Eletrônica Consultor Jurídico, intitulada “Metas e estatísticas: Justiça precisa saber como e aonde chegar”, publicada dia 07 de fevereiro de 2010.

envenenado de quando em quando”. “Acaba se transformando numa sessão de exibicionismo”³² – afirma o Ministro Eros.

Nada obstante haja, como vimos, visões contrárias a respeito da utilização das transmissões ao vivo das sessões plenárias do STF, esta prática parece ser uma realidade da qual não é possível escapar. Ela veio para ficar e dificilmente seria possível suportar os custos políticos de lhe impor fim.

Entretanto, esse modelo encontra resistência em outros países, como é o caso dos Estados Unidos. Lá, esse debate tem ultrapassado décadas e, até agora, a Suprema Corte mostra uma recusa contumaz em permitir a transmissão ao vivo de suas sessões.

Desde a era do inigualável Earl Warren (1953/1969) é assim. Vale lembrar um episódio folclórico, narrado por Bernard Schwartz, um grande conhecedor da intimidade da Suprema Corte norte-americana.

Fred W. Friendly, que acabara de assumir a prestigiosa posição de presidente da CBS News, fora apresentado a Warren em uma festa de confraternização, em 1964. Warren parabenizou Friendly pelo posto e este respondeu que “esperava que ainda estivesse na liderança da CBS News quando eles tivessem câmeras de televisão na lua e no piso da Suprema Corte”³³. Earl Warren riu e lhe desejou boa sorte.

No ano seguinte, chegou à Suprema Corte um pedido da CBS para acompanhar os debates em casos sobre a constitucionalidade dos Atos de Direito Civil de 1964. Warren, negando o pedido, registrou: “a Corte tem tido uma regra inflexível no sentido de que não será permitida fotografias ou transmissões de televisão do Plenário quando ela está em sessão. A Corte não tem a intenções de alterar essa regra”.

Essa manifestação demonstra a postura que a Suprema Corte dos Estados Unidos adota quanto ao televisionamento das sessões. Os juízes da

³² Em entrevista concedida aos jornalistas Fausto Macedo e Felipe Recondo, em O Estado de São Paulo, dia 03 de agosto de 2010, intitulada “Lei da Ficha Limpa põe em risco o estado de direito”.

³³ SCHWARTZ, Bernard. *Decision: How The Supreme Court Decides Cases*. Oxford University Press, 1996, p. 71.

Corte são intolerantes quanto à divulgação, ao vivo, para todo o país, de seus debates. Faz-nos lembrar do mistério que circunda o Vaticano, com a sua eleição papal repleta de simbolismos e solenidades.

E não é exagero falar do Vaticano quando estamos tratando de Suprema Corte. Basta lembrar o que disse o ministro Cezar Peluso, do STF, na despedida do então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Souza: “Os cardeais são soberanos para escolher o próximo papa. Se isso fosse aplicado no universo jurídico brasileiro, eu queria ter autoridade para lhe entregar uma cadeira agora nesta Corte”³⁴. Mas saiamos do Vaticano e voltemos aos Estados Unidos.

O Presidente seguinte, Warren Burger (1969/1986), adotou postura semelhante. Quando lhe foi solicitado permissão para transmitir, ao vivo, a cobertura dos debates da Corte ele respondeu: “Não é possível organizar, para qualquer transmissora, qualquer procedimento na Suprema Corte”.

A famosa Corte Rehnquist (1986/2005) também se deparou com a questão. Os juízes já haviam negado a solicitação para transmissão da posse do Juiz Thomas, quando outra solicitação foi recusada pelo Presidente Rehnquist. Pretendia-se televisionar sua própria investidura. Desde então, “a Corte tem recusado solicitações para fotografar a sala de cerimônias e a sala de conferência”³⁵.

Bernard Schwartz diz ainda que o Tribunal recusou o pedido feito pela Revista Life e uma estação de TV de cobertura da cerimônia de cumprimentos realizada entre os juízes antes de se sentarem na bancada. Foi feito o mesmo quanto à solicitação para transmitir a posse dos juízes Anthony Kennedy e David Souter. Não foi permitida a transmissão, por uma estação de rádio, dos debates realizados, em 1988, no caso Morrison v. Olson. Sequer um pedido para colocar um equipamento de TV para demonstração no Plenário foi permitido³⁶.

³⁴ Em matéria publicada dia 25 de junho de 2009, na Revista Eletrônica Consultor Jurídico, intitulada: “Último ato: Antonio Fernando é homenageado pelo Supremo”.

³⁵ SCHWARTZ, Bernard. *Op. cit.*, p. 71.

³⁶ SCHWARTZ, Bernard. *Op. cit.*, p. 71-72.

A relação entre a Suprema Corte dos Estados Unidos e a imprensa é, muitas vezes, conflituosa. Em 1979, foram publicadas informações contundentes quanto à Corte e, especialmente, quanto ao então Presidente Burger, pelos jornalistas Bob Woodward e Scott Armstrong, no bombástico best-seller *The Brethren*, que ganhou a tradução no nosso país de Torrieri Guimarães³⁷.

A obra revelou detalhes da Corte e fez um retrato tão apurado da fragilidade de Burger que escancarou para o mundo os segredos de um local até então tido como indevassável e o quão fraco era o homem que chefiava essa importante instituição.

Burger virou um poço de mágoas. Rehnquist encaminhou um memorando aos outros juízes aduzindo ser imprudente para a Corte tomar qualquer medida a respeito da obra, “especialmente...à luz do exame minucioso e microscópico que nossas ações estão aptas a receber por enquanto”³⁸. Ficou por isso mesmo.

Em 12 de junho de 1987, a Suprema Corte dos Estados Unidos estava sob o comando de Rehnquist. Nessa ocasião ele narrou um episódio que marcou época. O Presidente da Corte iniciou seu memorando afirmando: “É com uma consideração infeliz que transmito a vocês o memorando incluso de Sheryl Farmer, Secretário da Casa Toni [Gabinete de Informação Pública da Corte] dando um resumo narrativo de um evento que ocorreu ontem à tarde na Sala de Conferências”.

A Corte havia autorizado Tim O'Brien, da ABC News, a filmar a sala de conferência. Ocorre que O'Brien foi pego olhando para a lareira, inclinando-se para pegar folhas de papel e começando a olhar através delas.

Farmer, que presenciou a cena, disse: “imediatamente solicitei que ele colocasse-os de volta, alertando-o que ele estava lá como um convidado. Poucos minutos depois notei que ele estava manuseando, do começo ao fim, uma lista

³⁷ WOODWARD, Bob. ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1985.

³⁸ SCHWARTZ, Bernard. *Op. cit.*, p. 72.

de algum tipo que não o lembrei de trazer para a Sala de Conferência. Eu notei que ele estava fazendo anotações, mas não pude determinar se elas eram da lista ou da filmagem. Quando o indaguei, ele disse que eram anotações da filmagem”.

Rehnquist continuou: “a ‘lista’ que Tim O’Brien aparentemente havia puxado da lareira era um resumo de oito páginas de opiniões circulantes que eu distribuo cada semana – esta era de 20 de maio de 1987”. O Presidente finalizou seu memorando sentenciando: “Eu acho que Tim O’Brien, se ele fez o que aparenta ter feito, cometeu uma grande violação de conduta, no mínimo de cortesia e se não de ética, e que algo deve ser feito sobre isto”³⁹.

Rehnquist, em seguida, indagou aos demais juízes o que pensavam a respeito. Eles foram unânimes em reprovar a conduta do jornalista.

O ácido Antonin Scalia registrou: “Estou formalmente horrorizado – o que significa não necessariamente surpreso – pelo incidente que você descreveu”.

Sandra O’Connor afirmou que o incidente “simplesmente ilustrou novamente que os jornalistas terão suas informações onde quer que eles consigam achá-las”.

O juiz Thurgood Marshall comentou: “Este incidente reforça meu voto original para manter a imprensa fora da sala da conferência”.

Scalia finalizou suas colocações dizendo que “garotos serão sempre garotos”.

William Brennan afirmou que não achava que deveriam negligenciar o incidente, mas, para ele, “além de tê-lo em discussão, estou perdido no que sugerir”.

³⁹ SCHWARTZ, Bernard. *Op. cit.*, p. 72.

Após colher as respostas de seus pares, o Presidente Rehnquist escreveu-lhes dizendo: “Estou confiante que tenho a autoridade de tomar medidas a meu modo”⁴⁰.

Mesmo podendo responder sozinho acerca dos pedidos de transmissão das sessões que lhes eram endereçados semanalmente, o Presidente jamais agiu de sua maneira. Ele sempre buscou ouvir, antes, a opinião dos demais juízes. Isso porque, no comando de uma Suprema Corte, é sempre importante que o Presidente divida com seus pares as decisões que pretende tomar, ainda que isso não seja uma imposição regimental. Não se trata de regimento interno. Estamos falando de liderança.

Nesse episódio, O’Brien escreveu uma carta de desculpas a Rehnquist afirmando que “estava errado ao fazer aquilo” e que havia se arrependido profundamente⁴¹. O problema foi esquecido.

No Brasil, temos matérias de jornais e de revistas quase semanalmente estampando informações de bastidores do STF. Tudo revelado às claras. Matérias especiais em revistas rendem comentários no país. Notas em colunas de jornais provocam burburinho. Vídeos de discussões ásperas são disponibilizados no youtube. Tudo à mão dos brasileiros para que possam formar suas opiniões quanto a esta importante instituição nacional que é o Supremo Tribunal Federal.

A exposição das ações da Corte possibilita uma fiscalização social muito maior, revestindo seus julgadores de um compromisso inafastável com suas posições diante dos delicados casos que lhes são levados a julgamento.

A transmissão das sessões dá aos debates do STF um eco muito maior do que eles teriam, se feitos a portas fechadas, pois possibilita que cada um daqueles que assistiu à sessão tenha para si que atuou, de alguma forma, no processo de interpretação constitucional, assumindo, aqui, um importante papel de cidadão constitucional.

⁴⁰ SCHWARTZ, Bernard. *Op. cit.*, p. 73.

⁴¹ SCHWARTZ, Bernard. *Op. cit.*, p. 73.

O modelo norte-americano pode ser admirado, especialmente pela sua importância secular. Todavia, não podemos dizer que as transmissões das sessões do STF tenham diminuído a qualidade dos debates travados no Plenário ou desviado o foco das discussões para questões menores. Pelo contrário.

Por fim, quanto à magia da tribuna do STF, vale destacar que no mundo jurídico, não há palco maior. Na carreira de um advogado, difícil haver momento mais solene. O Supremo Tribunal Federal tem muito valor.

O STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, cabendo-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição Federal. Ele é composto por onze Ministros, brasileiros natos, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

O Plenário, as Turmas e o Presidente são os órgãos do Tribunal. O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo Plenário, dentre os Ministros, e têm mandato de dois anos. Cada uma das duas Turmas é constituída por cinco Ministros.

Sediado na capital federal, Brasília, desde 21 de abril de 1960, seu Edifício-Sede fica na Praça dos Três Poderes, numa obra do arquiteto Oscar Niemeyer, com projeto original de Lúcio Costa. Diante do Edifício-Sede, fica a estátua que personifica a Justiça, do escultor Alfredo Ceschiatti, em granito de Petrópolis e pedra monolítica.

O Plenário do STF funciona no Edifício-Sede. Destaca-se, ao fundo, o painel em mármore criado por Athos Bulcão. Nele estão afixados o Brasão de Armas Nacionais e a imagem de Cristo Crucificado, também feita por Alfredo Ceschiatti, com o madeiro confeccionado em pau-brasil.

O Presidente tem assento à mesa, na parte central, ficando, o Procurador-Geral da República, que representa o Ministério Público, à sua direita e, à sua esquerda, fica o Secretário das Sessões. Os demais Ministros se sentam, pela

ordem decrescente de antiguidade, alternadamente, nos lugares laterais, a começar pela direita.

O chão é acarpetado. As cadeiras são confortáveis. Tudo em tons beges, quase areia. O ar condicionado às vezes deixa o ambiente muito frio. Se alguém dormir, um segurança tocar-lhe-á levemente o ombro, de forma muito discreta, e sugerirá que a pessoa lave o rosto no banheiro. Se o celular tocar, a abordagem é mais incisiva. É permitido o uso de notebook. O Plenário tem capacidade para 170 pessoas sentadas.

À frente do assento da Presidência, mais abaixo, uma mesa com cadeiras onde senhoras taquigrafavam os debates. Do outro lado, a tribuna, onde os advogados fazem as defesas orais de seus clientes. Mais acima, uma saída de som.

Cada ministro tem o seu notebook, microfones finos e um escaninho com livros. Em cinco pontos altos do Plenário há câmeras da TV Justiça registrando tudo o que acontece e transmitindo as sessões, ao vivo, para todo o Brasil.

Antes do ingresso dos ministros à sessão, tem-se o chamado “ritual da toga”, pelo qual os assistentes dos ministros os auxiliam a vestir a túnica preta, longa, sem mangas, de cetim, que oficialmente constitui o traje dos julgadores. Os ministros ficam parados, enquanto seus assistentes colocam a capa e dão um nó na parte de traz. Este nó não aparece, fica por baixo da toga. Enquanto isso, os ministros dão outro nó, na parte da frente. O nó da frente aparece, pois amarram dois longos cadarços do traje.

A sirene toca anunciando a entrada dos ministros ao Plenário. Todos os presentes devem ficar de pé. Surgem os ministros, ao fundo, atravessando uma porta de vidro colocada no canto esquerdo do ambiente. Onze integrantes da mais alta Corte de Justiça do país. Suas longas capas pretas conferem um caráter ainda mais solene ao momento. Para as sessões do Plenário, cada ministro conta com um assessor que usa uma capa preta menor, são os chamados “capinhas” (eles não gostam de ser chamados assim). São os mesmos que ajudam os ministros a vestirem as togas antes da sessão. Alguns ministros,

quando entram, veem seus “capinhas” dirigirem-se, rapidamente, aos assentos, puxando-os para que os ministros possam sentar.

Na primeira fileira das cadeiras postas por trás da tribuna, sentam advogados famosos e alguns outros que querem ser vistos ao lado deles. Na segunda fileira, profissionais conferem as pautas dos processos que serão julgados naquele dia. Ali ficam, além de advogados privados, procuradores federais, advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e outros interessados.

As demais fileiras costumam ficar tomadas por estudantes de Direito de faculdades de vários locais do Brasil, que se deslocam para Brasília, semanalmente, com a finalidade de conhecer o Supremo. No começo da sessão o Presidente da Corte registra a presença dos estudantes e menciona o nome da faculdade. A meninada adora.

Alguns ministros, ao proferirem seus votos, muitas vezes se valem de citações em espanhol, inglês, alemão e francês.

Sempre às quartas e quintas-feiras, as defesas orais realizadas pelos advogados diante dos onze guardiões da Constituição Federal têm atraído a atenção de todo o país. Com transmissão ao vivo pelo TV e Rádio Justiça, o que deveria ser um ato de rotina se converte num importante espetáculo. O espetáculo da Justiça.

Não bastasse a transmissão, ao vivo, por TV e Rádio, as sustentações orais contam com releases feitos pela assessoria de comunicação do próprio Tribunal e disponibilizadas no site da Corte. Além disso, certamente estarão ocupando algumas cadeiras do Plenário, jornalistas dos mais importantes meios de comunicação do Brasil e, dependendo do julgamento, do mundo.

O primeiro obstáculo que o advogado encontra é um degrau escondido sobre o carpete claro sobre o piso. Logo que o ultrapassa, vê o fino microfone. Um pouco mais abaixo, há um pequeno espaço, semelhante a uma escrivaninha para que o patrono possa colocar suas anotações, os autos do processo, livros ou quaisquer outros materiais de suporte à sustentação. Há um copo com água.

À direita, cinco julgadores. À esquerda, outros cinco. O Presidente no meio. Ali é o espaço do advogado. É naquele ambiente onde as batidas do seu coração aceleram.

O tempo é curto. Não há prorrogação. São somente quinze minutos. O máximo que se faz é esticar um minuto. Depois, a palavra sofre sucessivas ameaças de corte. Se pensarmos bem, quinze minutos é tempo suficiente para fazer sacudir o país.

Pude conferir a beleza que a defesa oral revela quando exercida por bons advogados. Diante da tribuna da Corte vi advogados iniciantes triunfarem. Também presenciei juristas experimentados sucumbirem e tombarem diante da pressão que aquele momento impõe.

No Supremo, é a voz do advogado a última a gritar em favor do cidadão. Seu grito exulta a firme crença quanto ao fiel cumprimento da Constituição Federal.

É por isso que a tribuna tem tanto valor. Esse lugar solene exige o respeito e a consideração de quem dele faz uso. É ali, colocado à frente da tribuna, diante dos onze guardiões, onde o advogado vê pulsar o pulso da Justiça no Brasil.

Bastidores, televisionamento e a magia da tribuna. São essas as três bases mais íntimas da jurisdição constitucional brasileira exercida pelo STF.

A IMAGINAÇÃO SOCIOLÓGICA DO SUPREMO? AMASSAMENTO E MÁ-FÉ CONSTITUCIONAL: OS LIMITES DO STF NA REFORMA POLÍTICA A PARTIR E ALÉM DA HISTÓRIA PERDIDA DA DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS

Thiago Aguiar de Pádua¹

1 INTRODUÇÃO

A partir das reuniões do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais, que no ano de 2015 tiveram como mote o instigante tema sobre a “Reforma Política, Corrupção e Financiamento de Campanha”, notáveis professores foram expositores e debatedores de artigos escritos especialmente para discussão perante a comunidade acadêmica, como Luís Carlos Martins Alves Jr.², Arnaldo Godoy³, Cláudio Pereira de Souza Neto⁴, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha⁵, Luís Roberto Barroso⁶, Daniel Sarmento⁷, Ingo Wolfgang Sarlet⁸, Eduardo Mendonça⁹ e Inocêncio Mártires Coelho¹⁰.

¹ Mestre em Direito. Pesquisador-Discente do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC. Advogado. Professor da Pós-graduação Lato-Senso (UniCEUB). Líder do Grupo de Pesquisa “*Cortes Constitucionais, Democracia e Isomorfismo*”. End. SEPN 707/907, Bloco 3, Asa Norte, Brasília-DF, CEP: 70.790-075. E-mail: tsapadua@gmail.com.

² Na reunião do dia 23.04.2015, apresentou e debateu o *paper*: “O Sistema Partidário e a Reforma Política: uma breve análise acerca da estrutura normativa e da dinâmica constitucional dos partidos políticos e do regime representativo”.

³ Na sessão do dia 19.03.2015, apresentou e debateu o *paper*: “O financiamento das eleições presidenciais nos Estados Unidos: da doutrina do *one man, one vote* ao dogma do *one dollar, one vote*”.

⁴ Expondo suas ideias na mesma sessão que Arnaldo Godoy, falou sobre a tese contra o financiamento eleitoral por empresas.

⁵ Apresentando um dos capítulos de obra que escreveu, apresentou como *paper* o tema “Democracia: Mito ou Utopia”, no dia 19.08.2015.

⁶ Na sessão do dia 21.05.2015 expos e debateu o *paper* “Reforma Política no Brasil: Os Consensos Possíveis e o Caminho do Meio”.

⁷ Na reunião do dia 02.06.2015, apresentou e debateu o tema “O princípio da Dignidade da Pessoa Humana”.

⁸ Na sessão do dia 11.09.2015, expos e debateu o tema “Direito ao Esquecimento”.

⁹ Expondo sobre “A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático”, debateu o tema na sessão do dia 29.10.2015.

¹⁰ Na reunião de encerramento do ano de 2015, expos e debateu o tema “Poder Normativo das Cortes Constitucionais: o caso brasileiro”, no dia 12.11.2015.

Todos expuseram o tema central sob determinada ótica, enriquecendo o debate e estimulando variadas reflexões. Precisam ser lidos, debatidos e refletidos. Certamente esta última dinâmica (ldr) tornará o Brasil um lugar muito mais propício ao cultivo e circulação de ideias, e propiciará o aprimoramento do sistema constitucional. O presente artigo busca delinear um esboço sobre os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal, tendo como pano de fundo as recentes atuações em torno da reforma política.¹¹

Para tanto, utilizaremos como guarda-chuvas a ideia do formato argumentativo permeado pelo famoso artigo de Peter Kaufman¹² atinente a imaginação sociológica (evidentemente fundado em C. Wright Mills¹³) ilustrada por objetos da vida cotidiana, e neste sentido, teremos aqui uma imaginação da Cultura Constitucional¹⁴ emoldurada pelos mesmos objetos, sem que tenhamos um rígido compromisso sobre os parâmetros discursivos.¹⁵

2 A IMAGINAÇÃO SOCIOLÓGICA

A imaginação sociológica nos encoraja a reconhecer a intercessão entre a história e a biografia pessoal, para que compreendamos que nossos valores e comportamentos não ocorrem em um vácuo, vale dizer, ao invés disso, eles situam-se (e conseqüentemente são influenciados) por um tempo e um lugar particulares. Trata-se de um exercício com a finalidade de vivificar a

¹¹ Especialmente sobre o julgamento da ADI 4650, sobre a qual escrevemos artigo antes do encerramento do julgamento, e que está prestes a ser publicado. Cfr. PÁDUA, Thiago Aguiar. A ADI 4650 e a Democracia Guardiana de Robert Dahl. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, 2015 (*no prelo*).

¹² KAUFMAN, Peter. Michael Jordan Meets C. Wright Mills: Illustrating the Sociological Imagination With Objects from Everyday Life. **Teaching Sociology**, vol. 25, n. 4, 1997.

¹³ MILLS, C. Wright. **La Imagination Sociologica**. Trad. Florentino M. Torner. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1961.

¹⁴ A referência ao termo “Cultura Constitucional” está relacionada às práticas e crenças de atores e agentes não-constitucionais relativos à Constituição. Cfr. POST, Robert. The Supreme Court, 2002 Term – Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law. **Harvard Law Rev.** Vol. 117, n. 4, 2003.

¹⁵ Também observamos interessante artigo de John Brouillette e Ronny Turner sobre o exercício “do cuspe ou da saliva” utilizado no primeiro dia dos cursos por eles ministrados de “sociologia do desvio” e “introdução à sociologia”. Cfr. BROUILLETTE, John R.; TURNER, Ronny E. **Creating the Sociological Imagination on the First Day of Class: The Social Construction of Deviance**. Class Activity published in TRAILS: Teaching Resources and Innovations Library for Sociology. Originally published 2003 in *Deviance and Social Control*, edited by B. Hoffman and A. Demyan. Washington DC: American Sociological Association. (<http://trails.asanet.org>).

importância de determinada matéria, em uma dinâmica de 4 passos que se sucedem a escolha de um objeto.

A propósito, neste artigo, e para as finalidades dele decorrentes, escolhemos um objeto específico¹⁶: o Supremo Tribunal Federal.¹⁷ São estipuladas perguntas relativas a cada um dos 4 passos: (1) descrição, (2) análise local, (3) análise global; e, (4) análise histórica, e tais reflexões são interconectadas e destinadas a fornecer um nível aprofundado de pensamento sobre o objeto acerca do qual se reflete através da imaginação sociológica.

No **primeiro passo** (descrição), sugere-se que se realize uma explanação do objeto. São atreladas algumas perguntas: o que é o objeto que se analisa? Como ele seria descrito em detalhes? Do que você chamaria ele? Como é referido? É necessário notar que para alcançar a imaginação sociológica, deve-se ser capaz de identificar o objeto analisado de maneira ampla.¹⁸

No *segundo passo* (análise local), pede-se que, após a identificação do objeto, seja estipulado o que ele significa no contexto de sua realidade social, solicitando respostas reflexivas sobre os seguintes questionamentos: como o objeto se relaciona com outros aspectos da vida social? Como é utilizado? Como ele é comprado e vendido? Quem o compra e quem o vende? Em que contexto ele existe? Quem se beneficia dele? Quem sofre por causa dele? Porque ele aparece da maneira observada? Como ele se relaciona diretamente com a sua vida? As respostas podem ser surpreendentemente distintas em relação às

¹⁶ Segundo Peter Kaufman, pode ser qualquer objeto da vida cotidiana, como um automóvel, um CD, uma boneca, um Big Mac, um par de tênis, uma carteira de cigarros, uma camisinha, etc.

¹⁷ Não se desconhece a complexidade de "objetificar" uma instituição, com todas as suas circunstâncias.

¹⁸ Muito embora o primeiro passo seja bastante simples, e nada desafiador (e aparentemente sem sentido, em alguma medida), conforme menciona Peter Kaufman, é importante não ultrapassá-lo, pois ele é importante para os demais passos. Menciona-se que em uma determinada turma a quem se pediu uma análise dos famosos tênis Air Jordan, foram atribuídas as seguintes respostas: "tênis de basquetebol, pisante, roupa dos pés, vermelho e preto, couro, borracha, malcheiroso, cordões, confortáveis, reconhecíveis, enviam uma mensagem, e, Michael Jordan". Cfr. KAUFMAN, Peter. Michael Jordan Meets C. Wright Mills: Illustrating the Sociological Imagination With Objectcs from Everyday Life. **Teaching Sociology**, vol. 25, n. 4, 1997, p. 311.

diferentes biografias pessoais, percebendo-se que os objetos podem ser mais complexos do que aparentam ser.¹⁹

No **terceiro passo** (análise global), tem-se claro que no passo anterior é possível compreender como as perspectivas são contextualizadas a partir das próprias biografias pessoais, e com isso, o terceiro ponto passa a requerer que se considere os objetos a partir de outras e diversificadas culturas, com base nas seguintes questões: este objeto existe em outros países? Em caso afirmativo, de que forma? Como ele é utilizado? Como esse uso seria diferente do uso que dele se faz no seu país? Ele é alterado de alguma forma quando usado em outro local? Ele afeta a vida planetária de alguma maneira significativa? Onde e como ele é feito? Tais questionamentos levam a uma reflexão etnocêntrica e situacional.²⁰

No **quarto passo** (análise histórica), o passo final no exercício da imaginação sociológica, são observados aspectos históricos do objeto, a partir das seguintes perguntas: quando o objeto foi criado? Porque ele apareceu neste período? Como o objeto mudou através do tempo? Quais outros aspectos da vida social foram alterados como resultado deste objeto? Como o uso deste objeto se alterou através dos tempos? Como este objeto será no futuro? Ele existirá no futuro? Através destas perguntas, permite-se uma reflexão bastante séria sobre o objeto, além de trazer à lume a oportunidade de considerar

¹⁹ Conforme mencionado pelo autor, tais perguntas do segundo passo refere-se a tentativa de conexão entre o objeto analisado e suas relações com a sua própria vida e com a sociedade em que vivem. Algumas das respostas ao passo 2, decorrentes da escolha anteriormente referida (Air Jordan): “Primeiro item caso que comprei para mim; eu não podia utilizá-lo em meu time de basquete pois eles eram pretos; eles estão enroscando nossas prioridades; ele é legal e está na moda para mulheres utilizarem tops; nem todos podem adquiri-los, e isso pode levar ao cometimento de crimes; Nike e Jordan estão lucrando uma tonelada de dinheiro”. Cfr. KAUFMAN, Peter. Michael Jordan Meets C. Wright Mills: Illustrating the Sociological Imagination With Objects from Everyday Life. **Teaching Sociology**, vol. 25, n. 4, 1997, p. 311.

²⁰ Este item específico permitiu ao autor discutir a exploração da mão de obra para a produção e manufatura do produto, além de reforçar o fato de que o significado do objeto dependerá muito da localidade em que ele existe, além de obter as seguintes respostas: “os tênis Air Jordan são um símbolo da cultura americana; em muitos países eles são utilizados não apenas para jogar basquete; eles são uma forma de imperialismo cultural; eles sugerem que qualquer pessoa pode ser rico e famoso na América”. Cfr. KAUFMAN, Peter. Michael Jordan Meets C. Wright Mills: Illustrating the Sociological Imagination With Objects from Everyday Life. **Teaching Sociology**, vol. 25, n. 4, 1997, p. 312.

também seriamente a sua história, com a necessidade de situar os valores, as crenças e os comportamentos no contexto historiográfico.²¹

2.1 Primeiro passo da imaginação sociológica do Supremo: descrição

Tendo por objeto o Supremo Tribunal Federal, observa-se, sob perspectiva pessoal e não exaustiva, a tentativa de descreve-lo como um grupo de pessoas destinado a realizar análises decisória sobre problemas de outras pessoas e instituições. Para descrevê-lo em detalhes, poderíamos invocar 4 metáforas que seriam apropriadas para as várias atividades que exerce: O Supremo Como... Abridor de latas (abre para...), como Martelo (introduzir, [de]formar ou [des]amassar algo...), como Vibrador (usado para...), e como Bicicleta (conduz à...).

O Supremo como Abridor de latas²² se relaciona à funcionalidade de permitir o acesso a determinada coisa ou substância, que de alguma maneira parecia fechada ou de acesso vedado. O Supremo como Martelo²³ está relacionado ao ato de introduzir ou [des]amassar algo, e também, acaso aliado a uma “talhadeira”, para “apagar letras e números grafados em chapas de

²¹ Nesta perspectiva, foram fornecidas as seguintes respostas para o item do exemplo utilizado pelo autor: “os tênis Air Jordan auxiliaram a legitimar o atleta negro; até a criação deles, eu não me importava com qual tênis jogava basquete – agora isso importa para mim; eu sempre achei aqueles top’s feios, e agora eu acho que são um acessório legal e da moda; os modelos mudam tão rapidamente que o par de tênis que eu possuo agora são fora de moda; meus pais não compreendem como um par de tênis é tão importante; em 7 a 10 anos ninguém mais estará usando mais”. Cfr. KAUFMAN, Peter. Michael Jordan Meets C. Wright Mills: Illustrating the Sociological Imagination With Objects from Everyday Life. *Teaching Sociology*, vol. 25, n. 4, 1997, p. 312.

²² Em termos de similitude a um “**Abridor de Latas**”, da maneira como refletido no parágrafo, poderíamos citar o ingresso na seara supostamente de outro dos ramos do poder, como quando aceita, ainda que de maneira excepcionalíssima, se imiscuir na questão da “relevância e urgência” das Medidas Provisórias (ADI 2.527-MC; ADI 2.213, ADI 4.029), ou quando se imiscui na questão do “contrabando legislativo” (ADI 5127).

²³ A ser tomado como similar a um “**Martelo**”, da maneira como refletido no parágrafo, nos plúrimos sentidos invocados (introduzir, [des]amassar, (de)formar, talhar ou apagar), poderíamos pensar Reclamação 9428 em que se amassou o precedente da APDF 130, ou na ADPF 153 em que se interpretou a Constituição à luz da Lei de Anistia, talhando, apagando (fazendo esquecer) os arbítrios e as barbáries da Ditadura, não obstante as várias Comissões da Verdade criadas, ou na ADI 4650 sobre a reforma política que introduziu, à revelia do poder constituinte, nova vedação eleitoral de doação para campanhas, ou quando introduziu um prego originalmente inexistente relativamente a fidelidade partidária inovando na causa de perda do mandato na sequência dos julgamentos do MS 26.603, e das ADI’s 3999, 4086 e 5081.

madeira ou metal”. No primeiro caso, seria uma forma de selar ou fechar uma coisa ou substância, que de alguma maneira precisa ser fechada ou ter o acesso vedado. No segundo, para modelar ou (de) formar algo para que se encaixe em determinada estrutura ou molde, ou permita seu esquecimento.

O Supremo como Vibrador²⁴ está relacionado a sua utilização como mantenedor de prazerosos privilégios ou diferenciações injustificadas, em cuja metáfora encontra-se multifacetado universo de possibilidades discursivas. O Supremo como Bicicleta²⁵ está relacionado a possibilidade de condução, através do esforço de seus membros, para lugares e locais determinados. Em todos os 4 casos acima, como intuitivo, trata-se de objetos destinados a alguma atividade ou com categorias e atributos específicos.

2.2 Segundo passo da imaginação sociológica do Supremo: local

Em termos de uma análise local, temos claro que ele se relaciona de inúmeras maneiras com o cotidiano na vida social, sendo utilizado para processar, julgar e prender parlamentares eleitos²⁶, ou (segundo alguns), como “trampolim” para “saltar” a vontade do parlamento²⁷, ou para supostamente

²⁴ Tomando-se como um “**Vibrador**”, da maneira como refletido no parágrafo, presente claramente no raciocínio de que o CNJ não possui nenhuma competência sobre o STF, sendo este tribunal o único não sujeito ao controle do Conselho, uma espécie indiscutível de “privilégio” conforme exposto na ADI 3.367.

²⁵ Observando-o como uma “**Bicicleta**”, da maneira como refletido no parágrafo, como mecanismo de “locomotoção mecânica”, presente na alteração de entendimentos, que pode ser citado, entre vários casos possíveis, quando passou do entendimento da ADPF 144 em 2008 para o entendimento da ADC 30 em 2012 sobre a (in) elegibilidade de determinadas pessoas condenadas criminalmente sem o trânsito em julgado da condenação no caso “ficha limpa” (“suja”); ou no caso do tema da perda do mandato de parlamentar condenado definitivamente, com o “zigue-zague” interpretativo que vai da APN 470, passando pela APN 565, atravessando a APN 369 e o MS 32.326.

²⁶ Cite-se o recente caso da prisão do Senador Delcídio Amaral, ordenada pelo Supremo e mantida pela casa respectiva (Senado) em novembro de 2015.

²⁷ O argumento de Robert Bork, o conservador indicado por Ronald Reagan para a Suprema Corte Americana, mas que foi rejeitado pelo Senado, com uma boa ajuda panfletária de Ronald Dworkin. Não obstante, aquele “juiz rejeitado” entendia que a Suprema Corte, através do *judicial review*, era a “força individualmente mais poderosa modeladora da cultura”, agindo como um dos agentes do moderno liberalismo, de tal modo (e com tal largueza) que serviria como um “trampolim” para “saltar” as dificuldades inerentes ao parlamento, observando ainda que seria intuitivo o fato de que no Reino Unido os proponentes insistentes para a adoção de uma constituição escrita e do *judicial review* sejam os intelectuais e os membros do Partido Trabalhista. Cfr. BORK, Robert. *The Supreme Court as a Modern Agent of Liberalism*. In: **Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline**. New York: Harper, 2003, p. 96-119;

permitir o processamento da vontade popular²⁸, discutir a implementação de tributo supostamente em desacordo com a Constituição²⁹, e ainda, para tentar criminalizar condutas de maneira judicial³⁰, entre tantos outros, e sua ideia é comprada e vendida muitas vezes de maneira acrítica (especialmente nos manuais de direito³¹), e muitos são os que dele se beneficiam³² e que dele sofrem alguma consequência.³³

2.3 Terceiro passo da imaginação sociológica do Supremo: global

Temos a percepção de que o objeto existe em outros países, em formas diversificadas.³⁴ Alguns o chamam de Corte Constitucional, outros de Corte Suprema, e seu uso difere em alguns aspectos, e ele altera a vida social de maneiras significantes. É feito (construído) em um centro (Brasília), a partir de variadas peças (juízes, assessores, demais servidores e estagiários), que irradia suas decisões para o seu derredor.

DWORKIN, Ronald. Bork Nomination. **The New York Review of Books**, Vol. 34, n 13, 1987; CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin, and the Constitution, 17 **Green Bag** 2D 17, 2013.

²⁸ LAIN, Corinna Barret. Upside-Down Judicial Review. **The Georgetown Law Journal**, vol. 101, 2012, p. 113-183; FRIEDMAN, Barry. **The Will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the Constitution**. New York: FSG, 2009; POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, 2007; MENDONÇA, Eduardo. A Jurisdição Constitucional como Canal de Processamento do Autogoverno Democrático. Em: SARMENTO, Daniel (org). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015; BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. especial: Ativismo Judicial, 2015.

²⁹ A referência está ligada a tentativa de instituição do IGF – Imposto sobre Grandes Fortunas através da ADO n.31 perante o STF, ajuizada pelo Governador do Estado do Maranhão em 2015.

³⁰ A menção refere-se a tentativa de criminalização de conduta mediante decisão judicial, através do MI n. 4733, sobre a criminalização da homofobia.

³¹ Sobre o fato de que uma das funções dos manuais é fazer esquecer, ao invés de fazer lembrar. BOMFIM, Manoel. **O Brasil na História: Deturpação das tradições. Degradação Política**. Rio de Janeiro: Top Books, 2013.

³² Sobre o ponto, a recente pesquisa produzida na Universidade de Brasília sobre quem se beneficia do controle abstrato de constitucionalidade, embora devamos considerar os desvios e as variáveis que não foram pontuadas pelos autores da pesquisa. Cfr. BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. **Working Paper. Pesquisa financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)**, 2014.

³³ Quer nos parecer que toda sociedade, de uma maneira geral, sofre algum tipo de consequência com as decisões do STF.

³⁴ Podemos recordar variados tipos de Tribunal, alguns mais, outros menos distintos que o STF: Suprema Corte Americana, Corte Constitucional Italiana, Corte Constitucional Colombiana, Corte Constitucional Alemã, Suprema Corte Argentina, etc.

Conforme observado por Luigi Ferrajoli³⁵, o “descobrimento” da constituição, ao menos na Itália, teria ocorrido apenas nos últimos decênios, especialmente depois que a Corte Constitucional colocou um fim na hibernação produzida nos primeiros anos pela Corte de Cassação, relativamente à aplicação da “tese programática” dos princípios constitucionais.³⁶ O mesmo pode ser dito das Cortes Constitucionais (ocidentais) de uma maneira geral, como a Alemã³⁷, e de certa forma, do Supremo Tribunal Federal.³⁸

É inegável que há uma mudança comportamental do Supremo Tribunal Federal, de tal modo que sobre ele se disse recentemente que seu modelo anterior podia ser observado pela metáfora “morreu na contramão atrapalhando o trânsito”, e que sua mudança de postura poderia ser vislumbrada em outra metáfora: “ergueu no patamar quatro paredes sólidas”.³⁹

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. 2 Teoría de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011, p. 40.

³⁶ Não obstante, a título de comparação, a **Corte Constitucional Italiana** negou o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, através do caso analisado na **Sentença nº 138/2010**, enquanto o **Supremo Tribunal Federal** reconheceu a constitucionalidade da união entre pessoas do mesmo sexo em 2011, através da **ADI 4277** e da **ADPF 132**, relatadas pelo ministro. Carlos Ayres Britto. Mencione-se, entretanto, que a negativa de reconhecimento da Corte Constitucional Italiana motivou a 4ª Seção da **Corte Europeia de Direitos Humanos** a condenar esta república em âmbito internacional, no julgamento realizado recentemente (21.10.2015), por meio dos **Requerimentos nºs. 18766/11 e 36030/11**, em deliberação realizada pelos juízes Päivi Hirvelä, Guido Raimondi, Ledi Bianku, Nona Tsotsoria, Paul Mahoney, Faris Vehabović e Yonko Grozev.

³⁷ Para uma compreensão mínima sobre o contexto de criação da Corte Constitucional Alemã, são importantes os 3 livros de Francisco Sosa Wagner, primeiro dando vida às notas de rodapé em que se encontravam os professores alemães, e depois na reconstrução de aspectos históricos e fático-jurídicos entre 1945 a 1975 sobre os ensinamentos da experiência alemã, aliado à organização de livro contendo intensa troca de missivas entre Carl Schmitt e Ernst Forsthoff. Cfr. WAGNER, Francisco Sosa. **Maestros alemanes del Derecho público**. 2ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005; WAGNER, Francisco Sosa. **Juristas y enseñanzas alemanas I (1945-1975): Con lecciones para la España actual**. Madrid: Marcial Pons, 2013; WAGNER, Francisco Sosa. **Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y confidencias**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

³⁸ São inúmeros os casos que podem ser mencionados a partir da menção ao Supremo Tribunal Federal, como o Caso das **Células Tronco Embrionárias** (ADI 3510), **Caso “Ficha Limpa”** (ADPF 144, ADC 30 e RE 636.359), **Caso Raposa Serra do Sol** (PET 3388), o **Caso Cesare Battisti** (Ext 1085), o **Caso da Lei da Anistia** (ADPF 153), o **Caso da União de Pessoas do mesmo Sexo** (ADPF 132 e ADI 4277), o **Caso do Aborto de Feto Anencefálico** (ADPF 54), o **Caso Prouni, Ações Afirmativas** (ADI 3330), o **Caso da Liberdade de Imprensa e de Expressão** (ADPF 130, ADI 4451 e ADPF 187), o **Caso da Fidelidade Partidária** (MS 20.916, MS 26.603, ADI 3999, ADI 4086, ADI 5081), entre outros.

³⁹ Estamos a mencionar a criativa e espirituosa nomenclatura que Daniel Wunder Hachem atribuiu às duas partes de seu livro sobre o Mandado de Injunção. O marco da mudança de postura teria ocorrido a partir da implementação de direitos sociais fundamentais com a efetiva utilização do Mandado de Injunção e dos mecanismos do controle de Constitucionalidade. Cfr. HACHEM, Daniel

Antigo juiz da Corte Constitucional italiana, o jurista Gustavo Zagrebelsky começa suas reflexões sobre aquela Corte de maneira a defende-la tacitamente das acusações ou críticas comumente lançadas contra ela: “a função do tribunal é política, mas ao mesmo tempo não pertence à política”.⁴⁰ Argumentação que fica em xeque, não obstante, quando observamos – com Giovanni Sartori, que o constitucionalismo é uma solução jurídica para os problemas políticos, não sendo possível “retirar a política da política”, nem mesmo discursivamente.⁴¹

Notáveis decisões são tomadas todos os dias por Cortes Constitucionais de todo o mundo. Cite-se, entre tantos casos, a Corte Constitucional Sul-Coreana que, decidindo após o Presidente daquele país ser afastado de suas funções através de impeachment votado pelo Congresso⁴², determinou que o chefe de governo fosse reconduzido ao seu cargo, desafiando a vontade do Poder Legislativo⁴³, ou a decisão da Corte Constitucional Húngara, determinando que a proibição do uso de símbolos totalitários viola a segurança jurídica e a

Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política**. Madrid: Trotta, 2008, p. 11.

⁴¹ Giovanni Sartori nos fornece uma advertência inquietante, ao realizar profunda reflexão sobre o constitucionalismo, dizendo que quando um problema político é despolitizado – “e o constitucionalismo seria, inescapavelmente, uma solução jurídica para um problema político” - as consequências reais de tornar uma atitude jurídica neutra seriam políticas, ainda que inconscientemente, vale dizer, quando estamos diante de um julgamento, se descobre justamente que aquilo que os juristas “puros” realmente tem feito é, homiziar-se embaixo do escudo de sua indiferença judicial para questões metajurídicas, pavimentando a via para permitir que políticos inescrupulosos realizem um uso discricionário do poder sob a camuflagem de uma boa palavra, razão pela qual a “Política não pode ser retirada da política, nem de forma discursiva”. (Tradução Livre). Cfr. SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. **The American Political Science Review**, vol. 56, n. 4, 1962, p. 864.

⁴² A propósito, nosso artigo aceito para publicação e em vias de ser publicado. Cfr. PADUA, Thiago Aguiar; GUEDES, Jefferson Carús. Algumas Reflexões sobre a limitações constitucionais e as linhas de força do Impedimento Presidencial: o Caso Sul-Coreano de 2004. **Revista da AGU**, 2015 (*no prelo*).

⁴³ Trata-se do caso “2004Hun-Na1”, da **Corte Constitucional Sul-Coreana**, do impeachment do presidente Roh Moo-hyun, em 2004, que reverteu a vontade do congresso, ingressando no mérito da causa supostamente política, afirmando que a decisão do parlamento teria sido desproporcional, pois muito embora o presidente tenha violado a Constituição, tais violações não foram suficientemente graves de modo a ensejar seu afastamento, uma vez que as consequências de seu afastamento seriam mais graves. Disponível em: <<http://english.court.go.kr/cckhome/eng/decisions/majordecisions/majorList.do>>, acesso em: 11.11.2015. Confira-se também: LEE, Youngjae. Law, Politics, and Impeachment: The Impeachment of Roh Moo-hyun from a Comparative Constitutional Perspective. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 53, 2005; MADDEX, Robert L. **Constitutions of the World**. 3ª Ed. Washington, D. C.: CQPress, 2008.

liberdade de expressão⁴⁴, ou a decisão da Suprema Corte Japonesa sobre os filhos nascidos no casamento em que um dos cônjuges realiza cirurgia de mudança de sexo “para adequação de gênero”.⁴⁵

Mencione-se, ainda, a recente decisão da Corte Constitucional Alemã que estendeu o conceito da proteção familiar para estabelecer que os avós devem ser considerados na escolha da regulamentação da guarda⁴⁶, ou a decisão da Corte Constitucional da África do Sul permitindo que os presos pudessem votar⁴⁷, ou sendo referência internacional no que se refere a interpretação dos direitos socioeconômicos no caso Grootboom (sobre a moradia).⁴⁸

São tantas e tão diversas decisões sobre os direitos fundamentais que se abre uma plêiade de possibilidades discursivas. Evidentemente, há a reflexão prévia sobre a gramática da utilização das decisões oriundas de Cortes Constitucionais estrangeiras⁴⁹, Cortes Internacionais de Direitos Humanos e

⁴⁴ Refere-se ao caso “HUN-2013-1-003”, da Corte Constitucional da Hungria, que tratava de insurgência contra a Seção 269/B, 4ª Parte, do Código Criminal de 1978 que proibia o uso público e ostensivo da estrela vermelha de cinco pontas, entre outros símbolos de regimes totalitários. Disponível em: <<http://www.mkab.hu/case-law/translations/>>, acesso em: acesso em 11.11.2015.

⁴⁵ Cuida-se do caso “2013 (Kyo) 5”, da Suprema Corte do Japão. Disponível em: <http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1212>, acesso em 11.11.2015.

⁴⁶ Menciona-se o caso “BvR 2926/13”, da Corte Constitucional Alemã. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2014/06/rs2014_0624_1bvr292613en.html>, acesso em: acesso em 11.11.2015.

⁴⁷ A menção refere-se ao caso “CCT 8/99”, da Corte Constitucional da África do Sul, de 1º de abril de 1999. Disponível em: <<http://41.208.61.234/uhtbin/cgiirsi/20151116015606/SIRSI/0/520/S-CCT8-99>>, acesso em: acesso em 11.11.2015.

⁴⁸ Irene Grootboom (1969–2008), uma ativista dos direitos humanos na África do Sul, faleceu recentemente, mas ficou marcada por ter levado a discussão da delicada questão sobre a moradia perante a Corte Constitucional da África do Sul, no caso “Government of the republic of south africa v. Grootboom”, considerado por Rosalind Dixon um dos casos mais ressonantes sobre a satisfação dos direitos socioeconômicos, tendo propiciado, ainda, um interessante diálogo acadêmico entre Cass Sunstein e Theunis Roux na tentativa de compreensão deste enigmático caso. Cfr. ÁFRICA DO SUL. Caso “Government of the Republic of South Africa v. Grootboom”, “CCT 11/00”. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2798.PDF>>, acesso em: acesso em 11.11.2015; DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (Org). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 51-103; SUNSTEIN, Cass. **Social and Economic Rights? Lessons from South Africa** 11:4 Const. For. (2001), 123; ROUX, Theunis. Understanding Grootboom - A Response to Cass Sunstein. **Forum Constitutionnel**, v. 12, n. 2, 2002.

⁴⁹ São incontornáveis as reflexões de P. Tripathi e de John Wigmore sobre os precedentes estrangeiros. Cfr. TRIPATHI, P. Foreign precedents and constitutional law. **Columbia Law Review**,

Órgãos de solução de conflitos internacionais, na fecunda discussão sobre o diálogo entre juízes⁵⁰, entre aqueles que admitem⁵¹ e aqueles que não admitem tal “diálogo”⁵², em um contexto também de (suposta) circulação global dos precedentes.⁵³

2.4 Quarto passo da imaginação sociológica do Supremo: histórica

Em termos gerais, é difícil localizar (com segurança) o primeiro “exemplar”⁵⁴, muito embora em termos brasileiros possamos falar de uma

-
- v. 57, n. 3, 1957; WIGMORE, John H. A Map of the World's Law. *Geographical Review* v. 19, No. 1, Jan., 1929.
- ⁵⁰ A tese de livre-docência de Marcelo Dias Varella trata do assunto, assim como o vigoroso livro de Marcelo Neves. Cfr. VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013; NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ⁵¹ Confira-se a tese de doutorado de Christine Peter da Silva, além do difundido posicionamento da Juíza da Suprema Corte Americana Ruth Ginsburg. Cfr. SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade - Diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais**. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2014; GINSBURG, Ruth. Transcript of Interview of U.S Supreme Court Associate Justice Ruth Bader Ginsburg. Interviewed by Professor Deborah Jones Merrit & Professor Wendy Webster Williams. Interview of Justice Ginsburg. *Ohio State Law Journal*, v. 70, 2009.
- ⁵² Entre aqueles que não admitem tal “diálogo”, por variados motivos, confira-se os posicionamentos de Richard Posner, John Yoo, Robert Delahunty e Jeremy Waldron. Cfr. POSNER, Richard. No Thanks, We Already Have Our Own Laws: The Court Should Never View a Foreign Legal Decision as a Precedent In Any Way. *Legal Affairs*. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>, acesso em: 06.10.2014; YOO, John; DELAHUNTY, Robert J. Against Foreign Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Volume 29, Number 1, 2005; WALDRON, J. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*, 119 *Harvard Law Review*. 129, 2005.
- ⁵³ Verifique-se, a propósito, a categorização realizada por Ruitemberg Nunes Pereira, em sua tese de doutoramento sobre a circulação global dos precedentes em matéria de direitos humanos. Cfr. NUNES PEREIRA, Ruitemberg. **A Circulação Global dos Precedentes: esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos**. 2014. 634f. Tese (Doutorado em Direito), Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2014.
- ⁵⁴ As primeiras frases do monumental livro de Leda Boechat Rodrigues são (e permanecem) enigmáticas: “Em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: ‘Estudem com todo cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto’. Quatro meses depois o Imperador era deposto, mas essa sua ideia parecia estar na consciência de outros. Proclamada a República, a Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, copiando em grande parte o sistema americano de governo, copiou também em certos pontos a Corte Suprema dos Estados Unidos e outorgou expressamente ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. Este poder fora, na República do Norte, conquistado para a Suprema Corte através da interpretação judicial, a partir do célebre

construção que enxerga o Supremo Tribunal de Justiça do Império⁵⁵ e o Conselho de Estado⁵⁶ como seus (possíveis) precursores, e, em termos idealísticos, remontamos a três marcos específicos: ao caso *Marbury v. Madson* em 1803, nos Estados Unidos, ao Tribunal Português de 1907 (forma inicial do controle concentrado de Constitucionalidade⁵⁷), e 1965 como controle abstrato de constitucionalidade⁵⁸, inspirado no modelo austríaco.⁵⁹

Em uma sociedade de democracia relativamente estável (com formas adequadas do regime representativo), a tendência é de que o objeto exista no futuro com pouquíssima relevância; em caso inverso, a tendência é que tenha aumentada (mais e mais) a sua importância. Em todo o caso, é como se imaginássemos um Supremo também dentro da imagem da “Fábrica do Direito”, conforme assinalado em outro contexto por Bruno Latour⁶⁰, e não

caso *Marbury v. Madson* (1803)”. Cfr. RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I (1891-1898 – Defesa das Liberdades Cívicas)**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 1.

⁵⁵ LIMA LOPES, José Reinaldo. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁶ LIMA LOPES, José Reinaldo. **O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil Império**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁷ A propósito, a excelente reconstrução do nascimento do Controle Concentrado de Constitucionalidade no continente Europeu, ocorrido em Portugal em 1907, na interessante pesquisa de António Araújo, então assessor no Tribunal Constitucional Português, alegando que havia um indisfarçável elemento de malícia política de estabilização e controle do poder pela Ditadura de Franco contra a desobediência de um Juiz de primeira instância: “Em 1907 introduziu-se um sistema *sui generis* de controlo concentrado da constitucionalidade através do decreto de 1 de julho de 1907: Por paradoxal que pareça, foi um diploma destinado a impedir a apreciação judicial das leis que, primeiramente, introduziu no direito português uma forma de concentração de competência atinente à inconstitucionalidade: foi o decreto de 1 de Julho de 1907 (Diário do Governo, nº 152, de 12 de Julho), editado por causa de um juiz de primeira instância se ter negado a reconhecer força obrigatória à primeira medida da ditadura de João Franco. E a medida nele prevista consistiu em permitir a revisão pelo Supremo Tribunal de Justiça, reunido em tribunal pleno, por iniciativa obrigatória do Ministério Público e facultativa de qualquer das partes, das decisões que recusassem força legal aos decretos do poder executivo”. Cfr. ARAÚJO, António. A Construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional. **Análise Social**, vol. XXX (134), 5º, 1995; ARAÚJO, António. Para a história da fiscalização da Constitucionalidade em Portugal: Comentário ao acórdão de 23 de julho de 1907 do Supremo Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 2, 2003.

⁵⁸ Inserido através da EC 16/1965, o controle abstrato de constitucionalidade, no entanto, permitiu ao STF apoiar intensamente a ditadura militar em seu duplo centralismo: federativo e orgânico. Cfr. SILVA, José Afonso da. **O Constitucionalismo Brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 151.

⁵⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁶⁰ A tese central, e possivelmente mais interessante é a de que os integrantes do Conselho de Estado Francês, reunidos no Palais-Royal em Paris, não se baseiam em um direito codificado, mas ao invés disso, “fabricam” um direito baseado no raciocínio do precedente há mais de dois séculos.

obstante a questão da “Imaginação Sociológica”, acima delineada, também utilizássemos as “porcas e os parafusos” que John Elster⁶¹ utiliza para referir aos conceitos básicos das ciências sociais.

A título de reflexão, perceba-se que em seu outro livro, “The Power Elite”⁶², C. Wright Mills menciona seis vezes a Suprema Corte. Na primeira, refere-se aos iniciados que são inseridos no papel de assessores jurídicos dos juízes da Suprema Corte (Law Clerks).⁶³ Na segunda, observa comentário feito pelo Juiz da Suprema Corte Americana, William Douglas sobre o poderio militar dos chamados “Senhores da Guerra de Washington”.⁶⁴ Na terceira, observa a participação da Suprema Corte na consolidação do poder econômico.⁶⁵ Na quarta, observa aqueles que correm da Suprema Corte para a “Sociedade Religiosa dos Amigos”.⁶⁶ Na quinta refere-se à estratificação e ao deslocamento das mesmas e ilustres pessoas se sucedendo nos postos chave de poder,

Cfr. LATOUR, Bruno. *The Making of Law: Na Ethnography of the Conceil d'Etat*. Trad. Mariana Brilman e Alain Pottage. Cambridge: Polity, 2010.

⁶¹ Conforme se pode observar, John Elster acentuou suas explicações sociológicas através da utilização de “mecanismos” (porcas, parafusos, dentes e rodas) na explicação de complexos fenômenos sociais, e cuja tese central é a de que não existiriam teoria gerais nas ciências sociais, mas ao invés disso, teríamos, segundo alega, a possibilidade de conceituar uma série de mecanismos causais que serviriam para explicar fenômenos parciais. Cfr. ELSTER, John. *Tuercas y Tornillos: Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*. Barcelona: Gedisa, 1996.

⁶² MILLS, C. Wright. *The Power Elite*. Cambridge: Oxford University Press, 1999.

⁶³ Observa: “Então, o destacado aluno de direito, após a escola preparatória e depois de Harvard, se torna um assessor de um juiz da Suprema Corte, e depois um advogado de corporação, e após um membro do serviço diplomático, e após advogado de banca de advocacia novamente. Em cada uma dessas esferas, ele conhece e troca contatos com homens de seu tipo, como uma espécie de “continuação”, haverá antigos amigos de família e coleguinhas de colégio, os jantares no clube, e cada dia de sua vida os encontros de verão. Em cada um desses círculos no qual ele se move, ele adquire e exercita a confiança na sua própria habilidade de julgar e decidir, e nesta confiança ele é apoiado por seu acesso imediato à experiência e sensibilidade daqueles que são seus pares sociais e que agem com decisão em cada uma das importantes instituições e áreas da vida pública” (Tradução Livre). Cfr. MILLS, C. Wright. *The Power Elite*. Cambridge: Oxford University Press, 1999, p. 71.

⁶⁴ MILLS, C. Wright. **The Power Elite**. Cambridge: Oxford University Press, 1999, p. 225.

⁶⁵ Menciona: “A supremacia do poder corporativo econômico começou, de uma maneira formal, com as eleições congressuais de 1866, e foi consolidado pela decisão da Suprema Corte de 1886, que declarou que a 14^a Emenda protege a corporação” (Tradução Livre). Cfr. MILLS, C. Wright. **The Power Elite**. Cambridge: Oxford University Press, 1999, p. 271.

⁶⁶ MILLS, C. Wright. **The Power Elite**. Cambridge: Oxford University Press, 1999, p. 282.

inclusive a Suprema Corte.⁶⁷ Por fim, na sexta menciona a necessidade de se observar todos os links referentes aos círculos da alta política.⁶⁸

Ao fim e ao cabo, podemos imaginar o Supremo Tribunal como uma “fantástica fábrica do Precedente”, em que a manufatura é uma opção eminentemente política, tal qual observado por Jorge Amaury Maia Nunes ao se referir ao produto “súmula vinculante”⁶⁹, e os funcionários são divididos em três níveis de manufatura: no nível mais alto estão os Juízes do Tribunal; em um nível intermediário, os assessores, sobre quem o justice Robert Jackson mencionou que deveriam ser sabatinados em lugar dos Juízes⁷⁰, e no último nível os estagiários e demais servidores.

Dentro deste quadro esboçado, reconhecidamente inicial e não exaustivo, realizamos uma breve incursão sobre as noções de obre a (a) história perdida da doutrina das questões políticas, e de (b) amassamento e má-fé constitucional, além de breve reflexão em termos de abordagem sobre a participação do Supremo Tribunal Federal na reforma política, enquanto mecanismo ferramental de utilização circunstanciada e episódica.

⁶⁷ MILLS, C. Wright. **The Power Elite**. Cambridge: Oxford University Press, 1999, p. 405.

⁶⁸ Alega: “Se quisermos compreender a alta política, devemos coletar informações sobre não apenas um, dois ou mesmo cinquenta, mas sobre todos os homens de estado que ocuparam os postos mais altos, e neste sentido, são a elite política. As estatísticas apresentadas nesta nota são relativas aos 513 homens que entre 1789 e 1953 ocuparam as seguintes posições: Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Ministro de Estado e Juiz da Suprema Corte” (Tradução Livre). Cfr. MILLS, C. Wright. **The Power Elite**. Cambridge: Oxford University Press, 1999, p. 419.

⁶⁹ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010; NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança Jurídica. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, v. 6, 2007.

⁷⁰ “O Senado não mais precisa se incomodar com a confirmação dos Justices, mas ao invés disso deveria confirmar a nomeação de seus assessores”. (Tradução livre) (Justice Robert H. Jackson). Cfr.: BRYAN, Amanda C. Principled Agents or Legal Rasputins? Influence, Ideology, and the Cert. Pool on the U. S. Supreme Court. **Presented at the Annual Meeting of the Southern Political Science Association**, 2012; PEPPERS, Todd C. O Leakers and legal briefers: the modern Supreme Court Law Clerk. **Charleston Law Review**, vol. VII, 2012; PEPPERS, Todd C.; ZORN, Christopher. Law Clerk Influence on Supreme Court Decision Making: An Empirical Assessment. **DePaul Law Review**, vol. 58, 2008; PEPPERS, Todd C.; GILES, Michael W.; TAINER-PARKINS, Bridget. Inside Judicial Chambers: How Federal District Court Judges Select and Use Their Law Clerks. **Albany Law Review**, vol. 71, 2008; NELSON, William E.; RISHIKOF, Harvey; MESSINGER, Scott; JO, Michael. The liberal tradition of the Supreme Court Clerkship: Its Rise, Fall and Reincarnation? **Vanderbilt Law Review**, vol. 62, 2009; WASBY, Stephen L.; SWANSON, Rick A. Good Stewards: Law Clerk Influence in State High Courts. **The Justice System Journal**, vol. 20, n. 1, 2008.

3 A HISTÓRIA PERDIDA DA DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS

A maior parte deste texto dedicou-se a construir uma identidade da Suprema Corte brasileira, de maneira não convencional, possivelmente provocante, e inteiramente baseada na imaginação sociológica de C. Wright Mills, que permitiu vislumbrar o Tribunal como quatro objetos distintos (Martelo, Abridor de Latas, Vibrador e Bicicleta).

Nesta parte, afastamos uma visão romantizada da “doutrina das questões políticas”, para observar que não é ela que irá impedir a análise de alguma matéria por parte da Suprema Corte, e sim as duas questões tratadas na sequência do texto, relativas ao conceito de “má-fé constitucional” na disputa política, e também inerente à discussão sobre o “amassamento constitucional”.

A partir de Tara Leigh Grove⁷¹ e de Louis Michael Seidman⁷², desafiamos a narrativa convencional da “doutrina das questões políticas”. Em primeiro lugar, há equívoco em sua percepção histórica, pois no século XIX as “questões políticas” não eram questões constitucionais. Ao invés disso, eram determinações fáticas criadas pelos braços políticos que os Tribunais tratavam como conclusivas ao decidir determinados casos, e ainda, quando a doutrina atual sobre as “questões políticas” foi finalmente formulada na metade do século XX, a Suprema Corte a utilizou para entrincheirar, e não para minar a supremacia do Tribunal sobre o Direito Constitucional.

Neste sentido, a moderna doutrina das “questões políticas” seria uma espécie de (não limitação da) supremacia judicial, pois sendo um controle de primeira ordem, a Corte pode concluir não apenas que uma questão seria textualmente inerente a um dos ramos do poder político (executivo e legislativo), mas que a questão seria passível de sindicabilidade, e, portanto, inerente ao próprio Tribunal. Nos Estados Unidos, de onde copiamos a

⁷¹ Tara Grove divide em duas categorias: “Doutrina Tradicional das Questões Políticas” e “Doutrina Moderna das Questões Políticas”. Cfr. GROVE, Tara Leigh. *The Lost History of the Political Question Doctrine*. **New York University Law Rev.** Vol. 90, 2015.

⁷² SEIDMAN, Louis Michael. *The Secret Life of the Political Question Doctrine*. **The John Marshall Law Rev.**, vol. 37, 2004.

doutrina, vários são os casos importantes para compreensão das diversas e distintas acepções da “doutrina”, como o caso “Pacific States Telephone & Telegraph Company v. Oregon” (1912) e o caso “Baker v. Carr” (1962).⁷³

Neste último caso, a Suprema Corte articulou uma nova doutrina das questões políticas, que representa não uma doutrina de “autocontenção judicial” (ou de deferência/subserviência), mas como uma fonte do poder judicial, em que não se admitiria de antemão um entendimento do poder político, quer fosse ele certo ou errado, mas ao invés disso, a Corte iria decidir as questões fáticas e jurídicas, independentemente de qualquer controvérsia, e assim a Corte chamou para si o controle do lado Constitucional da Doutrina: “Decidir quando uma matéria, em qualquer medida, foi atribuída pela Constituição a qualquer outro ramo do poder... é responsabilidade desta Corte como a derradeira intérprete da Constituição”.⁷⁴

Neste sentido, não há doutrina das questões políticas que permita afastar, pura e simplesmente, qualquer caso a ser decidido pela Suprema Corte, e no caso brasileiro, há longa evolução sobre a discussão da possibilidade do Supremo se imiscuir em atos do Executivo (do qual o famoso caso do julgamento da demissão de professor da Escola Militar em 1894 é grande exemplo)⁷⁵, e do Legislativo, e nos dias pós-1988, o art. 5º, inciso XXXV não alberga qualquer ressalva, permitindo, portanto, que o Supremo analise qualquer matéria.

A grande ironia de tudo isso, que remonta a uma grande decisão de John Marshall em 1803, é que se as questões políticas “operarem do lado de fora” do Direito Constitucional, tal fato as conduziria a uma “vida secreta”, como observado por Louis Michael Seidman, e, portanto, a doutrina das questões políticas acaba sendo “o mais perigoso conceito em todo o Direito

⁷³ GROVE, Tara Leigh. The Lost History of the Political Question Doctrine. **New York University Law Rev.** Vol. 90, 2015, p. 2-3.

⁷⁴ GROVE, Tara Leigh. The Lost History of the Political Question Doctrine. **New York University Law Rev.** Vol. 90, 2015, p. 5.

⁷⁵ Veja-se, por exemplo, as descrições minudentes de Leda Boechat Rodrigues sobre o período. Cfr. RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I (1891-1898 – Defesa das Liberdades Cívicas)**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 66-72.

Constitucional”.⁷⁶ Portanto, parece indubitável que a Suprema Corte possa julgar o caso referente a disputa sobre a reforma política, mas essa afirmação não conduz necessariamente a conclusão de que a Corte deva realizar a reforma política do financiamento empresarial de campanhas.

4 UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE A MÁ-FÉ CONSTITUCIONAL DE DAVID POZEN.

Nesta parte, em termos bastante breves, observamos que a Suprema Corte somente pode ingressar na disputa política (bem entendido: na disputa pela reforma política) se houver a identificação da chamada “má-fé” Constitucional, da maneira como referida por David Pozen, concebida como uma das “poucas ferramentas” para o policiamento do próprio Constitucionalismo. Arelado ao “fenômeno da fé constitucional”, com a percepção da Constituição como a Religião Civil, tem ligações com a “má-fé constitucional”, num amplo espaço que congrega a interseção entre a política e o direito constitucional.⁷⁷

Em termos classificatórios gerais, há a (1) má-fé constitucional subjetiva, a (2) má-fé constitucional objetiva, e a (3) má-fé sartreana. Neste sentido, dentro da categorização da (1) má-fé constitucional subjetiva, observamos a (1a) desonestidade e a (1b) deslealdade. No primeiro caso, há a presença de uma “máscara”, uma pretensão de neutralidade governamental que na realidade estaria baseada em motivos ou propósitos ilegítimos (1a1), bem como a usurpação de prerrogativa de um outro ator constitucional (1a2), ou ainda, o uso inconsistente de metodologia interpretativa, como marca de hipocrisia (1a3). No segundo caso, (1b) deslealdade, está em jogo a fidedignidade para com os deveres constitucionais, como uma dupla afetividade constitucional ou compromisso imperfeito à Constituição (1b1).⁷⁸

⁷⁶ SEIDMAN, Louis Michael. The Secret Life of the Political Question Doctrine. **The John Marshall Law Rev.**, vol. 37, 2004, p. 443.

⁷⁷ POZEN, David E. Constitutional Bad Faith. **Harvard Law Rev.**, vol. 129, n. 4, feb. 2016 (*forthcoming*), p. 888.

⁷⁸ POZEN, David E. Constitutional Bad Faith. **Harvard Law Rev.**, vol. 129, n. 4, feb. 2016 (*forthcoming*), p. 888.

Já no caso da (2) má-fé constitucional objetiva, temos a falta de vontade negociar através dos partidos ou dos poderes, numa era de hiperpolarização (2a), e também os desvios injustificados da convenção constitucional, como normas não escritas da prática governamental (2b), mas o Presidente também pode ser acusado de má-fé constitucional através de prática que leve a evasão do espírito de barganha (2c), ou ainda, utilizar-se de argumentos interpretativos que são tão largamente não razoáveis como agir furtivamente ou um estado de espírito malicioso.⁷⁹

Neste sentido, não basta que a Suprema Corte alegue que há mora legislativa por parte do Congresso, ou que há disputa política que não permite a aprovação de determinada medida ou reforma específica, mas antes, torna-se necessário que a Corte Suprema desenvolva um ônus argumentativo tão denso que aponte fundamentadamente a presença de má-fé constitucional (objetiva ou subjetiva) como elemento impeditivo da atuação do outro poder, para que, só após ter desenvolvido seu ônus argumentativo, possa ingressar na seara específica como uma ferramenta constitucional.

5 AMASSAMENTO CONSTITUCIONAL (NARROWING CONSTITUTION)

Tendo ultrapassado a questão referente ao desenvolvimento de seu ônus argumentativo, poderá a Corte prosseguir, mas de maneira que não provoque nenhum tipo de amassamento na Constituição. Adotamos o conceito de “Narrowing”, ou amassamento do precedente, conforme cunhado por Richard Re⁸⁰ (e em outro sentido, como “furtividade do precedente” por Barry Friedman⁸¹), para observar que a Suprema Corte pode vir a amassar, em tese, não apenas o precedente, mas também a própria Constituição.

Com efeito, a partir do adequado enquadramento da específica “má-fé constitucional” dos agentes decisórios, a Suprema Corte deve agir de modo a

⁷⁹ POZEN, David E. Constitutional Bad Faith. *Harvard Law Rev.*, vol. 129, n. 4, feb. 2016 (*forthcoming*), p. 888.

⁸⁰ RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, vol. 114, 2014.

⁸¹ FRIEDMAN, Barry. The Wages of Stealth Overruling. 99 *Geo. L.J.* 1, 1, 2010.

preservar a Constituição, seja realizando uma reconstrução fática e decisória com DNA Constitucional, através do uso das “ferramentas adequadas”, mas não deve “amassar a Constituição”, sob pena de agir de maneira ilegítima.

E isto porque, ao amassar a Constituição, a Suprema Corte estaria ingressando em seara destinada ao Poder Constituinte, modelando um artefato que não lhe pertence, e do qual é (apenas) um importante guardião. Nossa tese, aqui, é a de que ao decidir a ADI 4650, com o resultado que foi tomado, inserindo uma vedação não originalmente existente no texto Constitucional, a Suprema Corte serviu a um só tempo como “Martelo”, e “Abridor de Lata”. Observe-se que as respectivas funções não são necessariamente ilegítimas, exceto quando servem para “amassar” e “inserir” noções no interior da Constituição.

Ainda é preciso observar que a Suprema Corte também não se desincumbiu de seu ônus argumentativo prévio, pois não apontou a presença de “má-fé constitucional” a travar o processo legislativo ordinário, e seu ingresso no cerne do caso, além de ilegítimo, acabou por amassar a Constituição, agindo como uma espécie de poder constituinte, desbordando de sua tarefa de preservação e de guardião do texto Constitucional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este breve artigo, escrito com a finalidade de suscitar reflexões acadêmicas, está quedado muito mais e realizar perguntas do que oferecer respostas definitivas e acabadas, prontas e de uma vez por todas. Convoca a comunidade acadêmica a realizar a sua própria “imaginação sociológica do Supremo Tribunal Federal”, além de buscar dialogar com aqueles que se interessam pelo legítimo debate de ideias.

Pela argumentação desenvolvida, a imaginação sociológica de C. Wright Mills permitiu-nos observar o Supremo Tribunal Federal como 4 instrumentos específicos: Martelo, Abridor de Latas, Vibrador e Bicicleta. Através desta construção descritiva, e pessoal de uma identidade, passamos a refletir sobre a

explicação de que não é a “doutrina das questões políticas” que impediria a atuação da Suprema Corte, como no caso da Reforma Política.

Antes, o que levaria a Corte Suprema a poder ingressar na seara específica seria o pressuposto de que ela deveria se desincumbir de um ônus argumentativo que apontasse de maneira direta e fundamentada a presença de “má-fé constitucional”, não bastando a alegação genérica de que há um travamento do processo legislativo ordinário, ou de que o processo legislativo não representa a vontade popular.

Somente após se desincumbir do respectivo ônus argumentativo estaria legitimado a intervir na disputa política, mas em nenhum caso estaria legitimado a realizar um “amassamento da constituição”, vale dizer, sua atuação não poderia se igualar a do Poder Constituinte, e, portanto, todo o trajeto argumentativo está preso a uma finalidade específica: preservar e guardar o texto Constitucional. Com estas observações, alegamos ainda que a atuação da Suprema Corte na ADI 4650 sobre o financiamento de campanhas não se desincumbiu do ônus que lhe era devido, além de ter realizado um ilegítimo amassamento da Constituição.

Qualquer esforço que se faça em sentido contrário, não poderá ignorar o fato de que o Supremo é um representante, não da população, mas daqueles que escolheram seus membros, e, pois, sua escolha, indicação e aprovação ocorre, quer queiram ou não, a partir da escolha pessoal do chefe de governo e de estado, com a necessária aprovação do Senado, assim como o Senado também elege o seu próprio presidente, ou como o Presidente da República escolhe seus ministros de Estado: todos, sem exceção, pertencentes a uma elite específica e determinada, conforme asseverado também por C. Wright Mills.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Antonio. A Construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional. *Análise Social*, vol. XXX (134), 5^o, 1995.

____. Para a história da fiscalização da Constitucionalidade em Portugal: Comentário ao acórdão de 23 de julho de 1907 do Supremo Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. especial: Ativismo Judicial, 2015.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Working Paper. Pesquisa financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), 2014.

BOMFIM, Manoel. O Brasil na História: Deturpação das tradições. Degradação Política. Rio de Janeiro: Top Books, 2013.

BORK, Robert. The Supreme Court as a Modern Agent of Liberalism. In: *Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline*. New York: harper, 2003.

BROUILLETTE, John R.; TURNER, Ronny E. Creating the Sociological Imagination on the First Day of Class: The Social Construction of Deviance. Class Activity published in TRAILS: Teaching Resources and Innovations Library for Sociology. Originally published 2003 in *Deviance and Social Control*, edited by B. Hoffman and A. Demyan. Washington DC: American Sociological Association. (<http://trails.asanet.org>).

BRYAN, Amanda C. Principled Agents or Legal Rasputins? Influence, Ideology, and the Cert. Pool on the U. S. Supreme Court. Presented at the Annual Meeting of the Southern Political Science Association, 2012.

CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin, and the Constitution, 17 Green Bag 2D 17, 2013.

DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (Org). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

DWORKIN, Ronald. Bork Nomination. *The New York Review of Books*, Vol. 34, n 13, 1987.

ELSTER, John. *Tuercas y Tornillos: Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*. Barcelona: Gedisa, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoria del derecho y de la democracia*. 2 Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2011.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the Constitution*. New York: FSG, 2009.

_____. *The Wages of Stealth Overruling*, 99 *Geo. L.J.* 1, 1, 2010.

GINSBURG, Ruth. Transcript of Interview of U.S Supreme Court Associate Justice Ruth Bader Ginsburg. Interviewed by Professor Deborah Jones Merrit & Professor Wendy Webster Williams. Interview of Justice Ginsburg. *Ohio State Law Journal*, v. 70, 2009

GROVE, Tara Leigh. *The Lost History of the Political Question Doctrine*. New York University Law Rev. Vol. 90, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KAUFMAN, Peter. Michael Jordan Meets C. Wright Mills: Illustrating the Sociological Imagination With Objects from Everyday Life. *Teaching Sociology*, vol. 25, n. 4, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAIN, Corinna Barret. *Upside-Down Judicial Review*. The Georgetown Law Journal, vol. 101, 2012.

LATOUR, Bruno. *The Making of Law: Na Ethnography of the Conceil d'Etat*. Trad. Mariana Brilman e Alain Pottage. Cambridge: Polity, 2010.

LEE, Youngjae. *Law, Politics, and Impeachment: The Impeachment of Roh Moo-hyun from a Comparative Constitutional Perspective*. The American Journal of Comparative Law, Vol. 53, 2005.

LIMA LOPES, José Reinaldo. *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010

_____. *O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil Império*. São Paulo: Saraiva, 2010

MADDEX, Robert L. *Constitutions of the World*. 3ª Ed. Washington, D. C.: CQPress, 2008.

MILLS, C. Wright. *La Imaginacion Sociologica*. Trad. Florentino M. Torner. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1961.

____. *The Power Elite*. Cambridge: Oxford University Press, 1999.

MENDONÇA, Eduardo. *A Jurisdição Constitucional como Canal de Processamento do Autogoverno Democrático*. Em: SARMENTO, Daniel (org). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NASH, Jonathan Remy. *A Functional Theory of Congressional Standing*. *Michigan Law Rev.*, vol. 114, Iss. 3, 2015.

NELSON, William E.; RISHIKOF, Harvey; MESSINGER, Scott; JO, Michael. *The liberal tradition of the Supreme Court Clerkship: Its Rise, Fall and Reincarnation?* *Vanderbilt Law Review*, vol. 62, 2009.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NUNES, Jorge Amauri Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

____. *Segurança Jurídica*. *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, v. 6, 2007.

NUNES PEREIRA, Ruitemberg. *A Circulação Global dos Precedentes: esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos*. 2014. 634f. Tese (Doutorado em Direito), Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2014.

PÁDUA, Thiago Aguiar. *A ADI 4650 e a Democracia Guardiana de Robert Dahl*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2015 (no prelo).

____; GUEDES, Jefferson Carús. *Algumas Reflexões sobre a limitações constitucionais e as linhas de força do Impedimento Presidencial: o Caso Sul-Coreano de 2004*. *Revista da AGU*, 2015 (no prelo).

____. *Triangulo da Violência Argumentativa - Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais: Decisão Monitorada em uma Democracia Monitória*. *Civil Procedure Review*, Vol. 5, No. 2: 73-142, May-August, 2014.

PEPPERS, Todd C. *O Leakers and legal briefers: the modern Supreme Court Law Clerk*. *Charleston Law Review*, vol. VII, 2012.

____; ZORN, Christopher. *Law Clerk Influence on Supreme Court Decision Making: An Empirical Assessment*. *Depaul Law Review*, vol. 58, 2008.

____; GILES, Michael W.; TAINER-PARKINS, Bridget. Inside Judicial Chambers: How Federal District Court Judges Select and Use Their Law Clerks. *Albany Law Review*, vol. 71, 2008.

POSNER, Richard. No Thanks, We Already Have Our Own Laws: The Court Should Never View a Foreign Legal Decision as a Precedent In Any Way. *Legal Affairs*. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>, acesso em: 06.10.2015

POST, Robert. The Supreme Court, 2002 Term – Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law. *Harvard Law Rev.*, vol. 117, n. 4, 2003.

____; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, 2007.

POZEN, David E. Constitutional Bad Faith. *Harvard Law Rev.*, vol. 129, n. 4, feb. 2016 (forthcoming).

RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, vol. 114, 2014.

RODRIGUES, Leda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I (1891-1898 – Defesa das Liberdades Civis). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROUX, Theunis. Understanding Grootboom - A Response to Cass Sunstein. *Forum Constitutionel*, v. 12, n. 2, 2002.

SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. *The American Political Science Review*, vol. 56, n. 4, 1962.

SEIDMAN, Louis Michael. The Secret Life of the Political Question Doctrine. *The John Marshall Law Rev.*, vol. 37, 2004.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade - Diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2014.

SILVA, José Afonso da. O Constitucionalismo Brasileiro: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNSTEIN, Cass. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa 11:4 *Const. For.* (2001).

TRIPATHI, P. Foreign precedents and constitutional law. *Columbia Law Review*, v. 57, n. 3, 1957.

VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013

WAGNER, Francisco Sosa. Maestros alemanes del Derecho público. 2ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. Juristas y enseñanzas alemanas I (1945-1975): Con lecciones para la España actual. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y confidencias. Madrid: Marcial Pons, 2008.

WALDRON, J. Foreign Law and the Modern Ius Gentium, 119 Harvard. Law Review. 129, 2005.

WASBY, Stephen L.; SWANSON, Rick A. Good Stewards: Law Clerk Influence in State High Courts. The Justice System Journal, vol. 20, n. 1, 2008.

WIGMORE, John H. A Map of the World's Law. Geographical Review v. 19, No. 1, Jan., 1929.

YOO, John; DELAHUNTY, Robert J. Against Foreign Law. Harvard Journal of Law & Public Policy, Volume 29, Number 1, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política. Madrid: Trotta, 2008

INDETERMINAÇÃO DO DIREITO, DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Inocência Mártires Coelho¹

1 COLOCAÇÃO DO TEMA

É da natureza do discurso jurídico expressar-se através de normas, ou seja, por meio de palavras/enunciados em que são definidas condutas que, em dado momento, certa comunidade considera positiva ou negativamente valiosas e, por isso, decide prescrever, vedar ou simplesmente permitir, garantindo a sua observância, se necessário, com a imposição de sanções institucionalizadas, porque as normas que as estabelecem são criadas por instituições e a sua aplicação também é levada a cabo por instituições.² Daí que, para compreendermos em que consiste, substancialmente, a experiência jurídica, basta termos presente a eficácia de certas normas, estabelecidas em conformidade como determinado *procedimento*, tendo em vista a consecução de objetivos ou fins, que dado momento se reputam socialmente *valiosos*. Em síntese, quando é *posta*, o que se faz por uma interferência decisória do Poder Social, toda norma jurídica integra e supera – sintetiza, portanto – aquelas tensões entre fatos e valores que, a certa altura da vida social, exigem solução jurídica, vale dizer, *saídas* que, além de necessárias, sejam legitimamente buscadas/encontradas por todos e de todos recebam acatamento. Nisto consiste a *nomogênese jurídica*, a evidenciar que onde exista um fenômeno jurídico, haverá necessariamente um *fato* social subjacente (fato econômico, político, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.); um valor, que confere significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no

¹ Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Professor Titular (Aposentado) da Universidade de Brasília. Subprocurador-Geral da República (Aposentado); ex-Procurador-Geral da República

² J.J. Moreso & J.M. Vilajosana. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 21/24.

sentido de atingir ou preservar certo objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor.³ Como, por outro lado, em palavras de Reale, após a emanção de qualquer norma, prosseguem as experiências axiológicas, operando-se mutações maiores ou menores na tábua de valores ou na sua incidência e compreensão particular; e como, simultaneamente, também se verificam alterações contínuas nas situações fáticas, impõe-se reconhecer que toda norma jurídica permanece, sempre, em estado de tensão, ou seja, a sua *realizabilidade* implica uma contínua referência às conexões fático-axiológicas já vividas, bem como a novas conexões fático-axiológicas inerentes ao devir histórico, em permanente transformação.⁴

Se essa é a sua gênese, e se o seu modo de existir envolve, sempre, uma constante *regeneração* – um nascer de novo –, a compasso das alterações no prisma histórico-social em que ela deve realizar-se, então nenhuma norma jurídica será efetivamente cumprida se no ato/momento da sua interpretação/aplicação nós abstrairmos dos fatos e valores que lhe deram origem, assim como dos fatos e valores supervenientes, cujo desprezo comprometeria a sua normatividade, porque essa normatividade há de ser apurada sempre no presente. Daí a importância crucial de que se revestem as chamadas mutações normativas para a preservação da eficácia dos modelos jurídicos, um procedimento hermenêutico pelo qual os intérpretes/aplicadores do direito – graças a renovadas e renovadoras leituras dos mesmos enunciados jurídicos –, deles conseguem extrair soluções normativas adaptadas às sempre cambiantes necessidades sociais, o que, a toda evidência, configura atos de criação do direito, que são facilitados, a um só tempo, tanto pela *textura aberta* da linguagem normativa⁵, quanto pela não-coincidência entre *norma* e *texto da*

³ Miguel Reale. *Licções Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

⁴ Miguel Reale. *Fundamentos da concepção tridimensional do Direito*, in Revista Brasileira de Filosofia. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, vol. X, fasc. IV, outubro-novembro-dezembro-1960, p. 467.

⁵ Herbert L.A. Hart. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2007, p. 148 e 149: “A *textura aberta* do direito significa que há, em verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso

norma.⁶ É que o teor literal de uma disposição é apenas a “ponta do iceberg”, sendo todo o resto, talvez o mais importante, constituído por fatores extralinguísticos, sociais e estatais, que mesmo se nós quiséssemos não poderiam ser fixados no texto, no sentido da garantia da sua pertinência. Uma coisa é o texto, como enunciado, previsão ou programa normativo, outra, a realidade, como âmbito normativo ou “situação regulada”.⁷

Noutro dizer, o texto é apenas o *invólucro* da norma, a qual se desvencilha desse envoltório e vem à luz pelo trabalho dos seus intérpretes/aplicadores. Em suma, a norma não é o pressuposto, mas o resultado do processo hermenêutico.⁸

Essa a razão por que, pioneiramente entre nós, o mesmo Reale afirma que existe uma ligação essencial entre “norma e situação normada”, a que corresponde a paralela correlação entre “ato normativo” e “ato interpretativo”, a partir da observação fundamental de que não há norma sem que haja interpretação, ou seja, de que não existe norma senão norma interpretada/aplicada, porque o *ato hermenêutico* também ocorre numa *estrutura* que é sincrônica ou homóloga à do *ato normativo*.⁹ Ou seja, em palavras de Gadamer, o que a lei prescreve – o que é *o caso da lei* –, esta só determina univocamente na cabeça de perigosíssimos formalistas, pois aplicar o direito significa pensar conjuntamente o caso e a lei, de maneira tal que o direito propriamente dito se concretize. Por isto – prossegue esse notável filósofo, a quem tanto devem os juristas –, frequentemente a jurisprudência,

para caso”[...] “Em qualquer sistema jurídico,deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade”.

⁶ Friedrich Müller. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.45/47.

⁷ Friedrich Muller. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional, cit., p. 45.

⁸ Eros Roberto Grau. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 71/75; Antonio Enrique Pérez Luño. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 1990, p.254.

⁹ Miguel Reale. Miguel Reale. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 1982, p.594; O Direito Como Experiência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 247; Estudos de Filosofia e Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 72/82; e Teoria Tridimensional do Direito. Situação Atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 113..

isto é, as sentenças, que se ditam, são mais importantes nos sistemas jurídicos do que a lei geral, de acordo com a qual são tomadas as decisões. E isto porque – arremata o autor de Verdade e Método –, o sentido de algo geral, de uma norma, só pode ser justificado e determinado realmente, na concretização, e através dela.¹⁰ Esse é, também, o pensamento de Martin Kriele, a nos dizer que não se pode interpretar nenhum texto jurídico a não ser colocando-o em relação com problemas jurídicos concretos (reais ou imaginários), com soluções que se procuram para os casos ocorrentes, porque é somente na sua aplicação aos fatos da vida e na concretização, que assim necessariamente se processa, que se revela completamente o conteúdo significativo de uma norma e ela cumpre a sua função de regular situações concretas.¹¹ O mesmo, finalmente, nos diz Arthur Kaufmann, para quem a investigação jurídica, leia-se, o *achamento* do direito, a sua descoberta/aplicação, é uma adaptação, um pôr-em-correspondência, uma *assemelhação* de norma e situação da vida, e o “sentido da lei” nunca se deixa descobrir sem a “natureza”, o sentido da situação vital que se julga.¹²

Disso tudo resulta, por outro lado, que ao intérprete/aplicador cabe a responsabilidade pela preservação da *força normativa* dos enunciados jurídicos, tarefa sobremaneira espinhosa se levarmos em conta que o seu *modus faciendi*, ou seja, a interpretação como *atividade*, consiste em atribuir significados atuais a textos pretéritos – antigos ou recentes, mas sempre pretéritos –, tarefa que esse operador do direito só conseguirá realizar fundindo os horizontes de produção e de aplicação dos enunciados jurídicos com que trabalha. Ato contínuo – a rigor, concomitante –, guiado pela sua pré-compreensão do que seja *correto* e *justo* na concreta situação hermenêutica em que se encontra, antes da escolha final, ele balançará os olhos entre leituras distintas, mas igualmente plausíveis, do texto que está à sua frente, num ir-e-vir que só é possível porque os enunciados normativos são fraseados de *textura*

¹⁰ Hans-Georg Gadamer. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 51/52.

¹¹ *Apud* Karl Larenz, in *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978, p. 396.

¹² Arthur Kaufmann. *Analogía y “naturaleza de la cosa”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 81/90.

aberta, fórmulas dotadas de mais de um significado ou, se preferirmos, de incontáveis *significados excedentes*¹³, situados, uns na *zona central*, *zona de certeza* ou *domínio nuclear* da representação, outros, em seu *círculo de incerteza*, *zona de penumbra* ou *domínio marginal*, sem limites ou contornos definidos, pois qualquer vocábulo tanto pode adquirir novos sentidos quanto migrar da zona de certeza para a zona de penumbra e vice-versa, a depender do seu *uso* em cada *jogo de linguagem*.¹⁴

2 IMPRECISÃO DA LINGUAGEM NATURAL E SEUS REFLEXOS NA LINGUAGEM DO DIREITO E NA SEGURANÇA JURÍDICA

Sabendo-se que a linguagem jurídica, pela sua finalidade primeira, não pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade geral, pois do contrário as mensagens normativas não alcançariam os seus destinatários – *uma palavra que não chega ao outro está morta*¹⁵ –, não resta ao legislador outra alternativa senão a de se valer da linguagem natural para veicular seus comandos, mesmo sabendo que, pela *textura aberta* da linguagem normativa, sempre restarão indeterminadas as suas ordens e, por conseguinte, comprometida a segurança jurídica. E nem se diga que a linguagem técnico-jurídica escaparia a essa dependência, em face da linguagem natural, porque toda vez que a compreensão da terminologia especializada se mostrar particularmente difícil,

¹³ Helmut Coing. Elementos fundamentais de filosofia do direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 329 e Nota 6: “Uma frase pode desenvolver significados que estão além dos objetivos e das ideias que o próprio autor tinha. Falou-se, aqui, com razão, do *significado excedente de uma obra intelectual*, um significado excedente à medida que o significado a ser ganho na interpretação vai além do que o autor pensou com isto”; “A história jurídica – entre parênteses – talvez ofereça o material ilustrativo mais claro para a certeza dessa ideia. Tenho que me lembrar somente de certas frases da Magna Carta e no significado variável que estas frases ganharam na história inglesa. Pode-se dizer, com certeza, que uma certa interpretação, que estas frases adquiriram na discussão dos puritanos com o reinado inglês, não foi a que era originalmente, aquela que os autores medievais destas frases pensaram, e apesar disto, não se deve negar que estas interpretações posteriores, diversas, sempre mantiveram uma certa relação com o sentido da frase. Ainda veremos que justamente este ponto de vista do significado excedente é de grande importância para a interpretação no âmbito da ciência jurídica.”

¹⁴ Ludwig Wittgenstein. Investigações Filosóficas. Lisboa: Gulbenkian, 1995, p. 207: “Para uma *grande* classe de casos – embora não para *todos* – do emprego da palavra “sentido” pode dar-se a seguinte explicação: o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem.

¹⁵ Hans-Georg Gadamer. Verdade y Método. Salamanca: Sígueme, vol. II, 1994, p. 150; Verdade e Método. Petrópolis-RJ: vol. II, 2002, p. 179; Luiz Rohden. Hermenêutica filosófica. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 234

a única saída para garantir ou salvar a sua normatividade será apelar-se para a linguagem ordinária, que, então, funcionará como uma espécie de *esperanto* a serviço do direito, para tornar inteligíveis os seus comandos.¹⁶

Feita essa advertência, vejamos o que nos dizem sobre os problemas derivados da imprecisão da linguagem, em geral, e desse “defeito” do discurso jurídico, em particular, os estudiosos de maior expressão nesses domínios, desde os clássicos, como Alf Ross, Adam Schaff, Herbert Hart e Karl Larenz, até aos mais modernos, como Josep M. Vilajosana, por exemplo, aos quais se devem reflexões do maior relevo acerca desse tema.

A maior parte das palavras – adverte-nos Alf Ross – não tem um campo de referência único, porém dois ou mais, cada um deles construído na forma de uma *zona central* à qual se acrescenta um *círculo de incerteza*. Por isso, tais palavras são chamadas *ambíguas*, como é o caso, por exemplo, da palavra inglesa *nail*, que quer dizer tanto “unha” quanto “prego”, o mesmo se podendo dizer das palavras portuguesas cravo, que indica tanto um “condimento”, quanto um “prego para ferradura” e um “instrumento musical”; ou da palavra “banco”, que denota um “assento”, lugar ou objeto em que nos sentamos, mas também uma instituição financeira. Sintetizando tais ideias, esse consagrado jurista e filósofo nos apresenta um rol de axiomas que, a seu ver, se aplicam às palavras no uso cotidiano, a saber: 1) o significado possível de toda palavra é vago e seu possível campo de referência é indefinido; 2) em sua maioria, as palavras são ambíguas; 3) o significado de uma palavra define-se de forma mais precisa quando ela é considerada como parte integrante de uma determinada expressão; e 4) o significado de uma expressão – e, com isso, o significado das palavras nela contidas – determina-se de forma mais precisa quando a expressão é considerada na conexão em que é formulada. Essa conexão pode ser linguística (o contexto) ou não linguística (a situação). A partir de 3) e 4), é possível formular-se a seguinte generalização: o significado de uma palavra é

¹⁶ Karl Larenz. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Gulbenkian, 1978, p. 366; Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 385/387.

uma função da conexão – expressão, contexto, situação – em que a palavra aparece.¹⁷

Adam Schaff, a seu turno, começa por nos advertir que, se deixarmos de lado os termos científicos, cujos significados se estabelecem por convenção, nós veremos que a *vagueza* é uma propriedade de praticamente todas as palavras e que essa propriedade é um reflexo do caráter relativo de toda classificação que toma a forma de nomes gerais ou, mais amplamente, de palavras gerais. De outra parte, prossegue esse filósofo, as coisas e os fenômenos pertencentes à realidade objetiva são muito mais ricos e muito mais facetados do que podem conter qualquer classificação e as palavras que os expressam. Na realidade objetiva, arremata o mesmo pensador, há transições entre as classes de coisas e de fenômenos representadas por palavras, e essas transições, esses “fenômenos limítrofes”, explicam o fato que chamamos de vagueza das palavras, fenômeno só evitável mediante uma convenção que assinale estritamente os limites do campo ao qual se refere uma dada palavra, embora, de fato – pondera ele, em conclusão –, não existam limites tão estritamente assinalados.¹⁸ E tais limites não existem pela simples razão de que não podemos prever – embora possamos imaginar – quando, “surpreendendo” o significado usual de uma palavra, uma situação insólita venha “reivindicar” e obter o seu encaixe no âmbito denotativo desse vocábulo.¹⁹

Em Herbert Hart – que parte do tema da imprecisão da linguagem, em geral, para enfrentar os problemas decorrentes da abertura da linguagem jurídica, em particular – lê-se, desde logo, que se nós temos de nos comunicar de alguma forma com os outros, e se, como é o caso das formas mais elementares do direito, temos de expressar as nossas intenções para que um certo tipo de conduta esteja regulado por normas, então é necessário que as

¹⁷ Alf Ross. Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires: Eudeba, 1977, p. 111/112.

¹⁸ Adam Schaff. Introducción a la Semántica. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 358.

¹⁹ Josep M. Vilajosana. Identificación y justificación del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 97; José Juan Moreso. La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 108/109; e Manuel Segura Ortega. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p.33.

palavras gerais que usamos tenham algum exemplo típico a respeito do qual não existam dúvidas acerca da aplicação daquelas normas. Noutras palavras, prossegue esse mestre de Oxford, tem que haver um núcleo de significado estabelecido, embora haja também uma *penumbra* de casos discutíveis, em que as palavras não resultam obviamente aplicáveis nem obviamente inaplicáveis. Mais ainda, prossegue Hart, cada um desses casos terá algumas notas em comum com o exemplo típico, mas lhes faltarão outras ou aparecerão neles características que não estavam presentes naquele exemplo. É que, diz ele, a inventividade humana e os processos naturais aportam de modo contínuo tais variações a respeito do familiar, e se temos de decidir se esta classe de fatos cai ou não sob o prescrito pelas regras existentes, então quem classifica tem que tomar uma decisão, que não lhe é imposta, porque os fatos e os fenômenos aos quais conformamos as nossas palavras e aos quais aplicamos nossas regras, são, por assim dizer, mudos. Afinal, adverte-nos esse jurista que, ao aplicar as regras jurídicas alguém deve assumir a responsabilidade de decidir se as palavras se referem ou não a certo caso, com todas as consequências que essa decisão possa implicar. Para ilustrar esse panorama de incertezas semânticas, Hart formula o exemplo de uma norma que, por exemplo, proíba a entrada de veículos num parque público. Como ele salienta, e nisso todos estamos de acordo, tal proibição aplica-se, claramente, aos automóveis, porém o que dizer das bicicletas, patins e automóveis de brinquedo? O que dizer dos aviões? Devem ou não ser considerados “veículos” para os fins dessa regra? Somente o intérprete/aplicador, se e quando se defrontar com um problema envolvendo a aplicação dessas regras numa concreta situação hermenêutica, poderá definir a sua abrangência e, conseqüentemente, a sua concretização, até porque os fatos aos quais aplicamos nossas regras não esperam pelos juízes já etiquetados, claramente, com as regras que lhes são aplicáveis, nem as normas podem formular seus próprios exemplos, dependendo, sempre, da mediação de seres humanos, dos seus intérpretes/aplicadores, mesmo nos casos mais claros.²⁰ Por isso, nenhum intérprete/aplicador, minimamente lúcido, defenderia a

²⁰ H.L.A. Hart. *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, in *Derecho y Moral – Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Depalma, 1962, p. 25/26.

“tese” de que, mesmo em situações extremas, como na ocorrência de um acidente pessoal ou de um incêndio, nesse hipotético logradouro público, ali não poderiam entrar nem uma ambulância nem um carro de bombeiros. Guiado pela sua pré-compreensão do justo concreto, esse intérprete/aplicador não hesitaria em liberar a passagem desses veículos de socorro, atribuindo à norma o sentido exigido pelas circunstâncias²¹, circunstâncias que nem o legislador mais previdente poderia ter imaginado e, conseqüentemente, editado norma para regê-las. Por tudo isso, Hart tece as considerações transcritas a seguir, onde assinala que a imprecisão da linguagem normativa não é nenhum defeito, mas um imperativo da razão prática, qual seja, o de que o legislador é obrigado a regular condutas por meio de padrões gerais, porque não pode prever todas as situações da vida e editar regras que as disciplinem na peculiaridade, multiplicidade e combinabilidade dos seus aspectos.

É um aspecto da condição humana (e, por isso, da condição legislativa) que trabalhemos sob a influência de duas desvantagens ligadas, sempre que procuramos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais a serem usados, sem diretiva oficial ulterior, em ocasiões particulares. A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de fato; a segunda, a nossa relativa indeterminação de finalidade. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isso seria um mundo adequado a uma jurisprudência “mecânica”. Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer.²²

Em Larenz, nas considerações desenvolvidas no âmbito específico da hermenêutica jurídica, lemos que a necessidade da interpretação de todos os

²¹ Carlos Ignacio Massini. *La prudencia jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 21/30.

²² Herbert L.A. Hart. *O conceito de direito*, cit., p. 141.

textos legais deriva do fato de que a maioria das representações gerais e dos conceitos da linguagem corrente tem “contornos imprecisos”; que o juiz tem que interpretar a lei sempre que a sua aplicação ao caso a decidir exija uma clarificação do seu conteúdo, sobretudo se o fenômeno a julgar estiver na “zona marginal” [e não no “domínio nuclear”] dum conceito ou numa representação geral; que o sentido literal dos enunciados normativos, que é aquele extraído da *linguagem vulgar*, nunca é praticamente “unívoco”, abstraindo de números e nomes próprios; que o significado usualmente atribuído a uma expressão segundo a linguagem vulgar, não é mais do que um indício do significado pontualmente determinante, só bastando por si quando o fenômeno a julgar estiver sem dúvida no *domínio nuclear* da representação, a que o sentido literal alude, e se não houver motivo para supor que esse domínio nuclear não deve ser integralmente abrangido pela norma; que uma expressão aparentemente tão clara, como “os filhos de determinada pessoa”, *pode* na linguagem vulgar abranger apenas os filhos naturais, que formam o “domínio nuclear” da representação, mas, além deles, também os filhos adotivos, os enteados, os pupilos — talvez até os cônjuges dos filhos, os genros e noras dessa pessoa —, o mesmo não se podendo dizer dos seus irmãos, porque estes não se encontram sequer na flutuante zona marginal do conceito de “filhos”.²³

Daí que, por exemplo, atento à nossa experiência histórica, e para não ensejar “interpretações” contrárias ao seu desígnio, o constituinte brasileiro, quando decidiu assegurar igual tratamento jurídico aos filhos de qualquer condição, o fez, claramente, estatuinto no § 6º, do art. 227 da Constituição, que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Já o mesmo não aconteceu com a palavra *cônjuge*, por exemplo, que não tendo sido “fechada” em sua denotação, ensejou que a Justiça Eleitoral — para os fins da inelegibilidade estabelecida no § 7º do art. 14 da Constituição —, a considerasse abrangente, além da condição de

²³ Karl Larenz. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Gulbenkian, 1978, p. 356, 358, 366 e 390.

marido e mulher, também a das pessoas do mesmo sexo, que vivam em *estado de casadas*, os chamados casais homoafetivos.²⁴

Nesse caso, a realidade social exigiu uma *nova leitura* do mesmo vocábulo constitucional, do que resultou atribuir-se-lhe outro significado, ou seja, um sentido de maior alcance para a palavra *cônjuge*, que permaneceu, graficamente, do mesmo tamanho. Em palavras de Larenz, isso quer dizer que, a partir dessa decisão – decorrente das alterações ocorridas na chamada *situação normativa* – aquele vocábulo passou a vigorar *no* significado ou *na* modificação lhe atribuiu o órgão de cúpula da nossa Justiça Eleitoral.²⁵ Nisto consiste, em resumo, o fenômeno das *mutações normativas* de natureza hermenêutica, que surgem ou se impõem em razão de novas tensões fático-axiológicas ou de supervenientes alterações no prisma histórico-social de aplicação dos enunciados jurídicos, os quais, embora permaneçam idênticos em sua configuração gráfica ou linguística, dão à luz novos comandos jurídicos, os quais vêm ao mundo jurídico partejados pelos seus intérpretes/aplicadores, como ressalta Eros Grau, para quem o *significado* ou a *norma* resultam da tarefa interpretativa, ou seja, são produzidos pelos seus operadores, afirmação que, para não dar margem a distorções de entendimento, o mesmo *professor* cuida de esclarecer em linguagem didática:

Isto, contudo – note-se bem –, não significa que o intérprete, literalmente, crie a norma. Dizendo-se de modo diverso: o intérprete não é um criador *ex nihilo*; ele produz a norma – não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de *reproduzi-la*. O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado*.²⁶

²⁴ Brasil. TSE. Recurso Especial Eleitoral n. 24.564, acórdão publicado em sessão, em 01/10/2004. Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

²⁵ Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978, p.136.

²⁶ Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72/73.

Diante desse cenário de constantes flutuações semânticas dos enunciados normativos, ganham relevo as reflexões de Josep Vilajosana, a nos dizer, desde logo, que uma das tendências mais importantes da filosofia jurídica contemporânea é, precisamente, a sua insistência nos problemas decorrentes da *indeterminação do direito*, tema que é da maior relevância se tivermos presente – como adverte Joana Aguiar e Silva –, que os limites da autoridade legítima do direito se confundem com os limites impostos à sua interpretação, limites que, a rigor, não existem ou se esfumam quando se interpretam enunciados plurissignificativos.²⁷ Idêntica atitude crítica, em perspectiva mais ampla, encontra-se no filósofo Paul Ricoeur, a verberar que não existe exegese sem um “portador (teneur) de significado” – significado que pertence ao texto e não ao seu autor –, e que se não existe um significado objetivo, então o texto não tem nada a dizer sobre qualquer coisa.²⁸

No caso dos enunciados constitucionais, cuja abertura semântica atinge as raias do escancarado, alguns juristas chegam a falar em Constituição *constituenda* e Constituição *reiventada*, porque a sua fraseologia – trabalhada dogmática e jurisprudencialmente –, a todo o tempo se *descobre* e se *constrói*, por contraposição a uma Constituição textualmente cristalizada; outros, a admitir que um conteúdo normativo vinculante não se pode obter de um texto normativo *vago* – como é, por natureza e destinação, o texto constitucional –, porque, sendo indeterminadas as suas normas, seu conteúdo só se revelará ao termo da interpretação, para a qual, por isso mesmo, esse conteúdo não pode servir de ponto de partida; outros, a proclamar que, à luz da experiência judicante, o direito constitucional é tanto aquilo que prescreve o texto da Lei Maior quanto a *bagagem de padrões hermenêuticos* desse bloco normativo, que vai se incorporando na jurisprudência constitucional; e outros, finalmente, a dizer que esse direito é um conjunto de *materiais de construção*, mas que o edifício concreto, que daí resulta, não é obra da Constituição em si mesma – até porque também ela está em permanente *(re)construção* –, mas de uma política

²⁷ Josep Maria Vilajosana. *Identificación y justificación del derecho*, cit., p. 89; Joana Aguiar e Silva. *A prática judiciária entre direito e literatura*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 86.

²⁸ Paul Ricoeur. *Ensaio sobre a Interpretação Bíblica*. São Paulo: Novo Século, 2004, p. 63.

constitucional que verse a respeito das possíveis combinações desses materiais.

29

Assim vistas as coisas, torna-se patente que se o próprio autor/legislador não consegue “fechar” o seu texto – o que, em princípio, não acontece, porque incumbe aos intérpretes/aplicadores dizer se ocorreu a *hipótese de incidência* da norma, para, só então, também eles, desencadearem a respectiva *consequência jurídica* –, o operador do direito sempre estará liberado para atribuir aos enunciados normativos os significados que julgar adequados, à luz do caso a decidir, embora, como sujeito histórico, vale dizer, como indivíduo objetivamente situado e datado, ele não possa levar a cabo essa valoração de forma livremente emocional, antes apenas de modo *conceitualmente emocional*, como esclarece Machado Neto, em texto que se tornou clássico e merece transcrição completa.

Porque o Direito é conduta compartilhada, o sentido jurídico de um especial fato de conduta é co-posto pelo agente, pelo legislador, pela comunidade e pelo intérprete. Pelo agente porque representou a sua conduta de maneira normativa como devida ou não. Pelo legislador que conceituou como lícito ou ilícito a generalidade de determinados fatos de conduta. Pela comunidade que vivencia os valores jurídicos de tal maneira, motivo pelo qual a legislação em questão tem vigência e eficácia. Finalmente, pelo intérprete ou julgador, que valorando tal conduta procura nas fontes – e.g. na lei – a suficiente força de convicção que dará objetividade a seu julgamento (valoração), desse modo transformando sua valoração livremente emocional em conceitualmente emocional.³⁰

Em termos subjetivo-objetivos, dir-se-ia que muito embora o intérprete/aplicador não possa libertar-se totalmente da sua “personalidade” – porque os pré-juízos de um indivíduo são muito mais do que os seus juízos, são

²⁹ António Cortês. Jurisprudência dos princípios, cit., p. 73/74; José Adércio Leite Sampaio. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 208/217; Ernst-Wolfgang Böchenförde, Escritos sobre derechos fundamentales, cit., p. 32 e 34; Juan Fernando López Aguilar. Lo constitucional en el Derecho: sobre la idea e ideas de Constitución y Orden Jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 60; Gustavo Zagrebelsky. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999, p. 13.

³⁰ A.L. Machado Neto. Teoria Geral do Direito. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966, p. 246/247.

a realidade histórica do seu ser ³¹ — mesmo assim o seu modo de pensar, em larga medida, estará conformado pelas suas condições materiais de vida, pelo seu entorno ou circunstância. ³² Primeiro, porque não existe homem incondicionado e tampouco *razão absoluta*, uma razão dona de si mesma, antes apenas razão real e histórica; e, segundo, porque nós sempre nos movimentamos a partir ou no interior de *estruturas prévias*, que viabilizam e conformam a nossa compreensão, sem que, na maioria das vezes, sequer tenhamos consciência desse condicionamento. Mesmo a nossa *pré-compreensão* — aparentemente personalíssima e autônoma —, é prefigurada tanto pela tradição, em que estamos imersos e que modela os nossos preconceitos, quanto pelo *nosso* mundo, pelo mundo concreto em que levamos a vida e que, precisamente por isso, é co-intérprete em nossas interpretações.³³ Afinal, toda visão do mundo reflete determinada *ideologia*, ou seja, um modo de ver as coisas que, embora pareça nosso, em verdade é engendrado de *fora* pela constelação de fatores que constituem a nossa forma concreta de ser e de estar no mundo, um mundo que nos precede e que nos sucederá, mundo no qual somos “jogados” como a gata dá à luz os seus filhotes ³⁴, mundo, enfim, que nós—seres finitos e confinados— só podemos, quando muito, *descrever* e, mesmo assim, nos estreitos limites da nossa percepção e da nossa linguagem, de cujo invólucro não temos como nos desvencilhar.³⁵ Essa é a nossa *prisão*, ao menos

³¹ Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme, vol. 1, 1993; *Verdade e Método*. Petrópolis-RJ: Vozes, vol. 1, 1997, p. 416.

³² Marx & Engels. *A Ideologia Alemã*. Lisboa: Editorial Presença/São Paulo: Martins Fontes, 1980, p. 25: “A produção de ideias, de representações e da consciência está em primeiro lugar direta e intimamente ligada à atividade material e ao comércio material dos homens; é a linguagem da vida real. As representações, o pensamento, o comércio intelectual dos homens surgem aqui como emanção direta do seu comportamento material. O mesmo acontece com a produção intelectual quando esta se apresenta na linguagem das leis, da política, da moral, da religião, da metafísica, etc., de um povo. [...] A consciência nunca pode ser mais que o Ser consciente; e o Ser dos homens é o seu processo de vida real”.

³³ Hans-Georg Gadamer. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro, FGV, 1998, p. 13; Marco Antonio Casanova, in Martin Heidegger. *Nietzsche*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, vol. 1, 2007, *Apresentação*, p. X.

³⁴ Hans-Georg Gadamer. *Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica*. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007, p. 24.

³⁵ Sobre as origens sociais do pensamento, ver Karl Mannheim. *Ideologia e Utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968; Karl Mannheim, Wright Mills e Robert Merton. *Sociologia do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967; Robert Merton. *La Sociologia del Conocimiento*, in *Sociologia del Siglo XX*. Georges Gurvitch & Wilbert E. Moore. Barcelona: El Ateneo, 1965, Tomo I, p. 337/373; Franco Crespi & Fabrizio Fornari. *Introdução à Sociologia do Conhecimento*. Bauru-SP: EDUSC, 2000;

como a percebeu/descreveu o angustiante e angustiado Nietzsche, também ele encerrado nessa masmorra e consciente dessa humana condição.

Minha vista, seja forte ou fraca, enxerga apenas a certa distância, e neste espaço eu vivo e ajo, a linha deste horizonte é o meu destino imediato, pequeno ou grande, a que não posso escapar. Assim, em torno a cada ser há um círculo concêntrico, que lhe é peculiar. De modo semelhante, o ouvido nos encerra num pequeno espaço, e assim também o tato. É de acordo com esses horizontes, nos quais, como em muros de prisão, nossos sentidos encerram cada um de nós, que medimos o mundo, que chamamos a isso perto e àquilo longe, a isso grande e àquilo pequeno, a isso duro e àquilo macio: a esse medir nós chamamos “perceber” – e tudo, tudo em si é erro!³⁶

Isto presente, vem-nos ao espírito outra lição de Gadamer, esta a nos advertir que para compreender o significado de um texto, o intérprete, sim, deve olhar para o passado e atentar para a tradição, em que ele está inevitavelmente imerso, mas isso não implica ignorar-se a si mesmo e tampouco desprezar a concreta situação hermenêutica em que se encontra – que outra não é senão a nossa situação pessoal a cada momento –, pois o ato de *concretização* de qualquer norma jurídica ocorre no presente e não ao tempo em que essa norma entrou em vigor, até porque a tradição que nos chega fala sempre ao presente e tem que ser compreendida nessa mediação e, ainda mais, como mediação.

Noutras palavras, se o intérprete não relacionar o texto com a concreta situação hermenêutica em que se encontra, não entenderá nada daquilo a que esse texto se refere.³⁷ Afinal, uma coisa é a necessária *fusão* dos horizontes/contextos de produção e de interpretação do enunciado normativo e outra, bem diversa, é desconhecer que a aplicação de toda norma jurídica tem em mira resolver problemas atuais, segundo critérios de valor que vigoram

Adam Schaff. História e Verdade. São Paulo: Martins Fontes, 1987. Sobre os diversos sentidos e funções de ideologia, ver Luis Villoro. El concepto de ideología. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. Sobre a pré-compreensão na experiência hermenêutica, ver Hans-Georg Gadamer. Verdad y Método. Salamanca: Sígueme, vol. I, 1993, p. 331/377. Sobre a impossibilidade antropológica do juiz “asséptico”, ver Eugenio Raúl Zafaroni. Estructuras Judiciales. Buenos Aires: Ediar, 1994, p.199/205.

³⁶ Friedrich Nietzsche. *Na prisão, in Aurora*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, Livro II, p. 117.

³⁷ Hans-Georg Gadamer. Verdad y Método. Salamanca: Sígueme, vol. 1, 1993, p.396 e 400/401.

atualmente e por decisão de quem – *aqui e agora* – dispõe de legitimidade para criar novos modelos jurídicos ou, simplesmente, preservar/confirmar a validade dos que foram editados no passado.

Certamente por isso é que Hobbes dizia que o legislador não é aquele por cuja autoridade as leis foram editadas inicialmente, mas aquele por cuja autoridade elas continuam a ser leis ³⁸, entendimento que é idêntico ao de Perelman, para quem o fato de manter [em vigor] um antigo texto de lei não significa em absoluto que o legislador atual deseje que esse texto seja interpretado em conformidade com o espírito daquele que o adotou, do legislador histórico, porque no mais das vezes o legislador atual consagra, com seu silêncio, a interpretação nova que a jurisprudência fornece, de tempos em tempos, de um texto antigo.³⁹ Substancialmente igual é o pensamento de Rousseau, ao dizer que a lei de ontem não obriga hoje, mas o consentimento tácito presume-se pelo silêncio e presume-se que o soberano confirma incessantemente as leis que, podendo ab-rogar, não ab-rogou; e que tudo o que uma vez ele declarou querer, quererá sempre, a menos que o revogue.⁴⁰ Nessa mesma linha lê-se, em Palmer, que tanto ao se emitir um juízo, quanto ao se fazer um sermão, a interpretação deve incluir não só a explicação do que o texto representava no seu próprio mundo, na circunstância em que se produziu, mas também aquilo que esse texto significa no momento atual, porque em todo o ato de compreensão se dá uma aplicação ao presente.⁴¹ Ainda mais, como as palavras da lei devem revelar o direito àqueles a quem elas se dirigem no presente, impõe-se concluir que, muito embora o legislador histórico, ao redigir a leis, tenha usado essas palavras no contexto lingüístico do tempo em que as verbalizou, o seu sentido *literal* só poderá ser determinado segundo a compreensão lingüística dos indivíduos a quem elas se dirigem *agora* e não daqueles a quem falaram no passado. ⁴² Noutros termos, quando o juiz intenta

³⁸ Thomas Hobbes. *Leviatã*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 220.

³⁹ Chaím Perelman. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 625.

⁴⁰ J.J. Rousseau. *Do Contrato Social*, in *Obras de Jean-Jacques Rousseau*. Rio de Janeiro: Editora Globo, vol. II, 1962, p. 81.

⁴¹ Richard Palmer. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1986, p.191 e 193.

⁴² Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978, p. 366 e 404.

ajustar a lei às necessidades atuais — precisamente para preservar a sua *força normativa* —, o que tem em vista, obviamente, é resolver um problema ou desempenhar uma tarefa prática. Por isso, com olhos postos no presente, ele procurará reconhecer/determinar o significado *jurídico*, ou seja, o sentido *normativo* da lei, o qual só poderá ser o seu significado *vigente*, o seu sentido atual, e não o seu significado *histórico*, aquele que lhe foi atribuído ao tempo da sua promulgação. Se essa fosse a sua preocupação, ele seria um historiador e não um jurista, cuja história — dele, jurista — não é o passado, mas o seu próprio presente.⁴³

Destarte, não há como se impedir — os mais cautelosos diriam *racionalizar* — o protagonismo, a criatividade do intérprete/aplicador, quando este se debruça sobre os enunciados jurídicos, fórmulas semanticamente abertas, para extrair o seu significado, ou seja, para produzir as normas que ele reputa adequadas a uma decisão *correta e justa* da controvérsia/disputa que está obrigado a resolver. Como impõe ao juiz o dever, indeclinável, de decidir sempre, o próprio ordenamento jurídico fornece-lhe os meios — em verdade, o libera para encontrá-los —, com que ele *dirá* o direito, num falar criativo cujo referente último é a idéia de justiça, em permanente configuração. Assim vistas as coisas, alguém, em sã consciência, pode dizer que esteja “amarrado” um juiz que, nos termos da nossa Lei de Introdução ao Código Civil — artigo 5º — quando da aplicação da lei atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do *bem comum*, e que, na omissão dessa lei, decidirá a causa de acordo com a analogia, os costumes e, sobretudo, os indefiníveis princípios gerais do direito? Claro que ninguém acredita nisso, nem mesmo aqueles “perigosíssimos formalistas”, como o velho Gadamer se referiu, ironicamente, aos que imaginam possa a lei apreender, na literalidade do seu palavreado, os imprevisíveis fenômenos da vida social.⁴⁴

3 INDETERMINAÇÃO DO DIREITO, REDAÇÃO DAS LEIS E SEGURANÇA JURÍDICA

⁴³ Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método*, cit. p. 400.

⁴⁴ Hans-Georg Gadamer. *A razão na época da ciência*, cit., p. 51.

Assente que a indeterminação semântica é um dado objetivo da linguagem, em geral, e da linguagem normativa, em particular, todos os que pensam o direito, nalguma medida, sempre se preocuparam em reduzir os efeitos, digamos *perversos*, dessa indeterminação, em nome da segurança jurídica, um valor que não se compadece com surpresas nem quebras de expectativas, porque, entre outras finalidades, o Direito visa precisamente a estabilizar situações ou prefigurar o amanhã de indivíduos existencialmente inseguros diante das incertezas da vida.⁴⁵

Parece uma observação óbvia, reconheça-se, mas de todo indispensável para se apreender o que é mesmo essa coisa segurança jurídica, uma expressão que está na *boca do povo*, mas que este não sabe bem o que significa. Segurança jurídica é a *segurança proporcionada pelo Direito*, é aquele estado de conforto psicológico que as pessoas experimentam quando “fecham” um negócio; adquirem um bem; registram uma escritura; obtêm uma certidão; autenticam uma assinatura; saldaram uma dívida; pagam um tributo; cumprem um prazo; conduzem um veículo na via e na velocidade adequadas, enfim, quando fazem tudo o mais que traduza a idéia de que, tendo agido em todas essas situações rigorosamente *conforme o direito*, se e quando for necessário invocar ou exercer os *direitos* decorrentes desse agir correto, o Direito não os abandonará. Porque fizeram tudo “certo”, porque ordenaram as suas ações como exigido pelo Direito, confiam em que nada lhes acontecerá de “errado”.⁴⁶ Nisto consiste, ao lado da vertente objetiva, a dimensão subjetiva da segurança jurídica, aquilo que a doutrina chama de *proteção da confiança* e *confiança legítima*, valores que se ancoram, igualmente, no princípio do Estado de Direito.⁴⁷ Daí que a pior insegurança jurídica seja a insegurança causada pelo próprio Direito, o que acontece quando as suas normas são postas a serviço do mal, como nos regimes tirânicos, nos quais, em nome da *sua* segurança jurídica, o Estado manipula o Direito para impor uma legalidade iníqua, de que são

⁴⁵ Helmut Coing. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1961, p. 67.

⁴⁶ Helmut Coing. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, cit., p. 37.

⁴⁷ Federico Arcos Ramírez. *La seguridad jurídica: una teoría formal*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 71/79; José Luis Palma Fernández. *La seguridad jurídica ante la abundancia de leyes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 39/42.

exemplos as famigeradas leis de segurança nacional⁴⁸; ou, ainda, quando as normas jurídicas são manejadas, canhesticamente, pelos seus operadores, sejam os que as editam, sejam os que as interpretam e aplicam.

Destarte, tanto viola a segurança jurídica uma alteração expressa e formal das *regras do jogo*, depois que o jogo já começou, quanto uma leitura *surpreendente* dessas mesmas regras, na medida em que toda nova leitura de um texto implica sempre a criação de um texto novo, assim como toda atribuição de um novo significado a uma palavra velha equivale à criação de um termo novo. Por isso a aplicação de uma nova regra a situações pretéritas – mesmo quando essa regra decorra apenas de outra leitura de um mesmo enunciado jurídico – implica, sempre, a retroatividade dessa norma, o que é vedado pelo Direito, em geral, e, no caso do direito brasileiro, em particular, pela Constituição ao estatuir que nem a lei prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada. Por isso, afirmam os doutrinadores que, em obediência à *natureza das coisas* e ao princípio do *Estado de Direito*, toda norma jurídica contém uma *cláusula implícita* estabelecendo que as suas disposições obrigam apenas doravante, ou *pro futuro*, pois seria absurdo ordenar-se – *hoje* – que alguém faça, tenha feito ou deixe de fazer alguma coisa *ontem*.

Afinal – como advertiu, com desassombro, São Tomás de Aquino –, nem Deus pode determinar algo retroativamente, pois isso implicaria desrespeitar a Sua própria Lei. *O que foi feito está feito e nem por Ele poderá ser desfeito*.⁴⁹

Bem, prossigamos. Se a indeterminação semântica é inerente à linguagem, em geral, e à linguagem jurídica, em particular, e se hoje em dia o

⁴⁸ Antonio-Enrique Pérez Luño. La seguridad jurídica. Barcelona: Ariel, 1994, p. 27.

⁴⁹ Para uma exata compreensão dessa reflexão do *Doutor Angélico* sobre a impotência divina para desfazer o que foi feito, ver Umberto Eco. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 22: "Há uma *quaestio quodlibetalis* de São Tomás (V,2,3) que se pergunta: 'utrum Deus possit virginem reparare' – isto é, se Deus pode permitir que uma mulher que tenha perdido a virgindade possa ser reintegrada em sua condição original. A resposta de Tomás é corajosa. Deus pode perdoar e, portanto, restaurar a virgem no seu estado de graça, e pode devolver à virgem sua integridade corporal através de um milagre. Mas nem mesmo Deus pode fazer com que aquilo que foi não tenha sido, porque essa violação das leis temporais repugnaria à sua natureza. Deus não pode violar o princípio lógico pelo qual '*p* aconteceu' e '*p* não aconteceu' surgiriam como contraditórios. *Alea iacta est*".

direito se manifesta ou se dá a conhecer quase que exclusivamente através de palavras – as *palavras da lei* –, então o aprimoramento da linguagem jurídica impõe-se como procedimento mais do que necessário, indispensável mesmo, para que se reduzam as obscuridades e as imprecisões *involuntárias* das mensagens legislativas, dado que, muitas vezes, o legislador decide utilizar-se de palavras com significados abertos, múltiplos ou excedentes, significados que ele entende só devam ser *fechados* ou tornados precisos quando da sua aplicação/concretização, porque tais comandos se destinam, precisamente, a reger aquelas situações da vida que, de tão cambiantes ou imprevisíveis, não podem ou não devem ser aprisionadas em expressões semanticamente fechadas.⁵⁰ Nessas hipóteses, pode-se dizer que estamos diante de *vaguezas intencionais e positivas*, ou seja, de imprecisões semânticas deliberadamente assumidas pelo legislador, sob o entendimento de que tais imprecisões de sentido mais otimizam o direito positivo do que embaraçam ou tornam incerta a sua realização. Tal é o caso, por exemplo, dos *conceitos jurídicos indeterminados* e das *cláusulas gerais*, fórmulas abstratas com “elevado grau de indeterminação”, que os intérpretes/aplicadores vão concretizando, determinando ou tornando precisas a compasso das transformações sociais e tendo em conta a singularidade dos casos a decidir, o que permite dizer-se que, nessas hipóteses, a abertura/vagueza da linguagem jurídica, ao invés de evidenciar um defeito, a ser corrigido, antes configuraria uma virtude, a merecer aplausos.⁵¹ Aqui, mais do que noutra qualquer domínio jurídico, estamos diante de normas produzidas em dois tempos e a quatro mãos, no âmbito de um acordo tácito – alguns chegam a falar em *cumplicidade*⁵² –, por força de cujas cláusulas, em obediência à natureza das coisas e ao princípio da separação dos poderes, o Parlamento continua detendo o monopólio da *redação*

⁵⁰ Josef Maria Vilajosana. *Identificación y justificación del derecho*, cit., p. 98.

⁵¹ Miguel Reale. *O projeto de Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 45: “... há uma diferença muito grande entre os modelos jurídicos do Código atual e os modelos jurídicos do Projeto. No Projeto foi dada preferência àquilo que eu costumo chamar de ‘modelos jurídicos abertos’. Exatamente para permitir a evolução e a obra da interpretação, quer dos autores, quer da jurisprudência. Com a opção pelos modelos abertos, nós podemos apontar uma sociedade em transformação”; *Um artigo-chave do Código Civil*, in *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 75/79.

⁵² Manuel Segura Ortega. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998, p.84.

das leis – sejam elas precisas, vagas ou indeterminadas, pouco importa –, mas o Judiciário, concretamente o Juiz, fica liberado para interpretá-las *criativamente*, de preferência se o fizer dizendo que as suas leituras não ultrapassam o *sentido literal possível* – um sentido que “não pode ser unívoco nem equívoco, mas simplesmente análogo” – das mensagens normativas enviadas pelo legislador.

53

Idêntica, no particular, é a compreensão de Aarnio, em quem recolhemos as sugestivas considerações transcritas a seguir.

A maquinaria legislativa é demasiado lenta e pesada para responder com a presteza necessária a cada pedido de reforma. Por isso, surge a tensão entre as normas e a realidade social. Só se deixarmos de lado a letra da lei será possível reduzir essa tensão. Nisto consiste a tarefa de adaptar – e investigar – o direito, criando-o e desenvolvendo-o. Os artigos de uma lei são como uma tira elástica. O intérprete os estica ou ajusta conforme as circunstâncias. Só quando permite uma única interpretação, quer dizer, quando forem esticados até o seu limite extremo, é chegada a hora de resolver o problema criando novas regulações. Se raciocinarmos dessa forma, a criação do direito aparecerá como um trabalho em equipe do corpo que formula regras (o parlamento ou alguma outra instância reconhecida) e do corpo que administra justiça (os tribunais e a máquina judiciária).⁵⁴

Tudo somado, as coisas se encaixam, à perfeição, na tese de que a interpretação/aplicação das leis constitui a derradeira fase do processo legislativo, funcionando as instâncias judiciais como terceira *câmara* dos parlamentos, não só porque as legislaturas e os tribunais são corpos criadores do direito que atuam em cooperação, mas também porque toda lei precisa de consistência judicial.⁵⁵

Antes dessa *unção judicial* – por mais que isso possa levar ao desespero os arautos da separação dos poderes em sentido forte –, antes desse batismo pelos juízes, impõe-se reconhecer que, ao menos em nosso ordenamento

⁵³ Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978, p. 366/370; Arthur Kaufmann. *Analogía y "naturaleza de la cosa"*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 40.

⁵⁴ Aulis Aarnio. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.33.

⁵⁵ Edward H. Levi. *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1971, p. 47.

jurídico, toda lei tem vigência simplesmente temporária – momentânea ou duradoura, pouco importa –, só permanecendo em vigor até que outra a modifique ou revogue (Lei de Introdução ao Código Civil – art. 2º), ou venha a ser seja declarada inconstitucional por decisão definitiva do mesmo STF.⁵⁶ Por isso, pode-se dizer-se que a Ação Declaratória de Constitucionalidade, concebida como instrumento manejado pelo STF para dirimir *controvérsia* ou *dúvida* relevante sobre a legitimidade constitucional de uma norma, ao fim e ao cabo, a depender do veredicto da corte, funciona como proclamação – *urbi et orbi* – de que o preceito questionado é válido e, por isso, pode continuar em vigor.⁵⁷

Assim sendo, não será exagero dizer-se que, em geral e efetivamente, as leis só entram e permanecem em vigor depois de *certificadas* pelos juizes; antes disso, não passam de preceitos expectantes, de comandos potenciais aguardando que os intérpretes/aplicadores a tanto legitimados reconheçam/declarem – o que exige prévia triagem hermenêutica –, que ocorreu, *de fato*, a hipótese de incidência desses preceitos e, só então, desencadeiem as respectivas *consequências jurídicas*. Afinal, nunca é demais repetir, situações de fato particulares não esperam pelo juiz – ou por qualquer de nós – já separadas umas das outras e com etiquetas apostas como casos de incidência da regra geral, cuja aplicação está em causa, e tampouco essa regra geral, em si mesma, pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação.⁵⁸ Em síntese, sem a mediação dos operadores jurídicos, as situações de fato e as regras gerais não se encaixam; os textos não falam; o seu significado latente não se manifesta; e o direito deixa de cumprir a sua função precípua de instrumento ordenador das relações sociais.⁵⁹

⁵⁶ Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9ª ed., 1982, p. 550: “Cada modelo jurídico, em suma, considerado de per se, corresponde a um momento de integração de certos fatos segundo valores determinados, representando *uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em dado momento da experiência social.*” (grifos no original).

⁵⁷ Gilmar Mendes, in Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho & Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2010, p. 1294/1297.

⁵⁸ Herbert L. H. Hart. *O conceito de direito*, cit., p. 139.

⁵⁹ Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1ª ed., 1978, p. 396; 2ª ed., 2009, p. 282 e 439/441.

Por isso, relembando a comparação de Cappelletti entre os textos legais e outras *formas significativas*, bem assim as observações de Rigaux sobre a *legislação judicial*, pode-se dizer que, por mais que se esforce em permanecer fiel ao seu “texto”, o intérprete/aplicador do direito será sempre *forçado a ser livre e a dobrar a lei*, fazendo uma leitura pessoal dos enunciados normativos, porque não há texto legislativo, nem tampouco texto musical ou poético, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para alguma criatividade interpretativa.⁶⁰

De mais a mais, é de se registrar que a cada concretização, as fórmulas que veiculam os comandos jurídicos – já de si abertas –, vão se alargando e adquirindo novas possibilidades de utilização, que não poderiam ser imaginadas sequer pelo mais profético dos legisladores históricos, até porque num direito legislado existem mais lacunas do que disposições e a vida, a todo instante, se diverte com as previsões legais.⁶¹ Mais ainda, os casos decididos com o alargamento da bitola passam a valer como precedente e ponto de partida ou de avanço para novas aplicações/ampliações, sem que se possa dizer até onde vai esse processo de constante regeneração normativa.⁶² Nesse sentido, invocando outra lição de Gadamer, dir-se-ia que a idéia de um ponto final nesse processo, de uma interpretação definitiva, encerraria uma contradição nos termos, pois toda interpretação é algo que está sempre a caminho, que nunca se conclui.⁶³ Em síntese, *a interpretação não tem ponto de chegada*.⁶⁴

⁶⁰ Juízes legisladores?, cit., p. 22; François Rigaux. A lei dos juízes. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.185.

⁶¹ Henri De Page. De l'interprétation des lois. Bruxelas: Swinne (reimpressão), 1978, p. 60; Karl Engisch. La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968, p. 331.

⁶² Karl Larenz. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 251, 264/265 e 352.

⁶³ Hans-Georg Gadamer. A razão na época da ciência, cit., p. 71.

⁶⁴ Hans-Georg Gadamer. A razão na época da ciência. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 71; Giovanni Reale & Dario Antiseri. Hans-Georg Gadamer e a Teoria da Hermenêutica, in História da Filosofia. São Paulo: Edições Paulinas, vol. III, 1991, p. 630; Umberto Eco. Semiótica e Filosofia da Linguagem. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 243; José Lamego. Hermenêutica e Jurisprudência. Lisboa: Fragmentos, 2000, p. 182 e Nota 12. Sobre abertura/mudança/controvérsias/conflitos/correções de entendimento, no âmbito da hermenêutica jurídica, ver, por exemplo, a Súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de

Nesse contexto de resignação dos juristas diante da congênita ambigüidade das palavras da lei e da indeterminação/sobra de significados inerente aos enunciados normativos, a permitirem infinitas interpretações, nesse contexto assume papel relevante para reduzir os efeitos perversos das suas imprecisões semânticas, a boa *redação das leis*, a ser observada desde a elaboração de preceitos constitucionais até à feitura de dispositivos de menor hierarquia, porque todos eles integram os ordenamentos jurídicos e suscitam problemas em seu mútuo relacionamento nesses conjuntos normativos.⁶⁵

Daí a presença obrigatória desse tópico na obras de Legística e de Técnica Legislativa, bem assim a edição, em distintos ordenamentos jurídicos, de leis especiais com regras e procedimentos que, devidamente observados – acredita-se –, mesmo não conseguindo evitá-los de todo, por certo reduzem, significativamente, os prejuízos causados pelo descuido ou pelo amadorismo na redação dos diplomas legais, riscos que se potencializam, nos dias atuais, com a aceleração do processo legislativo e a superprodução de leis.⁶⁶

Trata-se de duas patologias ou, se quisermos, de duas formas da mesma doença, a debilitar a segurança jurídica, na medida em que legisladores “motorizados” e múltiplos centros de nomogênese jurídica vão produzindo leis em quantidade tamanha que os seus destinatários – a rigor, as suas vítimas – já não têm como saber se aquilo que antes lhes era permitido passou a ser proibido, ou se condutas outrora vedadas ou autorizadas, tornaram-se deveres/obrigações, cujo descumprimento poderá acarretar-lhes sanções igualmente incertas. Afinal, é sabido que todo excesso de leis provoca

interpretação controvertida nos tribunais”. “Ainda que a jurisprudência do STF venha a fixar-se em sentido contrário, não cabe a ação rescisória (RE 91.369)”. Roberto Rosas. Direito Sumular. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 146/147.

⁶⁵ Sobre o que identifica como sendo *os* problemas do ordenamento jurídico, ver Norberto Bobbio. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora da UnB, 1999, p. 34/35.

⁶⁶ Carlos Blanco de Moraes. Manual de Legística. Critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editorial Verbo, 2007; e José Joaquim Gomes Canotilho. Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990. No direito positivo brasileiro, cite-se a Lei Complementar nº 95, de 26/2/98, alterada pela Lei Complementar nº 107, de 26/4/01, e o Decreto nº 4.176, de 28/3/02, onde, em cumprimento ao previsto no art. 59, parágrafo único, da Constituição, se estabeleceram padrões a serem observados na elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

insegurança jurídica, assim como polícia demais intranqüiliza as pessoas.⁶⁷ Sob essa perspectiva, dir-se-ia que bom mesmo era o velho Estado liberal, que editava poucas leis e raramente se intrometia na vida privada. Mas, essa é uma outra história...

Em suma, a pretexto de se combater o que alguns juristas e cientistas políticos chamam de *inércia legislativa*, *morosidade* do processo legislativo ou *crise de deliberação* dos parlamentos – críticas que, a seu ver, seriam justificadas em nome de um suposto *estado de necessidade legislativa* –, abandona-se a *sábua lentidão* das assembléias deliberativas no estudo e reflexão sobre as leis e, num clima de *frenesi normativo* e de *pulverização do direito*, legisla-se depressa, legisla-se muito e legisla-se mal, provocando a mais grave das formas de insegurança, que é precisamente aquela insegurança causada pelo próprio Direito.⁶⁸

Nesse contexto, continuam de grande valia e permanente atualidade as considerações de Victor Nunes sobre o tema, com especial destaque para a célebre advertência de que a elaboração das leis assemelha-se ao acondicionamento de materiais explosivos, porque – dizia ele –, embora as conseqüências da imprevisão e da imperícia no trato com os textos legais não sejam tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atinjam o seu manipulador, em verdade podem causar danos irreparáveis.⁶⁹

4. INDETERMINAÇÃO DO DIREITO, DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Estudando a discricionariedade judicial e dizendo, desde logo, que não existe acordo sobre quais sejam as suas verdadeiras causas, Manuel Segura Ortega afirma que se trata de algo inerente à atividade de interpretação e aplicação de normas a fatos concretos; que, de modo geral, tais causas podem reduzir-se a uma característica fundamental dos Direitos atuais, que outra coisa

⁶⁷ José Luis Palma Fernández. La seguridad jurídica ante la abundancia de leyes, cit., p. 13/33.

⁶⁸ Maurice Hauriou, *apud* Eduardo García de Enterría. Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas. Madrid: Civitas, 1999, p.48; Gustavo Zagrebelsky. El derecho dúctil. Madrid: 1999, p. 37/39.

⁶⁹ Victor Nunes Leal. Problemas de Direito Público. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 8.

não é senão aquilo que se convencionou chamar de *indeterminação do Direito*; e que tal fenômeno pode ser analisado sob quatro perspectivas diferentes, que se referem a) ao conteúdo do Direito; b) à linguagem das normas; c) à vontade do legislador; e, por fim, d) aos defeitos do sistema jurídico. Diz, ainda, o mesmo jurista, que esses quatro tipos de indeterminação poderiam, por sua vez, ser divididos em razão do seu caráter voluntário ou involuntário, sendo voluntárias as indeterminações referentes ao conteúdo do Direito e à vontade do legislador, e involuntárias as outras indeterminações.⁷⁰

No que se refere à indeterminação do Direito relativamente ao seu *conteúdo* – intencionalmente aberto nos sistemas jurídicos dos nossos dias –, anota esse estudioso tratar-se de um fenômeno decorrente da acolhida do pluralismo ideológico e do pluralismo axiológico nas constituições contemporâneas, com imediato reflexo na posição dos juízes, antes rigidamente presos ao princípio da legalidade e agora, em larga medida, liberados para “falar” diretamente com a Constituição e, nesta, buscar fundamento para validar as suas decisões.

Quanto à indeterminação *lingüística*, assim como outros juristas, Manuel Ortega diz ser consequência da textura aberta da linguagem normativa, a significar que em todos os ordenamentos jurídicos o legislador, deliberadamente, deixa para os juizes e funcionários públicos a tarefa de ajustar – de tornar *justa* – a aplicação dos comandos jurídicos àquelas situações da vida que, pela singularidade dos conflitos de interesses que suscitam, não poderiam ser decididas “em conformidade com o Direito” através de enunciados normativos abstratos, até porque “proposições gerais não resolvem casos particulares” e “quem planta normas não pode colher justiça”.⁷¹

A essa luz, a indeterminação semântica, que se manifesta logo à partida da atividade hermenêutica – “a interpretação tem início onde a compreensão

⁷⁰ Manuel Segura Ortega. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial, cit., p. 23/24.

⁷¹ César Arjona Sebastià. *Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes*. Madrid: Iustel, 2006, p. 80; e Max Ernst Mayer. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Labor, 1937, p. 181.

direta já não está ao alcance da mão⁷² –, vem a ser suspensa quando, entre os vários significados possíveis, em face das peculiaridades do caso, o operador do direito elege a interpretação que o conduza a tomar uma decisão reputada correta e justa. Como, por outro lado – a depender da instância judicial em que for proferida –, essa decisão pode vir a ser alterada, a eliminação definitiva de toda e qualquer indeterminação semântica só ocorrerá quando o órgão judicante máximo der a sua palavra, que será, então, a “palavra final”, sobre as palavras da lei. Até esse momento último, tudo é indeterminação, porque mesmo nos casos – cada vez mais freqüentes –, em que elabora normas em termos precisos e rigorosos, o legislador utiliza expressões vagas, conceitos indeterminados ou cláusulas gerais⁷³, que provocam insegurança nas relações sociais, do que faz prova, por exemplo, o art. 478, do Código Civil Brasileiro, *verbis*:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Visto sob outra perspectiva – que chamaríamos de perspectiva positiva –, seria possível considerar-se um dispositivo dessa natureza como gerador de segurança jurídica, na medida em que, apreendendo o seu teor, qualquer contratante poderá assumir obrigações de longo prazo, pois saberá, antecipadamente, que poderá resolver o contrato, caso o seu cumprimento se lhe torne inviável, em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Mas, convenhamos em que nem mesmo essa leitura amiga do preceito legal em exame terá o condão de fechar a sua ostensiva abertura semântica e, por conseguinte, de eliminar a indeterminação quanto ao conteúdo e à quantidade das normas que poderão ser extraídas desse enunciado semanticamente tão generoso. Aqui, outra vez, a abertura do texto é fonte de insegurança jurídica.

⁷² François Dosse. O método histórico e os vestígios memoriais, in A religação dos saberes. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 400; Hans-Georg Gadamer. Verdade y Método. Salamanca: Sígueme, vol. 1, 1993, p. 238, e vol.2, 1994, p. 243.

⁷³ Manuel Segura Ortega. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial, cit., p. 34.

Já no que diz respeito à chamada indeterminação intencional do Direito – prossegue Manuel Ortega –, isso acontece quando o legislador deixa a critério do intérprete/aplicador, mais precisamente ao arbítrio do juiz, a escolha entre os diferentes instrumentos para alcançar os objetivos traçados pelos comandos jurídicos, seja indicando-lhe meios alternativos – mas só os indicados! – para alcançar tais fins, seja permitindo que ele escolha quais meios utilizará para cumprir essas tarefas.⁷⁴ Num caso, como no outro, a indeterminação decorre da ausência de definição, nos próprios enunciados jurídicos, sobre como e quando eles serão concretizados, pois, em qualquer dessas hipóteses, é o juiz e não o legislador quem acaba decidindo sobre a realização do Direito. Quando se trata de normas programáticas, então, acentua-se ainda mais essa dimensão temporal da indeterminação do Direito, pois a decisão sobre a conveniência e a oportunidade de realizar essas normas fica entregue aos juizes ou aos administradores, a depender de quem o legislador tenha escolhido para realizar o programa por ele traçado na lei. Ilustrando essas situações no âmbito do direito privado, o mesmo autor traz à colação os preceitos do Código Civil Espanhol que disciplinam o exercício do poder familiar, com destaque para os comandos que facultam ao juiz adotar as medidas que entender necessárias, a fim de assegurar a prestação de alimentos aos filhos menores, protegê-los dos efeitos perversos das disputas pela sua guarda em resguardá-los de *situações de risco*, em geral, tudo com vistas ao pleno desenvolvimento da sua personalidade.

No Código Civil Brasileiro, o poder familiar está disciplinado nos artigos 1.630/1.638, com destaque, em tema de indeterminação do Direito, para o seguinte dispositivo, *verbis*:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

⁷⁴ Op. cit., p. 35/38.

Finalmente, quanto à indeterminação do Direito decorrente de defeitos do sistema, o mesmo Segura Ortega afirma tratar-se de uma insuficiência que acomete todos os ordenamentos jurídicos e que se manifesta na existência de lacunas e antinomias, umas e outras causadas pela complexidade desses ordenamentos e pela pulverização dos centros de produção normativa. Em ambas as hipóteses, prossegue esse jurista, concede-se ao julgador a faculdade de corrigir tais falhas do sistema e, ao mesmo tempo, para saná-las, colocam-se à sua disposição instrumentos diversos, cuja escolha e manejo implicam, necessariamente, alguma dose de liberdade.⁷⁵ Mais ainda, como esses instrumentos – que no direito brasileiro são a *analogia*, os *costumes* e os *princípios gerais do direito* – são, também eles, um tanto imprecisos, assim no seu conceito como na sua utilização, pode-se dizer que a soma de tudo isso vem a se constituir em mais uma causa de indeterminação do Direito e, conseqüentemente, em mais um fator de insegurança jurídica.

5 CONCLUSÃO

Nesse cenário de generalizada insegurança normativa, poder-se-ia falar até mesmo de uma indeterminação *autopoiética* do Direito, na medida em que, direta ou indiretamente, todas as dúvidas, incertezas e perplexidades que angustiam os seus operadores – desde a elaboração até à interpretação/aplicação dos modelos jurídicos –, são criadas e/ou alimentadas pelo próprio Direito. Nesse sentido, o Direito é um complicador de si mesmo.

Vistas as coisas nessa perspectiva, com a aceitação de que a indeterminação do Direito é um fenômeno inerente à experiência jurídica – algo que se faz presente desde a definição do conteúdo das normas jurídicas até ao sistema em que elas se integram, interagem e funcionam –, assim postas as coisas, impõe-se admitir que a segurança jurídica, por todos encarecida, fica a depender dos instrumentos que o próprio Direito venha a conceber para racionalizar/controlar, da melhor forma possível, atividades que, em larga medida, são irracionais e incontroláveis, como as de criação, interpretação e

⁷⁵ Op. cit., p. 41/42.

aplicação dos modelos jurídicos, que, na dinâmica jurídica de Kelsen, consubstanciam atos concomitantes e combinados de conhecimento e vontade.⁷⁶

Por isso é que, ao se defrontar com o problema da racionalidade do afazer hermenêutico, Arthur Kaufmann saiu-se com esta resposta, que reputamos sugestiva a mais não poder: “a hermenêutica é racional, só que ela se ocupa com processos, total ou parcialmente irracionais, como o da aplicação do direito, conforme o seguinte lema: *tratar o irracional na forma mais racional possível.*”⁷⁷

Juntadas todas essas peças, e à maneira de fecho para estas considerações, nas quais se procurou evidenciar que a indeterminação do Direito é congênita e auto-provocada, parece não restar outra alternativa senão aceitar-se a tese de que a própria segurança jurídica – também ela – é um conceito juridicamente inseguro.⁷⁸

⁷⁶ Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito. Coimbra: Arménio Amado Editor, vol. 2, 1962, p. 292/295.

⁷⁷ Filosofia del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 103.

⁷⁸ Antonio-Enrique Pérez Luño. La seguridad jurídica, cit., p. 28/30.

ESTADO, SOCIEDADE E DIREITO: DIAGNÓSTICOS E PROPOSTAS PARA O BRASIL

Luís Roberto Barroso ¹

1 INTRODUÇÃO

Agradeço de coração, honrado e comovido, o convite que me foi formulado pelo Presidente Nacional da OAB, o eminente advogado Marcus Vinicius Furtado Coelho, para falar na abertura desse extraordinário evento. Espero estar inspirado e à altura da missão que me foi confiada. Eu estou aqui, não como o advogado que fui por mais de trinta anos, com muito gosto e com muita honra. Já não poderia mais. Tampouco estou aqui como Ministro do Supremo Tribunal Federal, que tenho sido no último ano e meio, desfrutando o privilégio de servir ao país e à justiça. Essa condição imporia muitas restrições à minha liberdade de expressão. Eu estou aqui como um velho professor, que se dedica a pensar o Brasil desde os bancos escolares. E o papel do pensamento, como assinalou Mangabeira Unger, é o de confortar os aflitos e de afligir os confortados. Minha filosofia jurídica é a de que tudo o que é correto, justo e legítimo deve encontrar um caminho no Direito. Minha filosofia existencial é a de crer no bem e na justiça, mesmo quando não estejam ao alcance dos olhos. O processo civilizatório, a emancipação das pessoas e a dignidade humana são valores que muitas vezes fluem por um rio subterrâneo que atravessa os tempos. Nem sempre é possível vê-lo da superfície. Mas ele segue o seu curso e cumpre o seu destino. E o nosso papel é empurrar a história. Como na bela canção de Chico Buarque:

“A história é um carro alegre, cheio de um povo contente
Que atropela indiferente

¹ Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela Universidade de Yale. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Visiting Scholar na Universidade de Harvard. Advogado militante de 1981 a 2013. Ministro do Supremo Tribunal Federal

Todo aquele que a negue”.

Neste congresso, cujo tema central é “Constituição Democrática e Efetividade dos Direitos”, pareceu-me bem trazer reflexões sobre como aprimorar o ambiente político, social e jurídico no qual se concretizam a Constituição e os direitos. Assim, meus três temas serão o Estado, a Sociedade e o Direito. Procuo fazer três considerações sobre cada um deles, apresentando diagnósticos e propostas para uma agenda feita de patriotismo e ideal. Dois valores que têm andado fora de moda. Patriotismo é o sentimento cívico e a energia positiva que movem o desejo de fazer um país melhor e maior. Um país capaz de contribuir verdadeiramente para a causa da humanidade, com erradicação da pobreza, educação, civilidade, pluralismo e desenvolvimento sustentável. Que possa ser um exemplo e uma inspiração para o mundo. Já o ideal, o idealismo, significa viver para o bem, para a melhoria da vida das pessoas, para o aprimoramento das instituições. O idealismo está para a vida pública como o amor está para a vida privada. Sem ele, é possível sobreviver, mas não viver uma vida completa.

A seguir, algumas ideias para pensar o Brasil.

2 O ESTADO BRASILEIRO: DIAGNÓSTICOS E MUDANÇAS NECESSÁRIAS

2.1 Três disfunções históricas: patrimonialismo, oficialismo e inigualitarismo

Três disfunções atávicas marcam a trajetória do Estado brasileiro: o patrimonialismo, o oficialismo e o inigualitarismo. O *patrimonialismo* remete à nossa tradição ibérica, ao modo como se estabeleciam as relações entre o Imperador e a sociedade portuguesa, em geral, e com os colonizadores do Brasil, em particular. Não havia separação entre a Fazenda do rei e a Fazenda do reino, entre bens pessoais e bens do Estado. Os deveres públicos e as obrigações privadas se sobrepunham. O rei tinha participação direta e pessoal, nos frutos obtidos na colônia. Vem desde aí a difícil separação entre esfera pública e privada, que é a marca da formação nacional. É um traço tão forte que

a Constituição brasileira precisou de um dispositivo expresso para vedar que os agentes públicos utilizassem dinheiro público para promoção pessoal. E o Supremo Tribunal Federal precisou julgar procedente diversas ações e editar uma súmula vinculante afirmando ser vedado o nepotismo nos três Poderes.

A segunda disfunção atávica é o *oficialismo*. Esta é a característica que faz depender do Estado – isto é, da sua bênção, apoio e financiamento – todo e qualquer projeto pessoal, político ou empresarial de grande porte. Sem o apoio da situação, não se consegue concessão, obra pública ou projetos relevantes. Quase tudo o que é verdadeiramente importante no Brasil depende de financiamento do BNDES, da Caixa Econômica, dos Fundos de Pensão. Ou depende de apoio do Ministério tal e qual, de um favor do Governador, do Prefeito ou do Secretário. Com tudo o que isso acarreta em termos de ingerência indevida, troca de favores e locupletamento. Esse oficialismo onipresente traz subprodutos muito ruins e faz com que o Estado seja mais importante do que a sociedade.

Por fim, o *inigualitarismo* é uma marca profunda da nossa formação social. A igualdade, no mundo contemporâneo, se expressa em três dimensões: a igualdade formal, que veda que a lei desequipare arbitrariamente as pessoas; a igualdade material, que procura assegurar igualdade de oportunidade a todos, inclusive admitindo vantagens competitivas a grupos vulneráveis e historicamente discriminados; e a igualdade como reconhecimento, que busca respeitar as diferenças entre as pessoas, protegendo as minorias em geral, sejam elas raciais, de orientação sexual ou religiosas. Pois bem: somos herdeiros de uma sociedade escravocrata – fomos o último país do mundo a abolir a escravidão –, acostumada a distinguir entre senhores e servos, brancos e negros, ricos e pobres. Fomos criados em uma cultura em que a origem social está acima do mérito ou da virtude, e na qual existem superiores e inferiores. Tome-se o exemplo significativo do direito penal: é muito mais fácil punir um jovem que tenha consigo 100 gramas de maconha do que o empresário ou servidor público que fraudou uma licitação em 1 milhão de reais. Na ponta mais

visível da desigualdade, temos uma justiça que é mansa com os ricos e dura com os pobres.

Com as dificuldades previsíveis, temos combatido esses males com consciência crítica em relação ao nepotismo, com empreendedorismo enfrentando o oficialismo e com ações afirmativas procurando superar a desigualdade. Nesse domínio das disfunções institucionais, temos vitórias importantes a celebrar: em uma geração, derrotamos o autoritarismo e o golpismo, superando todos os ciclos do atraso. Nessa matéria, só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

2.1.2 O preconceito contra a livre iniciativa e o empreendedorismo

Precisamos superar o preconceito e a desconfiança que ainda existem no Brasil em relação à iniciativa privada e ao empreendedorismo. Cabe lembrar, desde logo, que ambos são princípios consagrados na Constituição. Ainda assim, temos um capitalismo envergonhado. Ser progressista significa querer distribuir as riquezas de forma mais justa. Mas a história provou que, ao menos no atual estágio da condição humana, a iniciativa privada é melhor geradora de riquezas do que o Estado. Trata-se de uma constatação, e não de uma opção ideológica. É um fato, não uma escolha. Precisamos aceitar esta realidade e pensar a vida a partir dela. A origem desse preconceito e dessa desconfiança está no modo como o capitalismo evoluiu no Brasil. Nos países de industrialização tardia e iniciativa privada frágil, o capitalismo de Estado foi a única forma de se superar a alternativa das concessões de setores estratégicos às empresas estrangeiras. Foi assim entre nós, a partir da década de 40 do século passado, com a criação de empresas estatais como a Companhia Siderúrgica Nacional, a Fábrica Nacional de Motores, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.

Na década de 50, foram criados o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico – BNDE (depois BNDES) e a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. Curiosa e paradoxalmente, o avanço e o agigantamento do Estado econômico

brasileiro se deu durante o regime militar, iniciado em abril de 1964. Até o início da década de 80, haviam sido criadas mais de 300 empresas estatais. A Constituição de 1988, embora tenha sido uma reação vigorosa ao modelo político do regime militar, não confrontou – antes aprofundou – o modelo de atuação direta do Estado no domínio econômico, pelo controle de centenas de empresas. Com a queda do muro de Berlim, o descrédito do Estado como protagonista do processo econômico-social e a globalização retiraram suporte ideológico de boa parte das disposições da Constituição Federal. A década de 90 foi cenário de um conjunto amplo de transformações que mudaram o perfil do Estado brasileiro.

Ainda assim, o preconceito e a desconfiança contra a livre iniciativa persistiram, como uma consequência renitente das distorções resultantes do capitalismo de Estado, do paternalismo governamental e da distribuição discricionária de benesses. O imaginário social brasileiro ainda associa o capitalismo doméstico: (i) a concessões com favorecimentos; (ii) a obra pública com licitações duvidosas; (iii) a golpes no mercado financeiro; e (iv) a grandes latifúndios. É uma percepção que vem do tempo em que toda a riqueza era injusta, quando não desonesta. O empreendedorismo, o lucro e o sucesso comercial eram associados às relações com o governo, aos negócios escusos, no máximo à sorte. Não eram associados ao trabalho, à inovação e à assunção de risco. Você olha para as universidades e os grandes talentos não estão preocupados em ter uma grande ideia, em criar algo novo, em romper fronteiras. Eles sonham em fazer um concurso público. Não há nada errado com o concurso público para os que têm a vocação de uma carreira pública. Pelo contrário. Mas é boa hora de se superar a concepção de que o Estado deve ser protagonista de tudo. Governo é para ajudar os pobres, arrecadando tributos com eficiência e justiça fiscal, redistribuindo renda, bancando programas sociais e, sobretudo, prestando serviços públicos de qualidade. Precisamos de marcos regulatórios claros, estímulo à competição e ao capital de risco, com empresários que não sejam viciados em financiamento público.

2.1.3 *Necessidade urgente de Reforma Política*

O país precisa, com grande aflição, de uma reforma política capaz de realizar três grandes objetivos: (i) *baratear o custo das eleições*: o financiamento eleitoral está na raiz de quase todos os grandes casos de corrupção no país; (ii) *ajudar a formar maiorias estáveis de sustentação do governo*: a negociação caso a caso, para cada votação relevante, está na raiz do fisiologismo e do loteamento dos cargos no governo; e (iii) *dar autenticidade programática aos partidos políticos*: o cenário partidário brasileiro é devastado por legendas de aluguel, que comprometem a dignidade da política ao transformá-la em um negócio privado. Não há nada de original no meu diagnóstico. Quando eu estive no Senado Federal, para minha sabatina, em junho do ano passado, esta era uma percepção geral de todas as lideranças políticas. O problema é que não se consegue sair do impasse.

O ideal é que o novo Presidente e o novo Congresso eleitos, trabalhando em conjunto, consigam aprovar uma reforma digna desse nome. Não há como harmonizar todos os interesses. Logo, é preciso fazer o que seja melhor para o Brasil. Se não for possível o consenso mínimo, a alternativa é o plebiscito. Para romper a inércia, e sem qualquer pretensão de definitividade ou taxatividade, cogito de três temas para a consulta popular, com as respectivas perguntas. Pergunta I – SISTEMA ELEITORAL. Você é a favor: (1) do sistema proporcional puro (modelo atual); (2) do sistema distrital puro; ou (3) do sistema distrital e proporcional combinados (distrital misto). Pergunta II – NATUREZA DA LISTA PARTIDÁRIA. Você é a favor: (1) da lista partidária aberta (modelo atual); (2) da lista partidária preordenada; ou (3) do voto proporcional em dois turnos, sendo o primeiro voto no partido e o segundo no candidato. Pergunta III – FINANCIAMENTO ELEITORAL. Você é a favor: (1) do financiamento privado, seja por pessoa física ou jurídica (modelo atual); (2) do financiamento exclusivamente público; ou (3) do financiamento público e privado, sendo este último limitado a pessoas físicas. São ideias embrionárias. Naturalmente, o plebiscito seria precedido de debates e ampla campanha de esclarecimento.

Para concluir este tópico dedicado ao Estado, apresento duas ideias simples, capazes de angariar consenso amplo. No tocante à Reforma Política: se nada mais profundo for possível fazer, a simples proibição de coligações partidárias em eleições proporcionais já servirá para banir as legendas de aluguel e as que não tenham representatividade mínima. Em matéria de Reforma da Previdência, em lugar do fator previdenciário, mal-quistado e mal-compreendido, é hora de se estabelecer a idade mínima para a aposentadoria no regime geral, aplicável à iniciativa privada, a exemplo do que já vigora no setor público. É o modelo de todos os países desenvolvidos do mundo, que adotam, como regra, o patamar de 65 anos. Trata-se, na verdade, de uma questão de justiça intergeracional, para não transferir para os nossos filhos e os nossos netos uma conta que comprometerá o seu futuro. A fórmula ideal, aliás, é uma combinação de idade mínima com tempo de contribuição, para que quem começou a trabalhar e contribuir aos 15 anos não tenha o mesmo tratamento de quem começou aos 25. A soma da idade mínima com o tempo de contribuição, por um consenso quase geral, deve ser de 95 para os homens e 85 para as mulheres.

3 A SOCIEDADE BRASILEIRA: UMA AGENDA INOVADORA

3.1 O necessário florescimento da sociedade civil: inovação social e filantropia²

No tópico anterior, falou-se do Estado e da iniciativa privada. Governo democrático e economia de mercado são os grandes pilares do mundo desenvolvido contemporâneo. Há, porém, um outro pilar indispensável, que precisa ser fortalecido entre nós: uma sociedade civil robusta e atuante. Não apenas na participação política convencional, como nas eleições periódicas, ou nos protestos coletivos, quando sejam o caminho necessário. É preciso mais do que isso: uma sociedade civil independente, criativa e solidária, com empreendedores sociais que conduzam uma agenda verdadeiramente cívica. A

² Este tópico do texto é inspirado pela tese de doutorado, submetida à Universidade de Harvard, de Daniel Barcelos Vargas, *Creative Society in the Making: Social Innovation, Civism, and Governance*, mimeografado, dezembro de 2013.

vida não se resume à disputa pelo poder ou à busca pelo lucro. Precisamos de boas causas, boas ideias e de filantropia. É cômoda a postura de ficar inerte e atribuir tudo à ineficiência ou à corrupção do Poder Público. Mas é uma atitude que não serve bem ao país. Nem tudo pode ou deve ser feito pelo Estado, ainda que não haja corrupção e ineficiência. Há muitas causas, pequenas e grandes, em que a iniciativa deve ser – ao menos concorrentemente – da sociedade, vale dizer, das lideranças individuais, empresariais, associativas, sindicais ou comunitárias. Uma responsabilidade social coletiva, em busca de soluções originais e construtivas. O bem pelo bem.

Em suma: ao lado do governo democrático e da livre-iniciativa, precisamos de mais sociedade civil, de pessoas e de instituições que funcionem como agentes do bem, da transformação social. Há muitas áreas carentes dessas iniciativas, de projetos bem concebidos e autossustentáveis, como por exemplo, a adoção de uma praça, o financiamento de uma biblioteca de bairro, a ajuda material a uma escola carente, a difusão do acesso à internet, a manutenção de um posto de saúde, a prestação de assistência judiciária, o apoio financeiro e logístico a abrigos de menores, projetos de arborização de comunidades, ensino à distância pela rede mundial de computadores, recuperação de drogados, reinserção de presidiários etc³. Em muitos desses domínios já existem iniciativas relevantes e virtuosas, mas longe de serem suficientes. Mudando de patamar, pode-se incluir a subvenção a um museu, a uma orquestra, a jovens promissores. Se queremos mais sociedade e menos Estado, a sociedade tem de fazer a vida acontecer. Como financiar esses projetos? Retomo o tema da filantropia: já temos ricos em número suficiente para que a doação de tempo, de ideias e de dinheiro faça parte da agenda da elite brasileira. Que seus legados não sejam apenas para os herdeiros diretos. Esta é a praxe dos países desenvolvidos. Claro, incentivo fiscal estimularia tal conduta. Mas, também aqui, não se deve ficar inerte se o governo não fizer a sua parte. Tudo isso me

³ Para outros exemplos.v. Daniel Barcelos Vargas, *Creative Society in the Making*, mimeografado, dezembro de 2013, p. 2; e Rony Meisler, *Quando culpar o Estado sairá de moda?*, O Globo, 11 out. 2014, p.15.

leva a uma ambição maior para a sociedade brasileira: um novo modelo de ensino superior.

3.2 Criação de instituições de ensino superior de ponta

O país precisa criar instituições acadêmicas verdadeiramente de ponta. Nessa matéria, estamos atrás de outros países em estágio assemelhado de desenvolvimento, como Rússia, Índia e China. Estamos defasados mesmo em termos de América Latina. Não existe grande país sem grandes universidades. Isso não tem nada a ver com elitismo, mas, sim, com a superação da mediocridade. A universidade brasileira custa caro, dá pouco retorno à sociedade e drena os recursos do ensino básico, porque incapaz de se autossustentar. De todo modo, não estou aqui propondo qualquer reforma universitária ampla, que consumiria imensa energia política e teria de vencer o atraso e o conservadorismo. Com base na sociedade civil, na filantropia, no mérito e na gestão financeira e pedagógica competentes, proponho a criação de um modelo paralelo e alternativo. Uma obra de inovação social. Nada de Estado financiando ou gerindo. No máximo, poderia ser cliente de projetos específicos, mas sem qualquer grau de ingerência. Seria uma instituição pública nos seus objetivos, mas não estatal. Sem finalidade de lucro, mas também sem os vícios e amarras da Administração Pública. Política, só a do mérito acadêmico. Como seria essa instituição?

Nos seus propósitos, ela seria voltada, cumulativamente, para a pesquisa pura, para a inovação tecnológica, para as conquistas da medicina e para o melhor das humanidades. Com graduação e pós-graduação. Nada excessivamente grandioso em termos de quantidade, mas com especial preocupação em aproximar os melhores alunos dos melhores docentes e pesquisadores. Para ela seriam recrutados, mediante bolsas de estudo e incentivos, os melhores estudantes que concluíssem o ensino básico. Os professores viriam tanto do Brasil quanto do resto do mundo, com seleção competitiva, remuneração de mercado e aulas em português, inglês e espanhol. E como se daria o financiamento do projeto? A instituição seria formada por um

capital inicial resultante de doações voluntárias e incentivadas das grandes empresas nacionais, assim como de todas as pessoas físicas ou jurídicas que desejassem contribuir para o projeto. Um investimento no país, e não um negócio. Haveria um Conselho de Administração, que cuidaria da gestão financeira e da captação de recursos, e um Conselho Pedagógico, responsável pela parte acadêmica. A instituição teria convênio com as principais universidades do mundo para intercâmbio de alunos e professores. É um projeto ambicioso, mas indispensável. Retardá-lo significará apenas isso: que começaremos com atraso.

3.3 Algumas mudanças de patamar ético

Este é um tópico dedicado à sociedade civil, e não ao Estado. Por essa razão, ao encerrá-lo, não vou falar de corrupção e de outros déficits civilizatórios graves que marcam a atuação do Poder Público no Brasil desde sempre. Gostaria de me referir a atitudes pessoais, a posturas diante da vida e diante do outro. Todo o processo civilizatório envolve a inclusão do outro, a capacidade de tratar a todos com igual respeito e consideração. A esse propósito, escreveu Vinícius de Moraes, “bastar-se a si mesmo é a maior solidão”. A seguir, algumas mudanças que teremos de fazer para elevar o patamar ético geral da sociedade.

A. Quem pensa diferentemente de mim não é meu inimigo. Quem pensa diferentemente de mim não é meu inimigo, mas meu parceiro na construção de uma sociedade aberta e plural. Em um mundo heterogêneo e complexo como o que vivemos, nem sempre será possível a construção de consensos sobre todos os temas. As pessoas veem a vida de pontos de observação diferentes em questões variadas, que vão do casamento de parceiros do mesmo sexo até a interrupção da gestação. A verdade não tem dono. Nessas matérias, o melhor que se pode conseguir é assegurar que cada um viva a sua crença, permaneça fiel aos seus valores. Respeitar o outro e conviver com a divergência não significa abrir mão de si próprio. Trata-se apenas de aceitar o pluralismo e a diversidade. Na passagem inspirada do poeta espanhol Ramon de Campoamor:

“En este mundo traidor, no hay verdad ni mentira: todo tiene el color del cristal con que se mira”⁴.

B. *O foco do debate deve ser o argumento e não a pessoa que o enuncia.* A divergência, como regra geral, pode e deve ficar no conteúdo do argumento. Há um péssimo hábito no Brasil que é a necessidade de desqualificar moralmente quem está do lado oposto. Assim, em lugar do debate racional sobre qual a melhor solução, deflagra-se um debate passional sobre quem tem mais virtude e quem tem menos virtude pessoal. O adversário deixa de ser alguém livre e igual, em defesa de um ponto de vista, e passa a ser o inimigo pervertido e mal-intencionado, em busca de um objetivo escuso. Evidentemente, essa forma primitiva de comportamento empobrece o debate público e promove agressões em lugar de ideias. Quem grita ou ofende, dificilmente está operando com a razão. Como bem recomendou o Bispo Desmond Tutu: “*Em lugar de levantar a voz, melhore o argumento*”.

C. *A mudança do mundo começa por si próprio.* A construção de um mundo melhor começa, verdadeiramente, a partir de si próprio. Muitas coisas erradas que acontecem no espaço público são projeções de vícios privados. Tais atitudes da vida privada incluem a falta de boa fé objetiva, que ocorre quando se passa o outro para trás; a cultura do com nota e sem nota; a ultrapassagem pelo acostamento; a furada de fila; a pichação do muro; o lixo na rua; o insulto em vez do diálogo. E muitas outras desonestidades, espertezas e descaminhos do espírito. Não dá para viver uma vida sem ética, mas de dedo em riste, protestando contra os erros dos outros. A virada que nós precisamos dar como país e como sociedade, a mudança de patamar que nos libertará da ignorância e do atraso, precisa de um salto existencial pessoal. Na ideia inspirada de Ghandi, “*seja você a mudança que deseja para o mundo*”.

4 O DIREITO NO BRASIL: SUPERAÇÃO DO ATRASO E DOS GARGALOS

⁴ Há uma outra versão dessa passagem, com ligeira alteração: “En este mundo traidor, no hay verdad ni mentir: todo es según el cristal con que se mira”.

4.1 Redução drástica do foro por prerrogativa de função (foro privilegiado)

O foro por prerrogativa de função, também apelidado como foro privilegiado, constitui uma reminiscência aristocrática, sem réplica comparável em outras democracias. A Constituição brasileira prevê que um conjunto amplo de autoridades federais respondam, nas ações penais, perante o Supremo Tribunal Federal (STF) ou o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Todos os demais cidadãos são processados perante um juiz de primeiro grau. O sistema é muito ruim, por variadas razões, das quais destaco três: (i) trata-se de uma fórmula não-republicana, que faz parecer que uns são mais iguais do que outros; (ii) o STF não é aparelhado para esse tipo de função, além de sujeitar o Tribunal a um tipo de contágio político que não é bom; e (iii) o modelo é extremamente disfuncional e se presta a todo o tipo de manipulação de competência da Corte, mediante renúncia a mandato ou desistência de candidatura, entre outros expedientes. Tudo isso compromete a celeridade, induz à prescrição e gera impunidade. Sem mencionar que o julgamento em instância única entra em tensão com tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Minha proposta na matéria é simples, embora dependa de emenda constitucional a ser aprovada pelo Congresso: somente um número reduzido de autoridades deveria conservar o foro especial, como o Presidente da República e o Vice, os Presidentes do Senado, da Câmara e do STF, bem como o Procurador-Geral da República.

Para os demais agentes públicos que hoje detêm foro por prerrogativa, defendo a criação de uma Vara Especializada em Brasília, no 1º grau de jurisdição, cujo titular seria escolhido pelo Supremo Tribunal Federal, para um mandato de quatro anos. Ao final desse período, ele seria automaticamente promovido para o Tribunal Regional Federal, na primeira vaga aberta, o que o imunizaria contra qualquer retaliação. Haveria tantos juízes auxiliares quantos necessários. Das decisões dessa Vara Especializada, caberia recurso ordinário para o STF, conforme a autoridade. Duas razões justificam esta solução de criação de uma Vara no Distrito Federal, em vez de a competência ser da Justiça

Estadual: (i) não deixar a autoridade pública sujeita à má-fé ou ao oportunismo político de ações penais em qualquer parte do país; e (ii) neutralizar a influência do poder local, impedindo-se perseguições e favorecimentos. Detalhe importante: a Vara Especializada continuaria competente mesmo após a autoridade deixar o cargo, assim eliminando as idas e vindas do processo. Um modelo simétrico poderia ser aplicado às ações de improbidade administrativa.

4.2 Equacionamento do problema do excesso de litigiosidade e da demora processual

Tramitaram na Justiça brasileira, no ano de 2013, quase cem milhões de processos, dos quais um terço eram casos novos⁵. Estatisticamente, isso significa que um em cada dois brasileiros tem uma ação na justiça, um provável recorde mundial. Tudo isso para cerca de 16 mil juízes. Os números mostram uma explosão de litigiosidade no país. Algumas causas desse fenômeno são positivas nas suas origens: a) as pessoas passaram a ter mais consciência dos seus direitos, exigindo-os judicialmente; e b) o Poder Judiciário passou a ocupar um espaço importante no imaginário social, com um nível elevado de credibilidade. Há, todavia, causas negativas para este excesso de litigiosidade, entre as quais: a) o Poder Público, em suas diferentes expressões – União, Estados, Municípios e autarquias – é o principal cliente do sistema e, com frequência, adota estratégias puramente procrastinatórias; e b) partes privadas que prestam serviços deficientes congestionam o sistema, mesmo quando claramente não têm razão, adotando políticas hostis à composição amigável dos litígios. A judicialização não pode ser vista como uma forma normal e corriqueira de solução de problemas. O Judiciário é uma instância patológica da vida: ele só atua quando há litígio, isto é, disputa e desentendimento. No normal da vida, as questões devem se resolvidas amigável ou administrativamente.

Não há solução fácil para este problema. Cogito de três aqui. A primeira: em algum lugar do futuro próximo, vamos ter que viver uma onda de desjudicialização. A nova advocacia que se desenvolverá terá profissionais

⁵ V. Conselho Nacional de Justiça, Justiça em Números 2014: ano base 2013. Disponível em ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf.

especializados em negociação, em como compor os interesses sem necessidade de ajuizamento de uma demanda. Ao lado dele, florescerá outro tipo de advogado: aquele a quem as partes irão recorrer para que resolva para elas o problema, arbitrando o conflito. Portanto, uma forma mais *light* e menos formal de arbitragem. Em segundo lugar, nós vamos ter que diminuir as possibilidades de recursos e coibir o uso abusivo deles. Dias atrás, eu julguei embargos de declaração, em agravo regimental, em embargos de divergência, em agravo de instrumento, em um recurso extraordinário interposto contra o julgamento de uma apelação. A legislação parece ter sido feita em um hospício. Em terceiro lugar, teremos que desenvolver a cultura de que o acesso à Justiça e o devido processo legal se realizam em dois graus de jurisdição. E, aí, o processo termina. Só irá para um tribunal superior se houver uma questão que interesse ao país, à sociedade ou a um número expressivo de pessoas. E, mais à frente, logo que tenha havido uma elevação geral no patamar civilizatório, funcionará assim: ao receber a inicial, o juiz fixará a data em que os autos irão conclusos para a sentença. Digamos, seis meses. Este é o prazo que as partes terão para produzirem, por conta própria, suas provas e seus argumentos. Mas essa é uma outra história.

4.3 Redefinindo o papel do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal não deve funcionar como a terceira ou quarta instância da Justiça brasileira. Este não é o papel de nenhuma corte suprema ou tribunal constitucional do mundo. O papel do Supremo Tribunal Federal é o de julgar as grandes questões que afetam à sociedade brasileira, à luz da Constituição, bem como fornecer as linhas jurisprudenciais que vão orientar os demais juízes e tribunais do país. Para tanto, precisa julgar com tempo de reflexão, qualidade e visibilidade. Foi para viabilizar o cumprimento deste papel que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, criou o instituto da repercussão geral. Trata-se de um requisito específico de cabimento dos recursos extraordinários. Infelizmente, a repercussão geral foi mal compreendida nos primórdios da sua aplicação, tendo se produzido um estoque de causas muito superior à capacidade de julgamento do Tribunal. Para

enfrentar este problema, tenho procurado conduzir um debate, tanto internamente como junto à comunidade jurídica, para equacionar o tema, seja no que diz respeito ao estoque acumulado, seja no que toca ao manejo do instituto daqui por diante. A seguir, algumas das ideias para o futuro.

A premissa essencial das minhas propostas é que o STF não deve conceder mais repercussões gerais do que seja capaz de julgar em um ano. Isso porque, uma vez reconhecida a repercussão geral, os processos relacionados àquele tema ficam sobrestados na origem. Logo, se o Tribunal der repercussão geral e não julgar com brevidade, termina por atravancar a Justiça do país. Estabelecida esta premissa, eis as demais sugestões: (i) a seleção dos recursos extraordinários que vão receber repercussão geral deve ser feita por semestre, em junho e dezembro de cada ano, para que se possa utilizar um critério comparativo para escolher os mais importantes do período; (ii) uma vez escolhidos os casos que terão repercussão geral, deve-se marcar, com um semestre de antecedência, a data do julgamento. Por exemplo: a repercussão geral 1, escolhida em dezembro de 2014, será julgada no dia 4 de agosto de 2015. E assim sucessivamente. Com isso, todos os Ministros terão tempo para se prepararem adequadamente para o julgamento, abolindo-se a necessidade do pedido de vista. Também para os advogados será uma libertação: não precisarão mais ir seguidas vezes a Brasília, sem que seu processo seja chamado. Com as mudanças regimentais em curso de implementação, o Plenário do Tribunal se transformará – antes tarde do que nunca – em uma verdadeira corte constitucional, encarregada de julgar, essencialmente, ações diretas e processos com repercussão geral.

5 CONCLUSÃO

5.1 Uma nova narrativa para o país⁶

Somos o país da *diversidade racial* e da miscigenação. Brancos, negros, índios e todas as combinações possíveis formam a gente brasileira, em uma

⁶ Este tópico se beneficia de minha construtiva interlocução com o Professor Paulo Daflon Barrozo, do Boston College.

composição de cores e variados traços físicos. Quem não gosta dessa circunstância e possui outras preferências estéticas, nasceu no lugar errado. Somos o país da *tolerância religiosa*, no qual cristãos, judeus, umbandistas e muçulmanos convivem sem atritos relevantes. Ortodoxias exacerbadas e fundamentalismos radicais não frutificaram por aqui. E somos, também, um país que *não legitima a discriminação de pessoas em razão da orientação sexual* de cada um, como afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão precursora e iluminista. Somos um país pacífico, de vasta extensão territorial, repleto de belezas e riquezas naturais. O país do bom humor, das festas populares e da extroversão. Gente sem medo e sem culpa de ser feliz. Mas somos, também, o país da desigualdade social extrema. Da violência urbana superior à de muitos países em guerra. Da falta de habitações adequadas, de urbanização, de saneamento. Da favelização ampla, que degrada as pessoas, as cidades e o meio ambiente. Um país com deficiências dramáticas na educação pública, na saúde pública, no transporte público, na segurança pública. Com poucas instituições de ensino de destaque e com monopólios públicos soterrados pela corrupção e pela ineficiência.

A convivência de virtudes incomuns, de um lado, e de vícios civilizatórios primários e atávicos, de outro – como descrito acima –, tem feito com que a percepção do Brasil por seu povo e por seus formadores de opinião oscile entre o ufanismo e a frustração: ou os melhores do mundo ou o sentimento de inferioridade diante de outras experiências nacionais. Precisamos de um exercício de pensamento original que ajude a definir o nosso lugar no mundo, o que somos e o que temos para oferecer. Uma nova narrativa, capaz de olhar para trás e para frente. Ao longo da história brasileira, pensadores e atores sociais notáveis – idealistas, pragmáticos, céticos ou visionários – empreenderam esforços para compreender, explicar e transformar o Brasil. Gente como Joaquim Nabuco, Euclides da Cunha, Ruy Barbosa, Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda e Caio Prado Junior, para citar apenas alguns. É boa hora de um novo esforço de autocompreensão. Uma bússola e um roteiro de viagem: para onde queremos ir, o que precisamos deixar para trás e como

devemos percorrer o caminho. Os valores, ideias e projetos que irão constituir o nosso patrimônio comum como nação, independentemente de governos ou ideologias políticas.

5.2 Brasil: um sucesso a celebrar

A visão crítica construtiva que permeou a minha apresentação é indispensável para empurrar a história. Estamos atrasados e com pressa. Mas a verdade é que temos andado na direção certa, ainda que não na velocidade desejada. Há muito o que celebrar, apesar de tudo. É preciso ter em conta que o Brasil só começou, verdadeiramente, em 1808, com a vinda da família real. Até então, os portos eram fechados ao comércio, era proibida a fabricação de produtos na colônia, bem como a abertura de estradas. Inexistia qualquer instituição de ensino médio ou superior, e cerca de 98% da população era analfabeta. Mais grave ainda, um terço dos habitantes eram escravos, o que constituía uma chaga moral e uma bomba-relógio social. Além disso, fomos herdeiros de uma tradição que, apesar de muitas virtudes, era a do último país da Europa a abolir a Inquisição, o tráfico de escravos e o absolutismo.

Tivemos que construir um país quase do zero, a partir do início do século XIX. Pois bem: em pouco mais de 200 anos, o Brasil se transformou em uma das dez maiores economias do mundo. Nos últimos tempos, mais de 30 milhões de pessoas saíram da linha de pobreza. Temos uma das maiores democracias de massas da Terra, com estabilidade institucional e alternância no poder. Nosso sistema de urnas eletrônicas é original, confiável e admirado por toda parte. Do regime escravocrata, ficou-nos a diversidade racial e cultural. A esse propósito, temos enfrentado nos últimos tempos, sem fantasias ou autoidealizações, o preconceito e a discriminação. Em suma: o Brasil foi um dos maiores sucessos do século XX. Eu olho para trás e vejo realizada boa parte dos meus sonhos de juventude. Agora, ao longo do século XXI, vamos enfrentar o abismo social brasileiro, com educação, empreendedorismo e serviços públicos de qualidade. E, então, com atraso, mas não tarde demais, chegaremos finalmente ao futuro,

oferecendo um exemplo de civilização para o mundo, com justiça social, liberdades públicas, diversidade racial, pluralismo cultural e alegria de viver.

A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA

Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese ¹

1 INTRODUÇÃO: A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA

O presente trabalho tem por finalidade compreender o diálogo institucional entre o Poder Legislativo e o Poder judiciário, aqui representado por sua alta instância, o Supremo Tribunal Federal (STF), no que concerne à nomogênese legislativa.² O primeiro problema a ser enfrentado é de ordem normativa, a regra constitucional prima pela harmonia entre os Poderes, mas há especificamente casos concretos que podem ser impugnados pela via do Mandado de Segurança (MS) interposto por parlamentar. Nesse sentido, a importância da análise do tema se reveste de especial atenção sobre um procedimento que se situa no limite fixado por pilares democráticos, sobretudo no que concerne à garantia de independência do Poder Legislativo.

Para efeito do presente trabalho apresentam-se como objetos de investigação: a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que viole cláusula pétrea e Lei infraconstitucional que ofendam direitos das minorias.³ Assim,

¹ Advogada. Professora Universitária. Doutoranda em Direito e Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). E-mail: alessia.chevitarese@uniceub.br. O presente trabalho é fruto dos debates acadêmicos produzidos no âmbito do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC), bem como, compõe o desenvolvimento do tema pertinente à tese produzida pela autora no Programa de Doutorado em Direito no UniCEUB

² É certo que as tensões entre os Poderes Legislativos e Judiciários são também decorrentes da atuação do Poder Executivo, sobretudo diante da realidade brasileira de um presidencialismo de coalizão. Contudo, a presente análise, por razões de extensão do trabalho, delimitação do objeto e também de aprofundamento em uma temática, limita-se aos contornos do diálogo entre os dois primeiros.

³ Minoria aqui entendida como *direito de oposição* (partidário). Não é objetivo desse trabalho realizar um estudo interdisciplinar sobre a teoria das decisões coletivas “patrimônio de poucos cultores na ciência política”. A questão sobre as minorias enquanto grupos sociais de origens étnicas, religiosas, de gêneros requer a aprofundamento na teoria das decisões coletivas.

nessas situações como se dá o diálogo entre os poderes Judiciário e Legislativo no contexto de uma República Democrática?

Dworkin ao analisar a evolução do papel desempenhado pela da Suprema Corte norte americana a partir do caso *Marbury vs. Madison*⁴ ressalta que na atualidade “a questão crucial não é saber que poder tem a Corte Suprema, mas como deve ser exercido seu vasto poder”.⁵ A análise dessa questão pode ser empreendida, a partir da atuação do STF nesses casos específicos, como uma espécie de freio Republicano, com a finalidade de implementar um mecanismo de contrapeso à soberania parlamentar democrática quando há excessos de poder que podem atentar à própria democracia.⁶ Em uma visão mais ampla, não se trata de obstar o debate na arena democrática por excelência. Mesmo porque, in casu a competência para a propositura do MS é do próprio parlamentar diante de uma possível violação de seu direito público subjetivo de não se submeter a processo legislativo inconstitucional, sobretudo nos casos em que há matérias constantes em projetos de leis que violem cláusulas pétreas e procedimentos que violem direitos das minorias. Na verdade, o debate continua no âmbito do Poder Judiciário que só age por provocação. Ressalta-se também a ampliação do debate a partir da aceitação dos *amici curiae* no âmbito do julgamento em sede do mandado de segurança. Cumpre lembrar ainda o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional insculpido no art. 5º, inc. XXXV, CF e a impossibilidade do *non liquet*.⁷

Registra-se que essas minorias também têm se valido do Mandado de Segurança para a garantia de seus direitos, a título exemplificativo, cita-se o MS BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco et ali. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 312.

⁴ Julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. *Leading case* citado como marco do *Judicial Review*, em termos de um controle difuso de constitucionalidade. Fonte: <http://www.supremecourt.gov/default.aspx>. Acesso em 02.06.2013.

⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 427.

⁶ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁷ Cf. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. “Art. 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

A partir dessas premissas é possível avaliar outras questões decorrentes e fundamentais ao deslinde da problemática inicial. Assim, qual a natureza do mandado de segurança como instrumento de controle preventivo de constitucionalidade?⁸ É o mandado de segurança um instrumento legítimo para colmatar os conflitos de ordem jurídico-política?

O controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade recai sobre o processo de elaboração legiferante pela via do mandado de segurança impetrado por parlamentar. Contudo, a Súmula 266/STF de 13/12/1963⁹ pacifica o entendimento no sentido do não cabimento do MS contra lei em tese. Contudo, “é de se indagar se ainda subsistem razões para a manutenção dessa orientação restritiva.”¹⁰

A Súmula 266 do STF, recepcionada pela Constituição da República de 1988, foi criada sob a égide e o contexto histórico da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Diante desse cenário, é possível atentar para a necessidade de atualização da interpretação dada ao precedente. E até mesmo refletir sobre a hipótese de *Overruling*.¹¹ Em situações específicas (a regra é a

⁸ A análise sobre a natureza jurídica do MS demanda revistar a construção histórica do próprio MS e, sobretudo, as influências de contextos exógenos no desenvolvimento de sua teoria e prática. Contudo, para efeito do presente trabalho, destaca-se a atuação do Supremo Tribunal Federal quanto ao cabimento de um remédio constitucional que controlasse o próprio processo legislativo, impedindo que este se desenvolvesse quando o conteúdo da proposta de emenda constitucional que violasse cláusula pétrea. Sob esse aspecto, colaciona-se o célebre voto do Ministro Moreira Alves no julgamento do Mandado de Segurança 20.257. O *iter* de sua decisão foi formado no sentido de que, é um direito público subjetivo do parlamentar de não deliberar sobre matéria cujo processo legislativo é vedado pela Constituição. Assim, referido direito reveste-se de conteúdo líquido e certo em face da incidência de uma cláusula pétrea no trâmite do processo legislativo. E, o ato coator seria a tramitação da proposição como um todo. (MS n. 20.257, STF, Tribunal Pleno, relator Ministro Décio Miranda, relator para o acórdão Ministro Moreira Alves, julgamento em 08.10.1980).

⁹ Súmula nº 266: “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. Fonte: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300. Acesso em 30.05.2013.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, *et Alli*. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 548.

¹¹ “O *overruling* apresenta-se como o resultado de um discurso de justificação em que resulta infirmada a própria validade de uma regra jurisprudencial antes visualizada como correta.” [...] As situações que são ocasião ao *overruling* – a anulação de um precedente pelo próprio órgão jurisdicional que o estabeleceu – costumam variar, em cada sistema jurídico, em função de fatores institucionais e extrainstitucionais que influem sobre a força do precedente judicial”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388. Ainda, para Marinoni: “a revogação de um precedente depende de adequada conformação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica- e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a

harmonia), há que se reconhecer, em *visão* finalística, que os efeitos da publicação da lei são mais danosos que o exercício do controle preventivo.¹² Assim, é possível pensar o *ouerruling* da Súmula 266/STF e uma mudança de sentido no que concerne ao entendimento de que, em caso de propositura do mandado de segurança estar-se-ia diante de uma possível violação do *direito público subjetivo do parlamentar* de não se submeter a processo legislativo inconstitucional, quando em verdade, o parlamentar age em função de um mandato representativo. Trata-se de uma garantia dos representados de não ter aprovada uma lei de flagrante inconstitucionalidade material.

Com efeito, nos casos especificamente citados como objeto de investigação do presente trabalho, desenvolve-se a hipótese de admissão do controle judicial preventivo, nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar.¹³ Em termos doutrinários, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade adota o sistema misto, contudo *prima* pela dinâmica do modelo repressivo, uma vez que a competência dos membros do Congresso Nacional para impugnar projetos de leis inconstitucionais mediante mandado de segurança deve ser exercida de maneira “parcimoniosa para evitar fortes interferências em assuntos internos de poder legislativo, levando em consideração que a lei poderá ser objeto de fiscalização após a sua promulgação”.¹⁴

Prima facie, deve-se atentar para a justificativa e a extensão do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, uma vez que há previsão da incidência do controle político no modelo brasileiro, mais precisamente do controle político do Projeto de Lei exercido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC. No âmbito do Poder Executivo, há a incidência

preservação contra a surpresa injusta.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.391.

¹² “Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis”. LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

¹³ MS 20.257/1980, Rel. Décio Miranda e MS 24.138/2002, Rel. Gilmar Mendes.

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77-78.

também do controle político através do veto. Para Limonge e Figueiredo, o padrão organizacional do Poder Legislativo (altamente centralizado) e do Poder Executivo brasileiro (demasiadamente dominador da esfera legislativa) é bastante peculiar, em verdade, trata-se de um sistema em que o Legislativo e o Executivo intencionalmente se confundem. Na verdade, “o Executivo domina o Legislativo porque tem o poder de agenda” e no âmbito do Legislativo “a agenda é processada e votada por um corpo organizado de forma altamente centralizada em torno de regras que distribuem direitos parlamentares de acordo com princípios partidários”. Ainda, em termos reais “no interior desse quadro institucional, o presidente conta com os meios para induzir os parlamentares à cooperação”.¹⁵ Em consequência, o controle exercido pelo presidente sobre a agenda dos trabalhos parlamentares e do processo decisório no interior do Congresso impacta diretamente na escolha das matérias legislativas cujo conteúdo pode obstar os direitos da minoria em flagrante afronta a preceitos constitucionais. Ademais, essa espécie de controle não é exaustiva. Se assim fosse, colocar-se-ia em discussão, a utilidade do controle repressivo de constitucionalidade, mormente da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Verifica-se que o controle político está sujeito, por sua natureza, “a tantos fins quantos são as metas que grupos organizados propõem, de acordo com os tempos e circunstâncias.”¹⁶

¹⁵ LIMONGI, Fernando. FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova**. 1998, n.44, p.84-85. No que concerne ao impacto do modelo do presidencialismo de coalizão na concretização da agenda imposta pelo Executivo ao Legislativo, destaca-se o trabalho de Sérgio Antônio Ferreira Victor. O autor aponta alguns indicadores constantes da pesquisa feita em 2010 pelo Núcleo de Pesquisa de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo –NUPPS. Nesse sentido: “O funcionamento do presidencialismo de coalizão brasileiro, estatisticamente considerado, apresenta números que afastam peremptoriamente a alegação de que o sistema tenderia à paralisia. A agenda do governo é dominante e bem-sucedida. Isso significa que a pauta política é ditada por essa agenda e que ela é, via de regra, aprovada. A taxa de dominância é próxima de 90%, de fato, o que vai à votação é a agenda do governo, ao passo que a taxa de aprovação é superior a 70%, muito próxima àquelas verificadas em estáveis democracias parlamentaristas. Isso demonstra que o presidencialismo de coalizão brasileiro funciona com alto grau de disciplina partidária.” (VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro**. Brasília: UniCEUB/Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Brasília: UniCEUB, 2011. Dissertação (mestrado).

¹⁶ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco et ali. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 954.

Superada essa questão, em linhas gerais, o exercício do controle jurisdicional preventivo tem por objetivo impedir a tramitação de PEC lesiva a cláusulas pétreas. Em regra, trata-se de uma inconstitucionalidade formal, isto é, a questão discutida é relativa ao processo legislativo previsto pela Constituição Federal para o trâmite de PEC. O próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. Esse entendimento encontra respaldo na Jurisprudência do STF.¹⁷ Ademais, há que se verificar qual o sentido da expressão deliberação contida na norma constitucional em seu artigo 60, §4º.¹⁸

Já o controle preventivo de constitucionalidade através da impetração de mandado de segurança para suspender a tramitação de projeto de lei infraconstitucional pode ser compreendido como um remédio constitucional protetivo do direito de oposição, ou do direito das minorias, que se insere no princípio democrático-republicano.¹⁹ Essa tese é minoritária na doutrina e

¹⁷ “O cabimento do mandado de segurança preventivo na defesa do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo veiculador de proposição tendente a abolir cláusulas pétreas foi aventado, pela primeira vez, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, no MS 20.257, impetrado por senadores da República contra a tramitação de Proposta de Emenda à Constituição que aumentava a duração dos mandatos os prefeitos, vice-prefeitos e vereadores municipais de 2 (dois) para 4(quatro) anos .Nesse caso, julgado em 1980, os impetrantes eram os senadores Itamar Franco e Antonio Mendes Canale, os quais requeriam o impedimento da tramitação das Propostas de Emendas Constitucionais 51 e 52, ambas de 1980, assim como da Emenda 3 às referidas propostas. Argumentavam que a proposição de elevação a duração dos mandatos municipais não poderia ser objeto de deliberação, ante o disposto no art. 47, § 1º, da Carta vigente à época, que dispunha: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República”. (Voto do Min. Gilmar Mendes por ocasião do julgamento do MS 32.033 – DF em 12.06.2103, p. 1).

¹⁸ Art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013. Eliardo Teles ao analisar a jurisprudência do STF, com destaque para o MS n. 20.257 de 08.10.1980 endente que: [...]“Na configuração constitucional das nossas cláusulas pétreas, o que fica impedido é a colocação em discussão e debate, o processamento, o andamento de uma proposição que viola o núcleo essencial da Constituição. Segundo decisão do Supremo Tribunal Federal de 1980, “a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda”, “a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer — em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente”. TELES FILHO, Eliardo. Suspensão de trâmite de PL não deveria surpreender. Observatório Constitucional. Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-11/observatorio-constitucional-suspensao-tramite-pl-nao-deveria-surpreender>. Acesso em 12 de maio de 2013.

¹⁹ Um exemplo concreto dessa hipótese: em 23/04/2013, restou impetrado, por um Senador da República, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Segurança Preventivo (MS) nº 32.033, com pedido de medida liminar. O argumento que fundamentava a causa petendi consistiu na violação do devido processo legislativo quanto à tramitação do Projeto de Lei (PL) nº 4.470/2012, o qual estabeleceria “que a migração partidária que ocorrer durante a legislatura,

possui aceitação em alguns votos pontuais no STF²⁰. Contudo, o entendimento majoritário do Tribunal é pelo indeferimento do MS ao argumento de que: i) trata-se de uma inconstitucionalidade material (aspecto substantivo do ato); ii) Prevalência da Súmula 266/STF de 13/12/1963 que não comporta o cabimento de MS contra lei em tese; iii) A lei só poderá ser atacada depois de sua existência (vigência), em sede de controle repressivo;²¹ iv) Ofensa à tripartição de poderes.²²

Quanto a esses argumentos, são apresentadas as seguintes reflexões, respectivamente: i) Quanto à inconstitucionalidade material “é possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorra do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo (*ecesso di potere legislativo*)”.²³ Trata-se de uma

não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”. Apontou-se como autoridades coatoras a Câmara dos Deputados, em razão da votação, aprovação e envio do Projeto de Lei nº 4.470/2012, ‘supostamente viciado’, ao plenário do Senado Federal, para posterior deliberação, o que poderia acontecer a qualquer momento pela inclusão do referido projeto de lei em pauta de votação. A relatoria desse remédio constitucional coube ao Ministro Gilmar Mendes que em sede de liminar deferiu a ordem ao fundamento de que haveria uma possível violação do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional. Referida decisão foi tomada, ainda, diante da ofensa aos direitos da minoria. Contudo, na votação pelo colegiado, por maioria, o Tribunal conheceu do mandado de segurança e, no mérito, o indeferiu, cassando a liminar concedida (MS 32033 – DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes publicado em 18.02.2014).

²⁰ Atualmente: Dias Toffoli, Celso de Mello e Gilmar Ferreira Mendes. (MS 32.033- DF, Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013)

²¹ [...]“Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança”. (Acórdão do MS 32.033- DF, Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013, p. 2).

²² Assim, consoante o entendimento exposto no Acórdão do MS 32.033- DF de Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013: “A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de opor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.” Acórdão do MS 32.033- DF, Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013, p. 2.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira, *et Alli*. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1062. Cf. ainda: Jorge Miranda, **Manual de Direito Constitucional**; Piero Calamandrei, **La illegittimità costituzionale dele leggi nel processo civil**; Gustavo Zagrebelski, **La giustizia**

proposta teleológica que consiste em confrontar a *lei consigo mesma*. Essa doutrina tem fundamento na transferência para o campo legislativo da figura dos desvios do poder nos atos administrativos. Nesse sentido, o *âmbito de liberdade de conformação legislativa* não é *in totum* absoluto. É um ato vinculado. A vinculação da lei decorre da Constituição e sua finalidade imanente impõe limites materiais da *não contrariedade, razoabilidade e congruência*.²⁴ Assim, a lei como produto de um critério de conformação de uma maioria pode afrontar conteúdos constitucionais e afetar direitos de oposição das minorias. Na seara da teoria da lei, a existência de vícios de mérito pode ser também compreendida à luz da legística material. Referida técnica pauta-se em critérios para assegurar que a nomogênese da lei “observe requisitos de qualidade e validade que lhes permitam preencher adequadamente e, com eficiência, os seus objetivos operacionais”.²⁵ Nesse contexto, associando-se os saberes da legística à prudência elementar à razão criadora da lei é possível refletir sobre a técnica da legisprudência como forma de compreensão do processo de criação das normas pelo legislador, levando-se em conta os critérios de eficiência, aceitabilidade e coerência.²⁶ A legisprudência é uma técnica que permite aproximação e o diálogo entre o legislador e o magistrado. Para Santos “juízes e legisladores estão em um mesmo plano – ambos atuam como aplicadores de normas – e são responsáveis pelo dever de justificar as suas escolhas, no contexto de um Estado Democrático de Direito”. Nesse sentido, é possível refletir sobre a necessidade de uma “racionalidade prudencial do legislador.”²⁷

ii) Quanto à vedação imposta pela Súmula 266/STF, de que não cabe MS contra lei em tese. Apresenta-se a possibilidade de *Overruling* em razão do contexto democrático republicano contemporâneo. É chegada a hora de se

constituzionale; A. Pizzorusso, *Il controllo della corte costituzionale sull'uso della discrizionalità legislativa*; A Bockel, *Le pouvoir discrétionnaire du législateur*.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1302.

²⁵ FERREIRA, Filho. Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 324.

²⁶ SANTOS, Letícia Camilo. *Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito*. Belo Horizonte: UFMG/Faculdade de Direito, 2011, p. 173 Dissertação (mestrado).

²⁷ SANTOS, Letícia Camilo. *Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito*. Belo Horizonte: UFMG/Faculdade de Direito, 2011, p.13. Dissertação (mestrado).

rever o sentido dessa proibição, criada em circunstâncias especiais não mais presentes da realidade constitucional instaurada a partir de 1988.

iii) A transposição da doutrina do excesso do poder legislativo deve ser feita com cautela para efeitos de uma técnica de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade pela via do MS. Nesse sentido, a *legisprudência* pode ser um instrumento de controle e conformação do diálogo tenso entre judiciário (limites da jurisdição) e legislativo (espaço de prognose legislativa)²⁸, considerando ser a tarefa de criação da lei um saber poligenético, sobretudo no que concerne à guarda dos preceitos constitucionais.

iv) A atuação do Supremo Tribunal Federal *in casu* deve ocorrer de forma legítima em respeito a divisão de poderes (predominância de funções), sobretudo em obediência ao princípio da interpretação conforme a constituição e também ao princípio do controle corretivo funcional inserido no sistema de freios e contrapesos. Parte-se da constatação de que as decisões em sede de mandado de segurança não se enquadram na modalidade de decisões *excessivamente criativas*, como uma categoria de *ativismo judicial*.²⁹ A própria inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, CF) assegura, com *grano salis*, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário. Ademais, a inércia do legislativo *in casu* será estabelecida pelo Judiciário. Com feito, o problema não é a intervenção pura e simplesmente, mas sim o agir prudente quanto aos limites da *ratio decidendi* em sede de MS. A regra é a não intervenção, mas em casos excepcionais de flagrante desrespeito à garantia constitucional de direitos cabe um agir positivo e fundamentado por parte do *guardião da constituição*. Com efeito, a partir da hipótese analisada no presente trabalho, parece ser mais razoável fundamentar a ação do Supremo Tribunal Federal como freio republicano, do que como uma *disfunção no exercício do poder jurisdicional*.³⁰ Considerando que há diferenças práticas e conceituais entre *ativismo* e *judicialização*, a presente reflexão se limita a analisar as decisões tomadas no

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1300.

²⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

campo do direito que ingressam diretamente na seara da política ao resolver tecnicamente problemas políticos por meio de critérios essencialmente jurídicos. Por fim, cumpre ressaltar que para efeito do presente trabalho a atuação do STF pela via do MS não indica uma *Supremocracia*.³¹

A atuação da Jurisdição constitucional nesse contexto é legítima e está inserida na dinâmica de freios e contrapesos. Assim, não há que se falar em predominância de um poder sobre o outro. Afasta-se, ainda, a acepção do STF *como um paladino ou salvador da ordem jurídica*.³² “O judiciário, enquanto controle contramajoritário, exerce um papel fundamental para a própria configuração da democracia em contraposição a uma ditadura da maioria”.³³ Conforme será demonstrado a seguir.

2 A MAIORIA DEMOCRÁTICA E A VIRTUDE REPUBLICANA

A interação entre Democracia e República nos estados modernos ocorre a partir de um princípio: a indivisibilidade do poder. Assim, no que concerne à titularidade do poder, esta é confiada ao povo.³⁴ Já o exercício desse mesmo poder é confiado às instituições que representam a *vontade geral* em consonância com o princípio da separação de poderes. Essa distinção é necessária, uma vez que a titularidade do poder e, portanto, a própria concepção de povo enquanto unidade do poder político é melhor compreendida à luz dos valores democráticos. E a análise quanto à prática de divisão do poder é uma tarefa confiada aos princípios republicanos. A partir dessa interação entre Democracia e República é possível examinar a condução das instituições políticas e do próprio Direito.

³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4(2) | P. 441-464 | Jul-Dez 2008.

³² CHAMON JUNIOR. Prefácio à segunda edição de CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

³³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação a CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 33.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 10ª ed, São Paulo: Malheiros, 2000, p.137.

Com efeito, a evolução do modelo de representação demonstra um conflito entre os interesses dos governantes, de um lado, e os dos governados (ou do povo), de outro. “Buscou-se uma solução ao incorporar ao conceito de representação a ideia de uma associação dos interesses dos dois grupos.”³⁵ Esses dois grupos representam o *governo da maioria* e o direito de oposição da minoria. A essa constatação, acrescenta-se a contribuição de Bork, a partir da qual, “há coisas que a maioria não pode fazer, por mais democrática que tenha sido a decisão. São áreas deixadas para liberdade individual, sendo a coerção da maioria nesse aspecto da vida uma tirania”.³⁶

A *igualdade política* é uma premissa fundamental da democracia indireta. E do ponto de vista do indivíduo tem suas bases na luta por iguais condições de participação nos assuntos do Estado. Nesse sentido, um grande temor que perpassa os ideais democráticos é a constituição de um governo tirânico. Esse temor ainda persiste, mas essa *igualdade* na contemporaneidade se reveste de outras características como o *critério* de igualdade eleitoral (*one man, one vote*) e como um postulado do *processo decisório*, mais amplo que o critério eleitoral para composição de quórum.³⁷ Esse postulado defende a participação igualitária nos processos políticos. A igualdade política consiste basicamente em dois postulados: i) O governo da maioria está justificado como meio para alcançar a igualdade política enquanto não violar os direitos fundamentais de uma democracia; ii) Existência de instituições políticas e jurídicas necessárias para por limites adequados à autoridade da maioria para promulgar leis.³⁸ A representatividade deve ser construída em bases politicamente igualitárias. Assim, o que está em jogo na decisão da maioria é o procedimento para formar um conjunto de interesses. “Não se espera que na

³⁵ “O pressuposto fundamental desse raciocínio, de que os interesses de todos são essencialmente idênticos, é algo que ‘nossa geração tem dificuldade para engolir, e na verdade sabemos que muitos de nossos precursores também tinham suas dúvidas a respeito dele’”. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.p. 103- 105.

³⁶ BORK, Robert H. In GARVEY, John H. ALEINTKOFF, T. Alexander. **Modern constitutional theory**. Saint Paul: West Publishing, 1990, p.41.

³⁷ SARTORI, Giovanni. **¿Qué es la democracia?** Madrid: Taurus, 2007, p. 30.

³⁸ DAHL, Robert Alan. **La igualdad política**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 28-30.

democracia haja unanimidade”.³⁹ Democracia é dissenso, isto é, liberdade para a divergência, em termos de participação na formação de interesses. E sob esse aspecto a ordem jurídica democrática deve garantir o direito de oposição das minorias. “A prova mais segura para julgar se um país é verdadeiramente livre, é o quantum de segurança que gozam as minorias”.⁴⁰

“A tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário”. A democracia majoritária é o cerne do nosso sistema constitucional.⁴¹ Contudo, como uma via de mão dupla, a experiência histórica demonstra que também pode haver minorias opressoras.⁴² Para Constant quando, por exemplo, “uma minoria feroz e ruidosa toma o nome da maioria para tyrannizar a sociedade e, o que elas alegam para justificar suas afrontas? A soberania do povo, sempre como princípio de governo”.⁴³

A República na contemporaneidade, no contexto de um Estado de Direito Democrático representa um *filtro racional* à vontade da maioria representa quando esta excede suas prerrogativas. Na verdade, a regência republicana na atualidade promove um resgate dos fundamentos do *Rule of Law* e do *Judicial Review*. Contudo, quanto ao funcionamento desse sistema importa em uma releitura do instituto da *separação dos poderes ou uma nova separação dos poderes* para Ackerman.⁴⁴ Com efeito, na realidade brasileira, a *intervenção* do Poder Judiciário no Legislativo pode ser legítima a fim de evitar que a maioria parlamentar *reinante* afronte direitos constitucionais consagrados à proteção

³⁹ RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2008, p.35.

⁴⁰ ACTON, **Lord. Essays on freedom and power**. New York: Meridian, 1955, p. 56.

⁴¹ ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 12.

⁴² Historicamente, citam-se os regimes autoritários.

⁴³ CONSTANT, Benjamin. Princípios de política aplicáveis a todos os governos. Rio de Janeiro, 2007, p.631.

⁴⁴ ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Revisão da tradução: Nívia Mônica da Silva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

das minorias. Seguindo-se o alerta de Villoro, esse pensamento vivo deve ser construído, a partir da experiência.⁴⁵

O pensamento republicano, aliado ao ideal democrático é pautado no império da lei como expressão máxima da vontade do povo. Ocorre que a *vontade* ou os *desejos* do povo podem não ser os mais nobres. “A tirania das massas é tão repugnante quanto a do indivíduo ou do grupo”.⁴⁶ Para Ribeiro, o interesse (ou a vontade tirânica da massa) “rompe decisivamente com a virtude”. Este é um *perigo da democracia*. “O desejo negocia pouco, a virtude despreza a negociação”. Essa articulação constitui a temática do equilíbrio republicano.⁴⁷

“A república é um reto governo de vários lares e do que lhes é comum, com poder soberano”. Com essa definição Jean Bodin abre o capítulo I, intitulado “qual é o fim principal da República bem ordenada” do primeiro livro da “República”. Diz-se, em primeiro, lugar reto governo pela diferença que existe entre as Repúblicas e as tropas de ladrões e piratas.⁴⁸ A República em sua essência representa o reto governo e também o *locus* da virtude.

Ressalta-se que a *virtude* contemporânea comporta a ideia de transparência (visibility) que por sua vez está associada à *accountability* horizontal, uma forma de prestação de contas entre os poderes da República. Nesse modelo, uma instituição atua para “prevenir, corrigir e/ou punir ações/omissões de outra instituição”.⁴⁹ Com efeito, se todo poder emana do povo, o Judiciário é juridicamente responsável para com o povo, através da guarda da constituição. A *accountability* do Poder Judiciário é um processo necessário, porém de natureza distinta, uma vez que seus membros não são

⁴⁵ VILLORO, Luis. El concepto de ideología. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

⁴⁶ RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In BIGNOTTO, Newton. (Org). Pensar a República. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 13.

⁴⁷ RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In BIGNOTTO, Newton. (Org). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 17.

⁴⁸ BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Livro I. São Paulo: Ícone, 2011, p. 71.

⁴⁹ O'DONNELL, Guillermo. Democracia, desarrollo humano y derecho humanos. In: O'DONNELL, Guillermo; LAZZETTA, Osvaldo; CULLELL, Jorge Vargas (comps). **Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia em América Latina**. Rosário: Homo Sapiens, 2003, p.119.

eleitos, mas devem da mesma forma agir com *transparência* no exercício de seus atos.

O diálogo republicano/democrático entre o Judiciário e Legislativo, não indica a supremacia de um poder sobre o outro, mas sim a *supremacia dos valores constitucionais*, base do Estado Democrático de Direito. Em termos de uma democracia representativa, se “todo poder emana do povo que o exerce através de seus representantes”⁵⁰, há que se promover o *bem de todos*, sem qualquer discriminação como fundamento da República Federativa do Brasil⁵¹. E, havendo ameaças a esse direito constitucional, enseja-se à apreciação do Poder Judiciário⁵², in casu do guardião da Constituição⁵³. Trata-se, em realidade de um governo de Leis e não de magistrados (*governo dos juízes*).⁵⁴

Em termos substanciais, o Poder legislativo é a arena democrática por natureza, onde se impera a regra da maioria. Contudo, para coibir os excessos da maioria cabe à república a contenção dos desejos democráticos. Esse papel é confiado ao poder Judiciário como instrumento de atuação republicana (contramajoritária), recordando-se as origens aristocráticas da República. De fato, a tradição republicana além de ser cívica é aristocrática.⁵⁵

3 SEPARAÇÃO DOS PODERES E A (IN)TOCABILIDADE DOS ATOS DO PARLAMENTO NO MODERNO CONSTITUCIONALISMO

⁵⁰ Parágrafo único do artigo 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013.

⁵¹ Artigo 3º, inc. IV: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013.

⁵² Art. 5º, inc. XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013.

⁵³ “Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)” BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

⁵⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública**. Tradução de Maria Cristina Godoy. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

A separação dos poderes consagrada constitucionalmente não opera na atualidade em *perfeita* harmonia, se é que em algum momento isso foi possível. Ocorre que, “nossos textos legais não vieram do Olimpo, nem de seus arredores”.⁵⁶ A experiência demonstra que o instituto da separação dos poderes, na verdade, coexiste com a interferência necessária contra o arbítrio da maioria desenfreada, porém limitada ao *rule of Law*, para que não se converta em um governo de juízes. Com efeito, “um judiciário politicamente fraco não estará a altura da missão constitucional de defender o povo contra a usurpação do poder, que redundará na ditadura e na tirania”. E, da mesma forma “se o povo não prestigiar o judiciário recorrendo-se a ele para manter o equilíbrio do poder, haverá um desequilíbrio na República”.⁵⁷ Para Bigonha e Moreira, o esvaziamento do Parlamento no que concerne ao silêncio intencional de questões tormentosas e a judicialização da vida são ingredientes para uma revisão do modelo tradicional de separação de poderes. Com efeito, somente uma corte constitucional *forte* pode combater a maioria parlamentar *reinante*.⁵⁸

Nesse sentido, há que se repensar a imunidade dos atos parlamentares decorrentes do Princípio da soberania do Parlamento e a doutrina das questões políticas. Como conquistas históricas representam um marco fundamental do processo de controle dos governos tirânicos, como observado por Tocqueville, “quando os parlamentos são abolidos, o mesmo público que tão frequentemente tivera de suportar seus preconceitos, comove-se profundamente ao vê-los cair”. E, prossegue em lírica descrição, “parecia que com eles caía a última barreira que ainda podia conter a arbitrariedade régia”.⁵⁹ Contudo, a onipotência parlamentar também poderia se converter em uma concentração excessiva de poderes. A criação de uma instituição desvinculada do governo e do parlamento é um fator determinante para as modernas

⁵⁶ SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Processo legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁵⁷ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos (check and balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 18.

⁵⁸ Prefácio a ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Revisão da tradução: Nívia Mônica da Silva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

⁵⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. **O antigo regime e a revolução**. Organizado por J.P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 183.

democracias. Para Kelsen “é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo. A legislação é subordinada a Constituição”.⁶⁰ Na contemporaneidade, em certa medida, a intocabilidade do parlamento pode revestir-se de uma ideologia, uma espécie de distopia para esconder a realidade conflitiva do cenário político.

De certo, é inconcebível a intervenção do judiciário nos atos dos parlamentos em contextos em que a própria história do parlamento se confunde com a tradição constitucional do Estado, como é o caso da experiência britânica. Para Dicey no constitucionalismo britânico o princípio supremacia do parlamento tem como dogma o fato de que, que “nenhuma pessoa ou entidade é reconhecida pela lei da Inglaterra como tendo o direito de cancelar ou anular a legislação do Parlamento”.⁶¹ Todavia, na contemporaneidade um número significativo de autores amplia a discussão sobre a necessidade de reinventar o governo inglês.⁶²

A forte tradição da intocabilidade dos atos do Parlamento encontra um equilíbrio na própria prática Republicana. Assim, a supremacia do Parlamento é relativizada pela supremacia da Constituição (*Rule of Law*). A Suprema Corte norte americana no julgamento do leading case Powell x Mac Komack em 1969, entendeu que “o propósito da proteção deferida aos legisladores não é impeditiva da revisão judicial da ação legislativa”.⁶³ Para Reale “impossível é reconhecer o primado do Poder Legislativo, pois função legislativa e poder legiferante não coincidem, sendo a lei geralmente o resultado de uma colaboração harmônica de poderes”. Reconhece ainda “que poucos se mantêm apegados ao dogma da divisão de poderes”. A história constitucional demonstra que essa separação é antes de tudo um valor pragmático de distribuição das funções do Estado. Na atualidade, observa-se a permeabilidade dos três

⁶⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶¹ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Macmillan and Co. Limited & St. Martins Press, 1915.

⁶² RIDLEY, F.F. Reinventing British Government. In *Parliamentary affairs: A journal of comparative politics*. Oxford University Press, vol. 48, nº 3, July, 1995.

⁶³ TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. USA: Foundation Press, 1988, p. 374. Sem perder de vista a importância do emblemático caso *Marbury x Madison* de 1803.

poderes de maneira que não se distingue rigorosamente o Executivo, o legislativo e o Judiciário.⁶⁴ Com efeito, a tese Hegeliana no que concerne a separação dos poderes poder ser melhor compreendida à luz dessas constatações. Assim, para Hegel a interdependência orgânica dos poderes é possível em um Estado compreendido como um organismo vivo e articulado, não um Estado abstrato. No Estado político a palavra divisão não é a melhor expressão para designar esse mecanismo, uma vez que remete a uma rigorosa ideia de repartição.⁶⁵

De fato, a interdependência orgânica dos poderes compõe as páginas do moderno constitucionalismo. Assim, é a partir da concretização da ideia de constituição e da consolidação das práticas e das instituições políticas que os Poderes encontram a garantia do equilíbrio necessário ao diálogo. O princípio da separação dos poderes é, portanto, uma instituição desenvolvida no marco do constitucionalismo.⁶⁶ A emergência das constituições representa um forte aliado à República e aos pilares do Estado de Direito Democrático. Contudo, tomando o modelo de constituição escrita, o que representa o processo de formação dessa lei fundamental? Como a atividade legislativa pode ser ao mesmo tempo garantidora e ameaçadora da ordem nas sociedades contemporâneas? Essas questões podem ser compreendidas à luz da *legisprudência*.

4 A NOMOGÊNESES DA LEI E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O postulado da atuação do STF como um *freio republicano* à vontade democrática destoante, isto é, quando esta colide com os direitos contidos na Constituição Federal reveste-se de um processo legítimo de acomodação de conflitos. Ao levar o debate sobre o conteúdo material da lei (*lei em tese*) – e

⁶⁴ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 352-353. Ressalta-se que a expressão *permeabilidade dos três poderes* é de Polacco citado por Reale na obra em referência.

⁶⁵ HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

⁶⁶ CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 20.

seus procedimentos (*conteúdo formal*) para o Judiciário é possível aplicar uma troca de saberes no que concerne a nomogêneses da lei.⁶⁷ Essa tarefa é reconhecida como poligenética, isto é, no que concerne a um controle de constitucionalidade preventivo, o judiciário é partícipe na análise de constitucionalidade do Projeto de lei. A primeira etapa desse diálogo entre legislador e intérprete jurisdicional pode ser estabelecida a partir da necessária prudência também aplicável à formação da lei. Assim a Legisprudencia constitucional é um dos pilares do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Juízes e legisladores são diferentes, mas se aproximam na ideia de prudência. Ademais, por razões de controle e transparência, ambos devem fundamentar suas escolhas e decisões de forma razoável. Assim, não há como confinar o processo de elaboração dos atos normativos somente à dimensão política.

Com efeito, na democracia representativa cabe ao Poder Legislativo, a concretização abstrata, genérica e vinculante da vontade do povo. A atividade legiferante na atualidade enfrenta o desafio de colmatar os problemas decorrentes da sociedade complexa e dos avanços tecnológicos em diversas áreas do conhecimento. Contudo, a pressão de grupos sociais por uma resposta rápida pode ensejar a criação de atos normativos deficitários e incongruentes com os pilares constitucionais. Os riscos da produção normativa não se exaurem na tentativa de estabelecer regular ordem na sociedade. A competência para editar normas está adstrita a um fundamento objetivo de necessidade e coerência, isto é, a criação e aprovação de leis supérfluas e incoerentes, configura abuso do poder de legislar.

⁶⁷ “Para que se possa falar, por conseguinte, de ‘fonte do direito’, isto é, de fonte de regra obrigatórias, dotadas de vigência e de eficácia, é preciso que haja um poder capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção. É por isso que se diz que o problema das fontes do direito se confunde com o das formas de produção de regras de direito vigentes e eficazes, podendo ser elas genéricas ou não. Por ora, podemos fixar esta noção essencial: toda fonte de direito implica uma estrutura normativa do poder, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica), só ocorre em virtude da interferência de um centro de poder, o qual, diante de um complexo de fatos e valores, opta por dada solução normativa com características de objetividade.” REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 141.

A atividade legislativa deve ser exercida com responsabilidade e dentro dos limites constitucionais, consoante o disposto no art. 1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa de 1988⁶⁸. Da mesma forma, o poder regulamentar de competência do Presidente da República, com fincas no disposto no art. 84, IV da CF/88⁶⁹.

O planejamento legislativo é a base do processo de verificação da qualidade da lei. Os saberes proporcionados pela *Legística* permite a ‘racionalização do padrão e do ritmo de produção de normas jurídicas’. A Legística Material tem por escopo atuar no processo decisional de escolha sobre o conteúdo da nova legislação, ‘em como o processo de regulação pode ser projetado, através da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico’.⁷⁰ Nesse sentido, todas as três esferas do poder, no exercício de suas funções do Estado devem ser encarregadas da tarefa poligenética de se aterem ao exame de constitucionalidade dos projetos de leis que tramitam perante o Parlamento, sob pena de haver conteúdos normativos criados em afronta à ordem jurídica democrática e cujos efeitos sejam irreversíveis, como no caso de prejuízo severo aos direitos das minorias.

O controle de constitucionalidade preventivo é exercido pelos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Contudo, em termos conceituais, a atuação do Poder Legislativo ou Executivo denomina-se *controle político*. Assim, na realidade brasileira, o ‘Controle Preventivo de Constitucionalidade Político’ seria aquele realizado no decurso do trâmite do processo legislativo, como por exemplo, através das Comissões de Constituições e Justiça ou pelo Poder Executivo por meio do veto Presidencial. Já o controle preventivo

⁶⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013).

⁶⁹ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. (BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013).

⁷⁰ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, pp. 124-142, jan. - jul., 2007, p. 125.

jurisdicional de constitucionalidade, recai sobre o processo de elaboração legiferante pela via do mandado de segurança impetrado por parlamentar.

A considerar a *legisprudencia* como uma espécie de controle preventivo (político e jurisdicional) há uma ampliação de seu ponto de atuação e, no que concerne a garantia constitucional, passa a ser um saber *poligenético*. Com efeito, o estudo da qualidade da lei (legística), compreende a técnica redacional (Legística formal), mas também, a avaliação da decisão de legislar (o conteúdo da futura norma).⁷¹ Inocêncio Mártires Coelho recorda Lúcio Bittencourt, “em estudo de 1942, que a interpretação é parte integrante do processo legislativo.”⁷² Assim, para Coelho “esse estado de coisas parece remeter para o museu da história a clássica tese kelseniana de que, ao examinar a validade das leis em face da Constituição, os tribunais constitucionais só poderiam agir como legisladores negativos.”⁷³

Sob esse aspecto há que se observar dois momentos: i) o momento de criação da norma em que existe necessariamente uma confluência entre a ordem jurídica já posta e as questões políticas, sociais e econômicas que justifiquem sua gêneses e, ii) o plano da aplicação da norma que, em regra, deve-se primar pela segurança da objetividade. A atuação do Supremo Tribunal Federal, em casos necessários que violem preceitos constitucionais no iter do processo legislativo, encontra-se materializado na primeira hipótese, com efeito, há que se reconhecer um controle preventivo jurisdicional e político de constitucionalidade. Reitera-se que a tarefa de criação da norma no que concerne à guarda dos valores constitucionais é poligenética. Observa-se como regra a vontade da maioria, mas quando esta usurpa direitos da minoria, impera-se contenção republicana. Assim, a partir desse entendimento, há que se dimensionar a extensão da atuação do Supremo Tribunal Federal como um

⁷¹ VARGAS, Ana. FRAGA, Ana. **Da qualidade da legislação ou de como pode o legislador ser um forda-lei**. INA, Oeiras, 27, Jan-Março 2000, p.31-7.

⁷² BITTENCOURT, C.A. Lúcio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo, *in* **Revista do Serviço Público**, Ano V, dezembro de 1942, Vol. IV-N.3, p. 121/127. Citado por COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. Texto para debate na 2ª Reunião do Centro de Estudos Constitucionais do UniCEUB - CBEC, em 10/4/2014.

⁷³ COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. Texto para debate na 2ª Reunião do Centro de Estudos Constitucionais do UniCEUB - CBEC, em 10/4/2014.

ator da legística constitucional *ex ante* e como instituição legítima para a avaliação e aplicação do filtro republicano. Enquanto o legislativo é o locus das escolhas majoritárias, o Executivo representa o espaço para as escolhas discricionárias, reserva-se ao poder judiciário o juízo de composição técnica.

O pilar da *vontade do povo* insculpido nos regimes democráticos é na verdade institucionalmente representado pelas três funções do Estado. “Todo poder estatal origina-se do povo. Isso exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional com representação do povo”⁷⁴, sem perder de vista também o poder executivo. Ocorre que referidas representações ocorrem de formas diferentes: o Parlamento e o Executivo “representam o povo politicamente, o tribunal constitucional, de forma argumentativa”.⁷⁵ Com efeito, ao Parlamento cabe a função de elaborar leis em consonância com o legítimo processo democrático. E ao tribunal impõe-se o dever de interpretar e controlar essas leis buscando democratizá-las em consonância com os valores do Estado de Direito.⁷⁶

Uma crítica que se faz a pretensa interferência do Poder Judiciário em atos do Poder Legislativo é a possibilidade de interromper o debate da matéria no âmago da arena discursiva por natureza. Quanto a essa observação, entende-se que, em verdade, não se trata de ceifar a deliberação, algo prejudicial a uma democracia. Mas sim, a partir de instrumentos legítimos constantes do próprio modelo de democracia republicana, ampliar o debate. Trazer à arena discursiva, o Poder Judiciário como órgão legítimo para participar da tarefa de criação da norma. Contudo, resta saber se mesmo diante dessa possibilidade, o Supremo Tribunal Federal tem a intenção de participar de mais uma tormentosa discussão.

⁷⁴ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, Jul/set. 1999, p. 66.

⁷⁵ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, Jul/set. 1999, p. 66

⁷⁶ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, Jul/set. 1999, p. 66.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A toda evidência, a suposta usurpação de Poder judiciário pode ser indispensável para realizar a Constituição e tornar efetiva a defesa dos direitos fundamentais contra eventuais agressões do legislador.⁷⁷ Em linhas gerais, o Supremo Tribunal Federal pode ser compreendido como um ator da legística ex ante, ao julgar a constitucionalidade (mais alto grau de qualidade) de um projeto de lei que tem por fundamento a violação de direitos já consagrados, como o direito das minorais. Sobre essa questão, inspirando-se em Ely pode-se afirmar que democracia é desconfiança⁷⁸, isto é, a liceidade para o dissenso, para a oposição. E, nesse sentido, o que impulsiona a atuação do Judiciário é garantia de voz dos parlamentares que se encontram em seu direito líquido e certo de não participarem da formação de uma lei eivada de vícios de inconstitucionalidade. Assim, em sede de controle preventivo, a jurisprudência pode ser um instrumento de controle e conformação do diálogo tenso entre judiciário (limites da jurisdição) e legislativo (espaço de prognose legislativa), considerando ser a tarefa de criação da lei um saber poligenético, mormente no que concerne à guarda dos preceitos constitucionais. Para Alfredo Buzaid, o mandado de segurança representa a mais notável forma de tutela jurídica dos direitos individuais e coletivos que, “por largo tempo, foi apenas uma auspiciosa promessa”.⁷⁹ E, a exemplo das decisões constitucionais da Corte de Warren⁸⁰, mutatis mutandis, também possa o nosso Supremo Tribunal Federal ser movido pela prudência em assegurar que o processo político esteja aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições isonômicas. É na esfera jurisdicional que os valores substantivos da democracia e os princípios republicanos podem ser adequadamente identificados e equilibrados.

⁷⁷COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. Texto para debate na 2ª Reunião do Centro de Estudos Constitucionais do UniCEUB - CBEC, em 10/4/2014.

⁷⁸ ELY, Jonh Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

⁷⁹ BUZOID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989. p. 136-150

⁸⁰ The Warren Court, 1953-1969. (Fonte, disponível em: <http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/history-of-the-court/the-warren-court-1953-1969/>. Acesso em 16.10.2011).

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ACTON, Lord. Essays on freedom and power. New York: Meridian, 1955.
- ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 217, Jul/set. 1999.
- BIGNOTTO, Newton. (Org). Pensar a República. Belo Horizonte: UFMG, 2000.
- BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.
- BODIN, Jean. Os seis livros da República. Livro I. São Paulo: Ícone, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do Precedente e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012,
- BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 2013.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989.
- CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. Texto para debate na 2^a Reunião do Centro de Estudos Constitucionais do UniCEUB - CBEC, em 10/4/2014.

CONSTANT, Benjamin. Princípios de política aplicáveis a todos os governos. Rio de Janeiro, 2007.

DAHL, Robert Alan. La igualdad política. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

DICEY, Albert Venn. Introduction to the study of the law of the constitution. London: Macmillan and Co. Limited & St. Martins Press, 1915.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Filho. Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARVEY, John H. ALEINTKOFF, T. Alexander. Modern constitutional theory. Saint Paul: West Publishing, 1990.

HEGEL, G.W.F. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Victor Nunes. Problemas de Direito Público. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LIMONGI, Fernando. FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. Lua Nova, 1998, n.44.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

O'DONNELL, Guilherme; LAZZETTA, Osvaldo; CULLELL, Jorge Vargas (comps). Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia em América Latina. Rosário: Homo Sapiens, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

- REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 2002
- RIBEIRO, Renato Janine. A República. São Paulo: Publifolha, 2008.
- RIDLEY, F.F. Reinventing British Government. In Parliamentary affairs: A journal of comparative politics. Oxford University Press, vol. 48, nº 3, July, 1995.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. O Processo legislativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SANTOS, Letícia Camilo. Análise da decisão judicial no quadro da jurisprudência: o diálogo das fontes do direito. Belo Horizonte: UFMG/Faculdade de Direito, 2011, Dissertação (mestrado).
- SARTORI, Giovanni. ¿ Qué es la democracia? Madrid: Taurus, 2007
- SILVEIRA, Paulo Fernando. Freios e contrapesos (check and balances). Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, pp. 124-142, jan. – jul., 2007.
- TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. USA: Foundation Press, 1988.
- TOCQUEVILLE, Alexis. O antigo regime e a revolução. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- VARGAS, Ana. FRAGA, Ana. Da qualidade da legislação ou de como pode o legislador ser um fora-da-lei. INA, Oeiras, 27, Jan-Março 2000.
- VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro. Brasília: UniCEUB/Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Brasília: UniCEUB, 2011. Dissertação (mestrado).
- VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. Supremocracia. Revista Direito GV, São Paulo, p. 441-464, Jul-Dez 2008.
- VILLORO, Luis. El concepto de ideología. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Sítios eletrônicos:

TELES FILHO, Eliardo. Suspensão de trâmite de PL não deveria surpreender. Observatório Constitucional. Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-11/observatorio-constitucional-suspensao-tramite-pl-nao-deveria-surpreender>. Acesso em 12 de maio de 2013.

The Warren Court (1953-1969). Disponível em: <http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/history-of-the-court-2/the-warren-court-1953-1969/>. Acesso em 16.10.2011.

Suprema Corte dos Estados Unidos. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/default.aspx>. Acesso em 02.06.2013.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 30.05.2013

DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Christine Oliveira Peter da Silva ¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A proposta do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CEBEC de refletir sobre o tema do ativismo judicial é muito adequada e oportuna, pois talvez não exista assunto da atualidade que provoque reflexões filosóficas, dogmáticas e pragmáticas mais controvertidas e complexas do que este.

O presente artigo tem como principal objetivo apresentar o tema do ativismo judicial pela perspectiva dos estudos desenvolvidos no âmbito do Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC², sob o paradigma do chamado Estado de direitos fundamentais. Ao invés de dedicarmos à reflexão sobre conceitos, classificações, elogios e críticas ao ativismo judicial, a proposta do presente trabalho é deslocar o olhar direcionado ao ativismo protagonizado somente por juízes para um ativismo protagonizado também por membros de outras funções de poder estatal (legisladores e administradores), quase-estatais ou não-estatais (entidades e organizações da sociedade civil nacional e internacional que atuam legitimamente no ambiente público).

¹ Doutora em Direito, Estado e Constituição – UnB

Professora Associada do Mestrado e Doutorado em Direito das Relações Internacionais – UniCeub
Pesquisadora Associada do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBE/ICPD/UniCeub

²O Núcleo de Estudos Constitucionais é um grupo de estudos e pesquisa que congrega alunos e professores interessados nos debates sobre Direito, Constituição e práticas constitucionais. Fundado em 2001, tem seu funcionamento regular por meio de reuniões todos os sábados letivos, apresentando-se, há quase uma década e meia, como um espaço institucional vinculado ao Centro Universitário de Brasília – UniCeub destinado à formação e reflexão crítica acerca da institucionalização dos procedimentos adequados e necessários para a formação do cidadão constitucional, cuja vocação é a investigação dos fundamentos da teoria e das práticas constitucionais inspiradas pela metódica da pedagogia constitucional de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

As considerações aqui apresentadas serão de ordem analítica, ou seja, pelo caminho dos conceitos e explicações teóricas acerca do ativismo constitucional, o que se viabiliza pela revisão bibliográfica e diálogos doutrinários com os juristas nacionais e estrangeiros envolvidos com a temática.

O marco teórico é aquele que já filtra o olhar dos membros do Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC há quase uma década, ou seja, o paradigma do ‘Estado de direitos fundamentais’ que aqui é apresentado como resultado de pesquisas anteriores³, mas também como premissa das reflexões o ativismo. É verdade que a expressão ‘Estado de direitos fundamentais’ já está sendo usada por autores brasileiros e estrangeiros⁴, mas o seu significado ainda não se apresenta unívoco, de modo que também é objetivo do presente trabalho registrar mais uma vez minha visão sobre suas principais premissas.

Assim, considerando que a parte dogmática das constituições contemporâneas está firmemente alicerçada no catálogo de direitos fundamentais e que toda a teoria constitucional vem, paulatinamente, deslocando o seu paradigma da repartição de competências para o eixo da hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais⁵, não considero exagerado cogitar que estamos vivenciando um momento de virada paradigmática⁶, em que o próprio direito objetivo volta suas atenções para a dogmática dos direitos fundamentais.⁷

³ A mais evidente delas é a minha tese de doutorado: SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba/PR: Editora CRV, 2014.

⁴ Dentre os autores que já publicaram trabalhos em que constavam a referida expressão, destacam-se: Paulo Otero e Willis Santiago Guerra Filho. Cf. OTERO, Paulo. A crise do Estado de Direitos Fundamentais, in MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, Andre Ramos (Org). *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf> Acessado em 1 set 2014.

⁵ Aqui me refiro ao fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo. Este tema será tratado com maior acuidade no tópico 4.2 que cuida do ativismo constitucional teórico.

⁶ A expressão tem vinculação com a ideia de paradigma apresentada por Thomas Kuhn em “Estrutura das revoluções científicas”, em que este autor propõe a compreensão de uma teoria a partir do contexto em que ela se aplica e da sua época. A grande contribuição desse autor para a epistemologia foi a percepção dinâmica do próprio conceito de ciência e, certamente, essa é a espinha dorsal da filosofia da ciência que inspira o presente trabalho: a ideia de dinâmica

Não se trata de uma ruptura, nem de uma negação radical das escolas de direito constitucional dos séculos XIX e XX, mas de uma recomposição dos pilares em que se fundam tais escolas, quais sejam, o princípio da legalidade (devido processo legal); a separação de poderes e a dogmática dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, que aqui serão apresentados a partir de aportes teóricos e metodológicos diversos da clássica doutrina constitucionalista.

São três tópicos centrais que movimentam a reflexão proposta: num primeiro momento, vai-se apresentar o conceito de Estado de direitos fundamentais, para que a confusão semântica não atrapalhe o diálogo do leitor com as demais ideias do texto. Depois, serão postos os pressupostos teóricos do paradigma escolhido, com as devidas diferenciações do paradigma contraposto, isso para que o leitor não se distancie daquilo que aprendeu, conhece e domina. Por fim, estará oferecida a proposta de deslocamento do tema da versão clássica de ativismo judicial para a versão novidadeira (que não é propriamente nova) de ativismo constitucional.

A pretensão é jogar luzes sobre a teoria do ativismo judicial sob o prisma dinâmico da teoria do Estado constitucional – na expressão aqui preferida: do Estado de direitos fundamentais – que é aquele intransigentemente comprometido com a dogmática dos direitos fundamentais. Espero que o leitor possa sentir, em sintonia com o pensamento que aqui apresento, que há sempre outras formas de olhar os mesmos fenômenos.

2 DO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A construção do pano de fundo teórico e do ambiente dogmático-institucional em que se vai cuidar do tema do ativismo judicial revela-se

científica. Cf. KUHN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 10ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2010. Canotilho também aponta para este caminho ao falar sobre “As deslocações compreensivas das teorias de direitos fundamentais”. Vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1395 e seguintes.

⁷ Aqui a expressão ‘Direito’ do clássico “Estado de Direito” foi substituída por ‘Direitos Fundamentais’ com o propósito de defender que o ordenamento jurídico como um todo está vinculado, informado e dirigido pela dogmática constitucional dos direitos fundamentais.

imprescindível para o presente trabalho, considerando que a proposta é deslocar a discussão dos seus caminhos mais conhecidos – como, por exemplo, as opções de uma maior ou menor intervenção do Poder Judiciário nas questões políticas; ou a discussão sobre a legitimidade dos juízes para ditarem regras de conduta social para a comunidade em que se projetam as suas decisões; ou, ainda, se a democracia dos juízes tem mais qualidade do que a democracia dos legisladores, em termos materiais e formais.

Pretende-se avançar na reflexão acerca da necessidade, ou não, de serem revisitadas as próprias abordagens teóricas que comumente são feitas em torno do tema e quais as alternativas para isso. Isso porque, conforme anota Eduardo Mendonça em texto que tangencia a temática⁸, está-se numa encruzilhada entre o inevitável e o excessivo, pois o ativismo judicial é uma das consequências do próprio processo de constitucionalização das práticas jurídicas e políticas brasileiras dos últimos vinte anos.

Canotilho apresenta-se como um dos interlocutores mais importantes das ideias do presente estudo, principalmente quando afirma que os conceitos de Estado e de Constituição são inseparáveis, observando que não é a Constituição que funda o Estado⁹, mas o Estado é que, conformado por seus dados espaço-temporais, contendo os pressupostos éticos, sociais e culturais de uma comunidade, acaba por conceber a Constituição como uma decisão atualizadora dele próprio.¹⁰

⁸ O texto de Eduardo Mendonça é muito interessante para refletir sobre o assunto: MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo, in *Revista de Direito Uerj*, disponível em: <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaodapoliticaentreoinevitaveleoexcessivo.pdf> Acessado em 8 set 2014.

⁹ Nesse particular anota, com base na doutrina de Josef Isensee: “O momento da estatalidade pré-existe à Constituição (...). Se a vida estatal incorpora o momento de estatalidade, anteposto e imposto ao plano da ordenação normativo-constitucional, o Estado não é fundado pela Constituição, (...). O Estado recortar-se-á sempre como matéria ou dado preexistente, reduzindo-se a Constituição à forma transitória do Estado perene.” ISENSEE, Josef. “*Staat und Verfassung*”, in *Isensee/Kirchhof Staatsrechts*, vol. I, p. 592 e ss. *Apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 168-170.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 171.

A abordagem de Canotilho é interessante porque, ao mesmo tempo que aparentemente assume a premissa clássica (até vetusta) de que o Estado tem preeminência em relação à Constituição, logo em seguida demonstra seu caráter dinâmico, afirmando que a Constituição refunda o Estado, atualizando-o.

Canotilho propõe, na verdade, como forma adequada e atualizada de enfrentar o fenômeno, o estudo da teoria geral do Estado como uma teoria do Estado democrático¹¹, e, num segundo momento, propõe a tese da democracia de antíteses, que se apresenta como um caminho em que a construção do sistema democrático acontece de forma dinâmica, ou seja, fundada em antíteses, negando-se ao repouso restaurativo da síntese.¹² A democracia de antíteses propõe uma metódica apta a sustentar um conceito dinâmico de Estado e de Constituição, o qual estará em busca de seus pressupostos fundamentais também em versões dinâmicas das respectivas teorias.

Não se pode deixar de registrar também a influência teórica de Perez Luño, para quem a transformação do ‘Estado de direito’ em ‘Estado constitucional’¹³ resultou de um processo de atribuição de qualidade a este segundo por meio da atribuição de determinados rótulos por aqueles que detêm o controle social ou poderes jurídicos.¹⁴

Nessa perspectiva, Pérez Luño ressalta que a mudança da linguagem e da aplicação das normas constitucionais não são oriundas de atos arbitrários dos juízes e governantes, mas, sim, reflexos da adequação de suas atividades às

¹¹ Nesse sentido afirma: “(...) o sistema geral da democracia estruturar-se-ia com base no sistema constitucional, mas teria de ultrapassar o normativismo constitucional”. E ainda: “O universal democrático esconde-se nos princípios constitucionais politicamente conformadores, eles próprios raízes dos princípios básicos da democracia e, estes, raízes dos princípios fundamentais da forma de Estado.” Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 173.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.174.

¹³ Aqui acho importante consignar, para não ser incoerente com o que tenho defendido academicamente, que não concordo com a afirmação de que há uma passagem ou evolução de um para o outro. São modelos diferentes e sustentáveis que convivem soberanamente no século XXI.

¹⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 60.

mudanças sociais, políticas e econômicas¹⁵, e com isso procura explicar que a passagem do 'Estado de direito' para o 'Estado constitucional' pode ser comprovada por três fenômenos: a mudança da primazia da lei para a primazia da Constituição, da reserva de lei à reserva da Constituição e do controle judicial de legalidade ao controle judicial de constitucionalidade.¹⁶

Assim, sob a inspiração do conceito de Estado de Canotilho e da proposta de um deslocamento paradigmática do Estado de direito para o Estado constitucional de Perez Luño, tem-se que o Estado de direitos fundamentais apresenta-se como um modelo político aberto e dinâmico vinculado objetivamente aos direitos fundamentais.

Trata-se de uma forma de organização do poder em que a supremacia da Constituição e a relações entre as funções de poder do Estado ocorrem de forma intransigentemente vinculadas à dogmática dos direitos fundamentais, sendo estes direitos vistos para além de sua perspectiva subjetiva, ou seja, também como ordem objetiva, os quais se concretizam de forma irradiante (para todos os ramos da ciência jurídica), de forma dirigente (para todos os atos estatais) e de forma horizontal (para todos os atos da vida privada).

E, neste particular, está a premissa teórica mais importante para o raciocínio que se vai desenvolver: o de que não há monopólio do executivo (Estado de direito executivo), nem do legislativo (Estado de direito legislativo), nem muito menos do judiciário (Estado de direito judiciário) quanto à concretização da Constituição, especialmente de suas normas jusfundamentais. E também de que a Constituição deve ser, procedimental e substancialmente, a norma referência de todas as ações e tarefas dos atores da vida pública ou da vida privada.

¹⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 60.

¹⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 61.

No Estado de direitos fundamentais, assume-se, de um lado, que a tarefa concretizadora busca um sentido substancial¹⁷ das normas constitucionais e, de outro lado, que a mediação concretizadora desse sentido substancial é uma tarefa compartilhada entre todos os órgãos de poder (funções executiva, legislativa e judiciária) e também entre estes e a sociedade civil organizada.

Para associar o Estado de direitos fundamentais à democracia, é preciso partir dos critérios da dinamicidade, da provisoriedade, da alternatividade, da concorrência e da diversidade, e assumir, como pressuposto da dinâmica constitucional, uma teoria geral do Estado enredada em tensões dialéticas.¹⁸ Não são pressupostos simples, porque necessitam de vetores axiológicos e metodológicos bem definidos, a fim de que as consequências deles decorrentes não se percam em labirintos insolucionáveis de problemas e questões pouco pragmáticas. Porém, a sua complexidade não pode anular as responsabilidades que devem ser assumidas pelas suas possibilidades.

No plano axiológico, levando em consideração o grande o último grande princípio da eticidade oriundo da cultura ocidental – o de que qualquer ser humano deve ser tratado com igual respeito e consideração – Canotilho propõe como ideia básica legitimadora do Estado constitucional a dignidade da pessoa humana¹⁹, o que de alguma forma explica a estreita vinculação entre tal princípio – matriz de toda a dogmática dos direitos fundamentais – e o Estado de direitos fundamentais, que, nesse contexto, assume um pressuposto humanista.²⁰

¹⁷ Segundo Canotilho um dos autores mais representativos dessa ideia de 'significado substancial da constituição' é Ronald Dworkin, cujos principais pontos de partida teóricos são: i) a soberania da constituição; ii) a objetividade interpretativa; iii) teoria da norma jurídica como regras e princípios. Vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1196 e 1197.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 175.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.178-179.

²⁰ A referência obrigatória, aqui entre nós, acerca desse pressuposto humanista está em: BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. Sobre o pressuposto humanista também há algumas considerações no tópico 4.2 (Ativismo constitucional teórico).

Canotilho chega a sugerir, com apoio no trabalho de Miguel Batista Pereira²¹, a existência de duas métricas civilizatórias para o século XX: a primeira é a da libertação (paradigma das liberdades) e a segunda é a da dignidade humana (paradigma humanista). Nesse sentido afirma: “O que une, hoje, crentes e ateus, é o reconhecimento fundante da liberdade digna e a dignidade livre do homem contra orto-praxis históricas de unificação e de instrumentalização humanas”.²² Creio que toda a reflexão sobre o ativismo judicial também tenha que passar por aqui.

3 ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RESSIGNIFICAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Não se trata de uma transição, nem muito menos de uma evolução. As observações e pontuações teóricas que aqui serão apresentadas seguem sendo propostas alternativas para enfrentar-se, com consistência filosófica, metodológica e dogmática, os problemas da atualidade. Os dois paradigmas convivem e estão em pleno vigor, com suas virtudes e defeitos, sucessos e fracassos.

A opção por uma ou outra compreensão constitucional não invalida os pressupostos constitucionais comuns, mas, pelo contrário, demonstram a força que este modelo político e jurídico de mais de dois séculos ainda goza nos dias de hoje. O Estado de direitos fundamentais assume, na verdade, a função de paradigma atualizador do ideário do Estado de direito, o que justifica-se diante da premente a necessidade de se investigar a missão das instituições federativas e republicanas diante dos complexos problemas que lhe são colocados como instituições garantidoras dos direitos fundamentais.

Mas ainda não estão muito claras, nem satisfatoriamente difundidas, as premissas essenciais de um paradigma de Estado radicalmente comprometido

²¹ Cfr. PEREIRA, Miguel Batista. Sobre o discurso da fé em um mundo secularizado, in *Modernidade e Secularização*, p. 384 apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brancosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.179, nota 17.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brancosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 180.

com os direitos fundamentais. Para isso é preciso responder a duas perguntas essenciais: o que diferencia um modelo institucional do outro? Quais as consequências dessa diferenciação para o afazer de um jurista?

Haberle tem afirmado que o modelo Estado constitucional é um modelo sempre aberto, que resulta do desenvolvimento dos séculos, no que diz respeito a tempo e espaço.²³ Nessa esteira, é preciso reconhecer que o modelo Estado constitucional compartilha com o modelo Estado de direito todos os seus pressupostos, quais sejam, preocupação com a supremacia do direito como vetor axiológico e axiomático de sua própria existência; vinculação a um modelo de descentralização de poder e, por fim, compromisso com os direitos e garantias fundamentais.

Para Perez Luño, a expressão ‘Estado constitucional’ indica uma linha teórica que, apesar de não ser nova, tem ganhado novo significado nos últimos anos, sendo possível identificar as seguintes tarefas para ir ao encontro dessa nova realidade: a) investigar o contexto doutrinário em que se propõe a fórmula ‘Estado constitucional’; b) sistematizar as mudanças produzidas nos ordenamentos jurídicos dos sistemas democráticos que pretendem expressar-se através desse novo significado constitucional para o Estado; c) propor análise crítica da tese que concebe o Estado constitucional como paradigma alternativo ao Estado de direito assumir que a concepção de Estado constitucional tem forte relação com a teoria geral dos direitos humanos (fundamentais).²⁴

A adaptação da doutrina de Perez Luño acerca do Estado constitucional para uma visão mais específica de Estado de direitos fundamentais ocorreu de forma gradual e natural, ou seja, consolidou-se a partir de encontros, discussões, debates e aulas sobre a temática.

²³ É obrigatório aqui deixar claro que, para esse autor, o Estado constitucional é “a comunidade política que encontra seu fundamento antropológico-cultural na dignidade do homem, como dizia E. Kant, e que, encontra na democracia pluralista sua estrutura organizacional.” Cfr. HABERLE, Peter. La Constitución como cultura, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 6, ano 2002, Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, p. 177-198.

²⁴ LUÑO, Antônio-Henrique Perez. *A Universalidade dos Direitos Humanos e o Estado constitucional*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2002. pág. 57.

Para responder aos questionamentos propostos, quais sejam, o que diferencia o Estado de direitos fundamentais do Estado de direito e o que muda no pensamento e no afazer jurídico a partir dessa diferenciação, propõe-se uma análise dos pressupostos do constitucionalismo contemporâneo a partir de três perspectivas: a) da substituição da ideia de supremacia da lei pela ideia de supremacia da Constituição; b) da transição da teoria da separação de funções do poder para a teoria da interdependência entre as funções de poder; c) da dogmática dos direitos fundamentais como direitos subjetivos para a dogmática dos direitos fundamentais como direito objetivo.²⁵

3.1 Da supremacia da lei para a supremacia da Constituição

É indiscutível que o maior dogma do Estado de direito repousa na ideia de supremacia da lei, segundo o qual todas as demais fontes normativas têm como limite de validade a adequação àquela, visto que a lei é considerada a vontade máxima do Estado soberano, que deteria o monopólio do sistema de fontes jurídicas.²⁶

Porém, nas últimas décadas, a supremacia do Estado e, conseqüentemente, da lei, estão comprometidas, por conta proliferação cada vez mais evidentes das normas infra ou supra-estatais.²⁷ No tocante às normas supra-estatais, Pérez Luño assevera que vivenciamos um contexto paradigmático em que se reconhece normatividade às regras acordadas pelas pessoas de direito internacional público, tais como tratados e a atribuição de

²⁵ Registro, uma vez mais, que esta parte da reflexão não é inédita. Trata-se da parte mais relevante de toda a construção teórica da primeira parte da tese de doutorado que defendi na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília em maio de 2013. Sob esses três aspectos essenciais do Estado moderno, defendo que estão os pontos de partida para a constatação de que há uma transição de modelos. Sobre isso já comecei a refletir em: O Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais, in SILVA, Christine O. Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (org). *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais* – Estudos em homenagem a Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

²⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62.

²⁷ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62.

competências a organismos internacionais.²⁸ No plano da infra-normatividade estão as normas acordadas em entidades e associações da sociedade civil organizada reconhecidas, ou não, pelo Estado.

No Estado de direitos fundamentais, o ordenamento jurídico requer do intérprete da Constituição uma atitude aberta, que substitua o monopólio das fontes jurídico-estatais pelo pluralismo metódico.²⁹ Isso para que existam e se consolidem estratégias e instrumentos para enfrentar os problemas das comunidades para onde se projetam as normas constitucionais jusfundamentais. Por óbvio que interpretar a norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos.³⁰

Para Canotilho existem três dimensões importantes da interpretação da Constituição: uma em que interpretar é buscar o direito contido na lei constitucional escrita; outra em que interpretar o direito contido na lei constitucional implica uma atividade; e outra, ainda, em que o produto do ato de interpretar é o próprio significado atribuído na interpretação.³¹

Existe grande indagação doutrinária e discussão filosófica intensa acerca do tema quando se coloca a antítese entre interpretação judiciária e criatividade do juiz. O reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito existe certo grau de criatividade tem gerado muitas opiniões na doutrina. O ponto central para este debate repousa na usurpação das competências políticas historicamente reconhecidas ao Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.

²⁸ *“enlas actuales sociedades interdependientes e interconectadas se ha llegado a abolir el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales, en la creación del sistema de fuentes del derecho”*. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62-63.

²⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 67.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1200.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1200-1201.

Parece certo, e nisso revela-se adequada e pertinente as lições de Mauro Capelletti³², que mesmo o uso mais simples e preciso da linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária. Segundo Capelletti “a interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em novo e diverso contexto de tempo e lugar”.³³

É uma realidade que o intérprete da norma jurídica seja levado a resolver questões de imprecisão e incertezas das normas, pois que ele deve preencher as lacunas, precisar as nuances e esclarecer as ambigüidades.³⁴ E quando se está diante de normas constitucionais, esta tarefa ganha dimensão de construção de sentidos constitucionais, o que, no caso dos direitos fundamentais, é a própria definição do âmbito de proteção desses direitos.

Não se pode negar que o papel do juiz, especialmente do juiz constitucional, é muito mais difícil e complexo do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. À função jurisdicional deve estar envolvida a responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, do intérprete, de modo que, de simples separação de funções de poder dentro de um mesmo espaço para a realização de competências que se superpõem, se sobrepõem e se auto-ajustam, revela-se imperiosa a necessidade de recontextualização do princípio de separação das funções de poder.

3.2 Da separação de funções do poder para a interdependência entre as funções de poder

O Estado de direito possui como premissa o princípio da reserva de lei, conforme teoria defendida por Montesquieu, de acordo com o qual cabia tão-só

³² Cf. CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993, p.20.

³³ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993, p.21.

³⁴ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993, p.22-23

ao Parlamento o estabelecimento de normas abstratas e genéricas que seriam aplicadas aos casos concretos do cidadão.³⁵

Porém, por diversas razões históricas³⁶, revela-se oportuna a transposição do modelo de Estado que prima pela reserva da lei para aquele que se propõe a resguardar a reserva da Constituição, o que significa que a reserva da Constituição também vinculará o legislador, e, de alguma forma, convocará imediatamente também o Poder Executivo (além do Legislativo) para o exercício compartilhado de concretização dos direitos fundamentais.³⁷

Nesse particular, a doutrina sobre separação de funções do poder sempre vem à tona, como uma daquelas velhas práticas que merece sempre respeito e consideração diante das novas necessidades. Nasceram, nesse contexto, as inevitáveis parcerias entre as funções de poder Legislativo, Judiciário e Executivo. Inevitáveis não significa, entretanto, livres de tensões e conflitos, pois o Estado de direitos fundamentais, fundado na ideia de democracia de antíteses, pressupõe sempre as interações, sejam elas cooperativas ou conflitivas.

M. J. C. Vile, em obra já antiga sobre o tema da separação de poderes, afirma que nós seres humanos somos complexos demais para considerar uma premissa dogmática como guia por tanto tempo, de modo que devemos reivindicar outros valores, ainda que contraditórios com os antigos. E todo sistema de governo que pretenda atender a estas demandas deve buscar conciliar os antigos procedimentos e estruturas com as novas possibilidades.³⁸

A ideia básica de M. J. C. Vile é a de que toda trajetória histórica da doutrina de separação dos poderes e das teorias constitucionais relacionadas a

³⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 69.

³⁶ Algumas delas estão expostas em minha tese de doutorado, publicada pela Editora CRV: SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba/PR: Editora CRV, 2014.

³⁷ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 71.

³⁸ Nesse sentido afirma: "*incluso el antiguo concepto de la separación de personas entre las ramas del Estado puede seguir teniendo importancia si no se considera como un fin en si mismo, sino como un medio de mantener este equilibrio.*" VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 388.

ela indica que as funções do Estado e os procedimentos empregados para exercer estas funções não podem estar nem totalmente separados nem completamente fundidos, pois dessa forma seria possível chegar a um uso eficaz, mas controlado do poder do Estado.³⁹

Sem perder de vista a lição dos clássicos, como John Locke (século XVII) e Montesquieu (século XVIII), é preciso dizer que o século XX redimensionou a separação de poderes não apenas como a necessidade de as funções básicas do Estado estarem separadas entre diferentes órgãos, mas como a colaboração forçada entre estas funções, a fim de que pudesse haver “contenção de cada poder nas fronteiras de sua competência constitucional”.⁴⁰

Nesse sentido, todas as funções de poder dispõem de meios eficientes para impedir a usurpação de funções uns pelos outros, fazendo refluir o órgão exorbitante para os espaços de poder que lhe são constitucionalmente destinados.⁴¹ A referência aqui reporta-se ao modelo proposto pelos americanos conhecido como “freios e contrapesos” como aquele em que os poderes estão de tal forma compartilhados, repartidos e equilibrados entre os diferentes órgãos da República que nenhum deles pode ultrapassar seus limites constitucionais sem que o outro imediatamente possa detê-lo ou contê-lo.⁴²

A proposta de uma interdependência, como se vê, não é nova. O que pode ser considerada novidadeira é a metódica de interação entre estas funções, que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais jusfundamentais, o elemento mediador. Explico melhor: no Estado constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora.

³⁹ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 367.

⁴⁰ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in *Revista de Direito Público*, ano XIV, julho/dez 1981, p. 121.

⁴¹ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in *Revista de Direito Público*, ano XIV, julho/dez 1981, p. 121-122.

⁴² Por todos vide: BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in *Revista de Direito Público*, ano XIV, julho/dez 1981, p. 121, nota 2.

Qualquer atitude de uma função de poder ou de outra será avaliada com a métrica dos direitos fundamentais, e não mais com a métrica das estritas limitações de competências. As próprias ideias de ativismo judicial e judicialização da política perdem algo de sua razão de ser, nesse contexto, pois as acomodações entre as funções de poder passam a ser muito mais visíveis e o diálogo muito mais intenso, sobrevivendo momentos de tensões e acomodação pelo exercício recíproco das respectivas competências.

Assim, não mais é possível imaginar que a dinâmica entre as funções de poder seja pautada na segurança e previsibilidade, com regras do jogo democrático bem definidas ou pré-definidas, pois, na realidade constitucional subjacente, as práticas dos poderes interdependentes se constroem coletivamente, ora enredadas em tensões, ora em estratégias de cooperação, sempre com o olhar atento da sociedade civil organizada e demais entidades estatais ou quase-estatais a cobrar e denunciar o exercício das competências constitucionais na imane da força da história e dos acontecimentos.

Como afirma Haberle, em entrevista a jornalista brasileiro: “É claro que, quando uma corte constitucional invade, com ousadia exagerada, a esfera político-(partidária), pode colocar em risco a sua própria autoridade. Aqui é fundamental que haja sensibilidade por parte do julgador: a Corte deve trabalhar no ‘consenso básico’ de uma Constituição, mas também depende dele. Visto sob a ótica do direito comparado, há fases do ‘judicial activism’ e do *‘judicial selfrestraint’*.”⁴³

⁴³ E continua o professor Haberle: “Após o *annus mirabilis* de 1989, os tribunais constitucionais, por exemplo, da Hungria e Polônia, se empenharam muito no sentido de colocar em marcha as novas constituições reformistas. Agora, podem antes retrair-se para deixar mais espaço para os parlamentos. Algo semelhante poderia aplicar-se, hoje, também no Brasil, até sua Constituição ganhar plena *realidade* constitucional. Exemplos de um ciclo alternado entre *activism restraint* existem, também, na história dos EUA. O Tribunal Constitucional não deve ser um “preceptor *brasilienis*”, porém atuar como órgão constitucional de peso. Não esqueçamos que a Suprema Corte em Brasília com certeza está democraticamente legitimada. No geral: *todos* os cidadãos, todos os partidos e todos os órgãos constitucionais são, em conjunto, “guardiões da Constituição.” Entrevista para o Jornal Valor Econômico, por Juliano Basile, vide: BASILE, Juliano. Entrevista com Peter Haberle, in Valor Econômico – Suplemento Eu & Fim de Semana, 22/11/2008, *apud Revista Eletrônica Conjur*, disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses_alemao_peter_haberle_influenciam_supremo; acessado em 15/11/2011.

Vale, entretanto, ressaltar que não se está a considerar, para esses efeitos, a corrente doutrinária que afirma prevalecer as forças sociais sobre as forças jurídico-normativas. Mas, sim, a teoria da dinâmica circular entre tais forças, ou seja, a ideia básica defendida por Konrad Hesse para quem Constituição e realidade são interferências múltiplas que, quando combinadas, resultam no fenômeno da força normativa da Constituição.⁴⁴

A separação de poderes ganha, assim, nova perspectiva metódica, pois será informada pela tarefa exigente e indissociável de movimentação das competências constitucionais, de forma colaborativa ou conflitual, em direção à concretização dos direitos fundamentais. Esta é uma das consequências da dogmática objetiva de tais direitos, sobre a qual se vai tratar a seguir.

3.3 Da dogmática jurídico-subjetiva para a dogmática jurídico-objetiva dos direitos fundamentais

Talvez a principal diferença entre o Estado de direito, em sua versão clássica, e o Estado de direitos fundamentais repouse na dogmática dos direitos fundamentais a partir de duas concepções teóricas distintas: na primeira a consideração dos direitos fundamentais como direitos subjetivos e na segunda a consideração dos direitos fundamentais como direito objetivo.

A função múltipla dos direitos fundamentais, já anunciada por G. Jellinek⁴⁵ desde o final do século XIX, revelou-se ainda mais intrincada quando os problemas de direitos fundamentais passaram de meras situações de resolução de conflitos e restrições de direitos individuais e coletivos para direitos individuais homogêneos e difusos.

Esse processo de valorização dos direitos fundamentais também na sua perspectiva objetiva enquadra-se naquilo que foi denominado de uma autêntica

⁴⁴ HESSE, Konrad. *Força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

⁴⁵ *Apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 254 e SS. Cfr também SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11^a ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 157-158.

mutação dos direitos fundamentais⁴⁶ provocada pela “conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal.”⁴⁷

A descoberta de novas funções dos direitos fundamentais constitui problema de natureza essencialmente hermenêutica, pois está vinculado à possibilidade de, por meio da interpretação, serem incorporados novos conteúdos ao programa normativo desses direitos. Nesse sentido, está-se, a partir de tal problemática, reacendendo o eterno dilema representado pela relação dinâmica e dialética entre a norma jurídica e a realidade para a qual se projeta.⁴⁸

Não mais se apresenta satisfatório resolver os casos, sempre difíceis, de restrições e colisões de direitos fundamentais com os métodos clássicos de resolução dos conflitos normativos típicos. Era necessário pensar em alguma metódica mais sofisticada, em termos de construção lógica e argumentativa, para fazer face a uma sociedade cada vez mais informada, conectada e plural.

A dogmática dos direitos fundamentais pela ótica do direito objetivo⁴⁹ informa que tais direitos são também consequências do processo de complexificação da sociedade contemporânea. Já com o fim da segunda guerra mundial, percebeu-se que a reflexão da teoria constitucional deveria assumir a

⁴⁶ A expressão é título da obra de H. H. Rupp, *apud* SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p.151, nota 460.

⁴⁷ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 151.

⁴⁸ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 151.

⁴⁹ Ingo Sarlet, nesse contexto, afirma que “os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.” Cfr. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 143.

premissa de que os direitos fundamentais deixavam sua condição comum de direitos subjetivos, para também ganhar reflexos objetivos, no plano dos institutos e instituições, como verdadeiras garantias objetivas do sistema jurídico-constitucional.⁵⁰

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, nesse contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos.⁵¹

Ora, aquilo que os direitos fundamentais concedem aos indivíduos em termos de autonomia decisória e de ação, eles retiram objetivamente do Estado. Trata-se, portanto, de uma função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo, a qual, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, incluída aí a existência de posições jurídicas fundamentais com normatividade restrita à perspectiva objetiva.⁵²

A discussão sobre a faceta objetiva dos direitos fundamentais conduz à própria função que os direitos fundamentais assumem diante do modelo contemporâneo de Estado constitucional. A crítica de Robert Alexy a essa posição dos direitos fundamentais é direcionada à percepção de Böckenförde sobre os direitos fundamentais.⁵³ Para Böckenförde há duas possibilidades:

⁵⁰Aponta-se como marco histórico alemão desse movimento o Caso Luth. Cf. VALE, Andre Rufino. *50 anos do caso Luth*. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/724/505> Acessado em 6 set 2014. Também mencionado em: SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 143.

⁵¹SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 144-145.

⁵²SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 145.

⁵³Para Böckenförde “no nível das normas-princípios com tendência otimizadora, a ordem jurídica já está inteiramente contida na constituição. Ela apenas carece de uma concretização.” Apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 577.

apreender os direitos fundamentais como princípios e, com isso, optar por um Estado judiciário, ou decidir-se pela limitação dos direitos fundamentais à sua clássica função de direitos de defesa e, com isso, optar por um Estado de direito legislativo.⁵⁴

Robert Alexy ressalta que esta concepção leva a consequências inaceitáveis, afirmando que a função dos direitos fundamentais estaria desnaturada, uma vez que deixariam sua condição limitada de direito subjetivo para tomar lugar de fundamento mesmo de toda a ordem jurídica.⁵⁵

Ora, as anotações de Robert Alexy são exatas, e correspondem de forma precisa ao giro ontológico que os direitos fundamentais sofreram a partir da 2ª guerra mundial. O que não se pode concordar é com a afirmação de que os efeitos das perspectivas irradiante, horizontal e dirigente são nefastos e inaceitáveis pelo fato de romperem com a visão oitocentista destes direitos como direitos subjetivos públicos.

O que Robert Alexy pontua como um sarcasmo⁵⁶, anotado por Ernst Forstthoff, da 'constituição como genoma jurídico', seria exatamente o ponto de partida para ideia, que merece atenção nesse estudo, de que os direitos fundamentais constituem a parte dogmática das constituições contemporâneas e que, por isso, em um modelo de Estado constitucional que se sustenta na

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 577-578, Posfácio (2002).

⁵⁵ Vale o registro literal do autor: "Enquanto os direitos fundamentais clássicos estavam limitados a uma parte do sistema jurídico – a relação entre Estado e cidadão –, os direitos fundamentais enquanto princípios produziram seus efeitos por todo o sistema jurídico. Haveria um efeito irradiador em todos os ramos do direito, o que necessariamente conduziria a uma produção de efeitos dos direitos fundamentais em face de terceiros (ou efeitos horizontais), bem como a conteúdos de direitos fundamentais como proteção, segurança social e organização e procedimento, os quais demandariam uma ação positiva do Estado e não se limitariam – como os direitos clássicos de liberdade – a uma exigência de abstenção estatal." Cfr. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 577, Posfácio (2002).

⁵⁶ A crítica de Robert Alexy nesse particular é mordaz: "Isso corresponderia exatamente àquilo que Forstthoff sarcasticamente chamou de "constituição como genoma jurídico"(...) do que tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros para febre. A compreensão dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização conduziria, assim, a um modelo de constituição com consequências fatais. O legislador parlamentar perderia toda a sua autonomia. Sua atividade esgotar-se-ia na mera constatação daquilo que já foi decidido pela constituição." Cfr. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 577-578, Posfácio (2002).

supremacia da Constituição, os direitos fundamentais assumem posição preeminente.

Dessa forma, também é consequência da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais a ideia de que a teoria constitucional deve, necessariamente, apresentar-se como uma integração do texto e do programa normativo constitucional com o seu âmbito normativo, ou seja, da Constituição como norma com a realidade constitucional normatizada.⁵⁷

Assim, para que o caráter jusfundamental dos direitos fundamentais, considerado a partir dessa visão objetiva, não seja subestimado nem reduzido a uma dimensão meramente valorativa⁵⁸ é preciso destacar a sua força jurídica autônoma.⁵⁹

Um primeiro desdobramento dessa força jurídica autônoma dos direitos fundamentais diz respeito à sua eficácia irradiante, ou seja, os direitos fundamentais, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que aponta para a necessidade de desenvolvimento de uma interpretação conforme

⁵⁷ Nesse sentido cfr. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. Também é essa a concepção dinâmica de Constituição proposta por Konrad Hesse em 'A força normativa da Constituição'. Para este autor: "(...) a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida." Cfr. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

⁵⁸ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 144-145.

⁵⁹ Lembremos o que pensa Ingo Sarlet nesse sentido: "Esse processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais, provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado liberal de Direito para o do Estado social e democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal."Cfr. SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 151.

os direitos fundamentais, a qual, em grande medida, revela-se semelhante à técnica da interpretação conforme a Constituição.⁶⁰

Associada a essa eficácia irradiante encontra-se a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia de tais direitos na esfera privada. Trata-se da ideia de que os direitos fundamentais irradiam efeitos também para as relações privadas, não constituindo direitos oponíveis somente aos poderes públicos.⁶¹ Esta, sem dúvida, é a faceta que tem despertado o maior número de discussões, pesquisas e curiosidades de toda a problemática dos direitos fundamentais.

Por fim, um terceiro e último desdobramento importante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é destacado por Hesse e diz respeito à eficácia dirigente, segundo a qual tais direitos desencadeiam efeitos também em relação aos órgãos estatais, incumbindo-lhes da permanente função de concretização e realização de seu conteúdo essencial.⁶²

Aqui ganham destaque os chamados deveres de proteção do Estado. Tem-se que ao Estado incumbe zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Trata-se, portanto, da incumbência de o Estado adotar medidas positivas com o objetivo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.⁶³

Assim, o efeito dirigente impõe obrigações de todos os níveis, no plano de todas as funções de poder – administrativa, legislativa e judiciária – e exige ações direcionadas à concretização dos direitos fundamentais de todos os

⁶⁰ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 147-148.

⁶¹ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 148.

⁶² SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 146-147.

⁶³ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 149-150.

agentes, órgãos e funções estatais. Trata-se de conseqüência particularmente importante para a reflexão que se propõe no presente trabalho porque horizontaliza e descentraliza a tarefa de concretização dos direitos fundamentais da figura de apenas um dos poderes. Todos têm o mesmo dever e o mesmo direito de impor os direitos fundamentais às suas práticas de poder, o que desqualifica a própria defesa ou crítica da ideia de ativismo judicial.

Por fim, é preciso consignar que os efeitos irradiante, dirigente e horizontal dos direitos fundamentais apresentam-se de diversas formas e tem impulsionado um sem-número de considerações por parte de juristas e estudiosos em geral. A par de já substancial bibliografia sobre as aplicações setorializadas desses efeitos sobre a vida dos direitos, ainda faltam vozes⁶⁴ a afirmar que todo esse complexo de discussões, pesquisas e curiosidades estão envolvidos em uma mesma atmosfera paradigmática, qual seja, a de um Estado constitucional (ou como preferimos: Estado de direitos fundamentais) o qual se apresenta como uma alternativa ao modelo clássico de Estado de direito.

Nesse particular, é imprescindível registrar que o fato de ser uma alternativa não pressupõe contraposição absoluta de premissas. Pelo contrário: assumindo as mesmas e principais premissas⁶⁵ do constitucionalismo clássico dos séculos XVIII e XIX, a proposta do Estado de direitos fundamentais consiste em focar nas constituições e nos direitos fundamentais toda a ideologia, metodologia e teoria jurídicas.⁶⁶

⁶⁴ Não posso aqui deixar de referenciar as obras de LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, e também a clássica obra de SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

⁶⁵ São elas: 1) a submissão do exercício do poder ao Direito e às limitações por este estabelecido para aquele; 2) o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais aos cidadãos, principalmente perante o Estado; 3) e a existência de um pacto, escrito ou não, que formalize a organização em termos funcionais e também a sua distribuição no território.

⁶⁶ Neste ponto há uma intersecção inegável entre as premissas do Estado de direitos fundamentais e as do movimento que se consolidou com o nome de neoconstitucionalismo. A tríplice perspectiva do neoconstitucionalismo pode ser encontrada em: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: un analisis metateórico. Tradução de Miguel Carbonell, in *Revista Isonomia*, n^o 16, abril 2002, p. 89-112. Disponível em: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf. Acessado em 6 set 2014.

Isso implica que ao invés de o jurista lidar cotidianamente com as leis e os códigos, sua referência normativa passa a ser, primordialmente, as constituições⁶⁷, o que pressupõe também um prévio juízo de constitucionalidade de todas as normas jurídicas em concretização. Implica ainda que os direitos fundamentais agreguem à sua versão de direitos subjetivos, uma perspectiva de direito objetivo, irradiando-se para todo o ordenamento jurídico, dirigindo todas as funções estatais e condicionando todas as relações privadas.⁶⁸ Por fim, implica que cada uma das funções do poder exerçam suas competências mediadas intransigentemente pelas normas constitucionais, ou seja, que exista uma interdependência constitucional permanente no exercício das funções de administrar, legislar e julgar.

Não há novidade alguma nessa proposta! Como já venho dizendo há algum tempo: “O que é nova é a metódica de interação entre estas funções, que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais jusfundamentais, o elemento mediador.”⁶⁹ Assim, a ideia de separação de poderes ganha nova dinâmica a partir da premissa de que as funções do Executivo, do Legislativo e do Judiciário atuam em permanente relação de interação, que pode se apresentar sob a forma de cooperação e, por vezes, também sob a forma de tensão e conflito, estando ambas contempladas igualmente no jogo democrático-constitucional.

O deslocamento teórico e metodológico torna-se cada vez mais claro: as interações, cooperativas ou conflituais, entre as funções de poder devem ser avaliadas reciprocamente de uns pelos outros, e o parâmetro para esta avaliação será a teoria geral dos direitos fundamentais, com sua indissociável

⁶⁷ Há autores que referenciam: “das leis às constituições”; “da reserva legal à reserva constitucional”; “ontem os códigos, hoje as constituições”. Por todos vide: LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 61. E também Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998, apud BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 set. 2014, nota 66.

⁶⁸ Para maiores esclarecimentos sobre este assunto vide meu: *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba/PR: Editora CRV, 2014, p. 41-43.

⁶⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba/PR: Editora CRV, 2014, p. 36.

vinculação à proporcionalidade como decorrência do devido processo legal substantivo. Nesse sentido, já refleti em outra oportunidade:

As acomodações entre as funções de poder passam a ser muito mais visíveis e o diálogo muito mais intenso. Assim, não mais se cogita de poderes estanques, com competências bem definidas ou predefinidas, mas poderes interdependentes que constroem coletivamente e cooperativamente suas competências constitucionais na tensão permanente e imanente da força da história e dos acontecimentos. Saem as teorias normativas sobre controle recíproco e entram as teorias descritivas sobre dinâmicas constitucionais limitadoras.⁷⁰

É nesse caminho que seguirá a presente reflexão.

4 DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL

Não me parece necessário discorrer neste estudo sobre o conceito de ativismo e de sua versão mais criticada: o ativismo judicial. Já há bons e densos trabalhos que cuidaram deste mister⁷¹, de modo que seria repetitivo e desnecessário reproduzir o que tanto já há dito. O que se pretende aqui é jogar luzes para o fenômeno do ativismo em um outro contexto: a prática ativista em sua dimensão de ações para a concretização das normas constitucionais, com considerações pontuais sobre a missão institucional do Supremo Tribunal Federal, no Estado de direitos fundamentais brasileiro.

Sempre que a reflexão sobre ativismo judicial vem ao debate, os auditórios se dividem entre os defensores e opositores dessa prática. As

⁷⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba/PR: Editora CRV, 2014, p. 37.

⁷¹ Aqui sugiro a leitura das seguintes: COELHO, Inocêncio Martires. *Ativismo judicial ou criação judicial do Direito?* Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito> Acessado em 6 set 2014; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf Acessado em 25 ago 2014. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Editora Forense/Gen, 2014. MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo, in *Revista de Direito Uerj*, disponível em: <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaodapoliticaentreoinevitaveleoexc> essivo.pdf Acessado em 8 set 2014.

práticas decorrentes do ativismo judicial⁷² costumam inflamar os discursos e não faltam vozes a defender que o legislativo já perdeu seu lugar histórico nas democracias contemporâneas (pelo esgotamento ético de suas práticas políticas nefastas), como também outros bradam não ser o poder judiciário democraticamente legitimado para a tarefa de ditar regras de convívio social (pela falta do processo de eleições de seus membros).

E a estes dois argumentos mais comuns se somam tantos outros, os quais tentam encontrar soluções estáticas, de preferência únicas e apodíticas, para o problema da regulação, necessariamente dinâmica, da vida em sociedade. Se a questão central do constitucionalismo do final do século XVIII e início do século XIX era legitimar o povo-nação para esta tarefa, podemos dizer que nada mudou desde então. A diferença importante está no fato de que, naquele momento histórico, a aposta no poder legislativo como a função de poder mais hábil e legitimada para representar o povo-nação e desincumbir-se de tal missão não convence mais, ou, pelo menos, não convence a todos mais.

Está-se discutindo, como que em uma encruzilhada, buscando-se compreender e defender, cada um a seu modo, quais seriam os caminhos mais viáveis para as democracias contemporâneas. De certo, não é nos discursos inflamados e monológicos que se encontram as melhores opções, pois as alternativas para uma análise crítica satisfatória sobre o tema do ativismo judicial – contemplando suas vantagens e desvantagens – deve ocorrer de forma equilibrada e dialética, pois todos os pontos de vista merecem igual respeito e consideração.

Para homenagear um dos meus mais próximos interlocutores acadêmicos dos últimos anos – Carlos Ayres Britto – gostaria de propor um deslocamento da questão do ativismo judicial para o ativismo constitucional, a partir de uma afirmação já repetida inúmeras vezes por Ayres Britto: “O ativismo no Brasil é da Constituição e, não, dos juízes!”. Duas perguntas surgem

⁷² Dentre elas destaco: as decisões de caráter aditivo, a interpretação conforme a Constituição, as decisões de procedência no caso de omissões inconstitucionais, a edição de súmulas vinculantes, as decisões vinculativas em casos com repercussão geral reconhecida, dentre outras.

nesse contexto: o que é o ativismo constitucional (ou da Constituição como diz Ayres Britto)? E também o que significa deslocar a reflexão do ativismo judicial para o ativismo constitucional?

O ativismo constitucional é toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações, sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais jusfundamentais em todas as práticas de poder, seja pelo administrador público, seja pelo legislador, seja pelo juiz.

O deslocamento de um ativismo judicial para um ativismo constitucional propõe olhar a prática ativista como inerente às funções de poder exercidas há mais de dois séculos no contexto do Estado constitucional. Isso significa enfrentar todos os problemas advindos das práticas judiciais invasoras ou positivas – registrando aqui oposição às práticas judiciais auto-contidas e negativas – pelo olhar ideológico intransigentemente comprometido com a dogmática dos direitos fundamentais; pelo olhar teórico de um constitucionalismo forte que se apresenta como alternativa teórica ao positivismo jurídico clássico (final do século XIX e primeira metade do século XX) e, finalmente, pelo olhar metodológico de práticas concretizadoras comprometidas com a máxima eficácia das normas constitucionais jusfundamentais.⁷³

Assume-se, portanto, o ativismo judicial como parte integrante e inerente de ativismos legislativos e administrativos necessários para o exercício das competências constitucionalmente distribuídas entre os poderes. Seus limites, seus excessos e suas potencialidades devem ser enfrentados a partir da premissa de que somente os demais órgãos de poder têm poderes, no jogo democrático, para estabelecer os limites e conter eventuais excessos dessa prática que, se monopolizada por qualquer dos interlocutores, apresenta-se inadequada a qualquer versão de constitucionalismo.

⁷³ Sobre a visão tripartite de neoconstitucionalismo vide: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: un analisis metateórico. Tradução de Miguel Carbonell, in *Revista Isonomia*, nº 16, abril 2002, p. 89-112. Disponível em: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf. Acessado em 6 set 2014.

Nesse contexto, assume-se, pelo aqui denominado ativismo constitucional, que não se pode evitar as práticas ativistas no Estado constitucional, pois elas são inerentes ao próprio exercício de poder constitucionalmente reconhecido pela Constituição. O que se almeja é refletir sobre estas práticas ativistas na realidade constitucional a partir dos dados concretos e evidenciar que fora do devido processo legal (adjetivo e substantivo), fora da concretização das normas constitucionais jusfundamentais e da argumentação justificadora não há caminhos para coibir eventuais abusos e excessos.

Para tentar contribuir com este debate, vai-se apresentar o ativismo constitucional, como alternativa ao debate do ativismo judicial, a partir de três perspectivas: a da razão ativista (ativismo constitucional ideológico); a da postura ativista (ativismo constitucional teórico); e a da atitude ativista (ativismo constitucional metodológico).

4.1 Ativismo constitucional ideológico: razão ativista.

Para considerarmos o ativismo constitucional, sob a perspectiva ideológica, é preciso ter em mente que existe um fundamento racional para considerarmos a Constituição como uma ordem objetiva de valores. Isso também implica assumir que não se trata de uma ordem de valores qualquer, mas de uma ordem de valores jusfundamentais.

Em primeiro lugar, vale lembrar que a doutrina constitucional já não é recente quanto a apontar, no quadro das possíveis teorias dos direitos fundamentais⁷⁴, a teoria da ordem de valores como aquela que pressupõe a vinculação de todo o ordenamento jurídico aos direitos fundamentais.⁷⁵ Assim, os direitos fundamentais, vistos a partir dessa teoria, apresentam-se como

⁷⁴ Para uma visão mais ampla, no bojo da teoria geral dos direitos fundamentais, acerca das teorias dos direitos fundamentais vide meu: *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

⁷⁵ Sobre o efeito irradiante dos direitos fundamentais como uma decorrência da perspectiva objetiva, vide: SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 147.

valores de caráter objetivo a irradiar seus efeitos para todos os campos do saber e do fazer jurídicos, deixando a sua condição clássica de direitos subjetivos ou de meras pretensões subjetivas.

Em segundo lugar, é preciso registrar que concebidos os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva, dotada de unidade material e na qual se insere o próprio sistema de pretensões subjetivas, deduz-se que o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois que os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objetivos através da realização dos quais se alcança uma eficácia ótima dos direitos, sejam eles subjetivos ou não, e se confere um estatuto de proteção aos cidadãos.⁷⁶

Assim, a principal virtude da concepção objetiva dos direitos fundamentais reside no fato de reconhecer às constituições – e as suas normas jusfundamentais – força normativa irradiante para todos os problemas jurídicos, comprometendo tanto a dogmática (no plano analítico, empírico ou hermenêutico⁷⁷) quanto à filosofia constitucionais com a teoria geral dos direitos fundamentais.

No plano ideológico, portanto, o ativismo constitucional seria aquele inevitavelmente comprometido com a concretização dos direitos fundamentais em todos os âmbitos da vida jurídica⁷⁸, exigindo dos ativistas constitucionais (sejam juízes, legisladores, administradores, órgãos auxiliares da Justiça, ativistas da sociedade civil organizada, etc) um discurso justificador de suas ações e decisões estritamente vinculado à tarefa de tornar efetivos esses direitos.

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 1397.

⁷⁷ Sobre o que significa a dogmática constitucional vide meu: Dogmática Constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudos e pesquisa em Direito Constitucional do século XXI, in *Revista Direito Público*, Brasília, jul/set 2007, p. 85-112.

⁷⁸ Não há como deixar de registrar aqui a correspondência dessa perspectiva com o efeito irradiante dos direitos fundamentais. Lembro que “Um primeiro desdobramento dessa força jurídica autônoma dos direitos fundamentais diz respeito à sua eficácia irradiante, ou seja, os direitos fundamentais, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que aponta para a necessidade de desenvolvimento de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, a qual, em grande medida, revela-se semelhante à técnica da interpretação conforme a Constituição.” Vide tópico 3.3 do presente artigo.

Uma das críticas mais consistentes dirigidas contra a teoria da ordem de valores é a de que a ordem de valores pode transformar os direitos fundamentais num sistema fechado, separado do resto da Constituição.⁷⁹ Seria o reconhecimento de hierarquia entre normas constitucionais originárias, e de uma preferência hierárquica pelos direitos fundamentais em relação às demais normas constitucionais.⁸⁰

Aqui também merece atenção a crítica de Canotilho no sentido de que “a ordem de valores abre o caminho para a interpretação dos direitos fundamentais desembocar numa intuição espiritual, conducente a uma tirania de valores, estática e decisionista.”⁸¹ É a vetusta crítica ao decisionismo e a todas as suas consequências nefastas.

Por fim, há também a crítica apontando para uma possível relativização desses direitos, considerando que, por esta visão, tais direitos estão perenemente submetidos a controle interpretativo por meio de uma pauta de valores que pode ser arbitrariamente conformada.⁸² A discussão sobre o enfraquecimento dos direitos fundamentais pela possibilidade de sua relativização nos casos concretos já é bastante conhecida e de muitas maneiras enfrentadas. A construção dialética e cooperativa desses direitos pelos mais diversos atores sociais é a única forma que enfrentar o problema da relativização, pois somente o efetivo controle recíproco será capaz de minimizar os efeitos negativos da relativização.

⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 1397.

⁸⁰ Aqui poderia abrir uma vetusta discussão sobre a hierarquia entre normas constitucionais originárias. Não há espaço teórico – nem editorial – para tal controvérsia no presente artigo, de modo que vou me limitar a afirmar que no Brasil a tese da hierarquia não foi acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, não há que se falar em hierarquia, mas em alguma diferenciação funcional, ou seja, compreensões que diferenciam as normas-regras constitucionais das normas-princípios constitucionais. Acho, pessoalmente, que todas as diferenciações e classificações, nesse contexto, não contribuem para o cerne do debate constitucional, preferindo assumir a controversa premissa de que todas as normas constitucionais são jusfundamentais, e, por isso, irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 1397.

⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 1397.

Todas as críticas apontadas são riscos reais do processo de concretização irradiante dos direitos fundamentais, inerentes à percepção de que não há como divorciar o processo de realização desses direitos do elemento volitivo a ele subjacente. A concretização dos direitos fundamentais, bem como o compromisso com esta concretização, dependem da vontade de realização da própria Constituição, bem próximo daquilo que Konrad Hesse chama de 'vontade de constituição'.⁸³

Isso significa que o ativismo constitucional implica, sim, em uma decisão ideológica dos intérpretes constitucionais no sentido de firmar compromisso intransigente com os valores constitucionalizados pelo legislador constituinte originário e derivado. E também que a pauta de valores constitucionais jusfundamentais passa a ser, sim, o parâmetro de interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico-constitucional, incluindo as próprias normas de direitos fundamentais e, para aqueles que as distinguem, as demais normas constitucionais.

Diante desse contexto, ao invés de negar a relevância das críticas formuladas ou de tentar refutá-las uma a uma, o ativismo constitucional ideológico enfrenta as suas dificuldades assumindo-as como parte do próprio processo de realização das normas jusfundamentais, ou seja, o risco de hierarquização dos direitos fundamentais no plano normativo constitucional; o risco de arbitrariedades e tiranias dos valores no processo de interpretação constitucional; e o risco de relativização insustentável dos direitos fundamentais diante das peculiaridades e pressões do caso concreto, dentre outros, são os limites reflexivos da prática constitucional ativista, no seu sentido ideológico.

Tais riscos alertam para as armadilhas que as práticas ativistas podem submeter seus agentes, de modo que o ativismo constitucional, no plano ideológico, presume visão crítico-reflexiva como premissa inafastável da razão jusfundamentadora. Em outras palavras, o ativismo constitucional ideológico

⁸³ Vide HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

constitui a própria razão que justifica a postura ativista (ativismo constitucional teórico) e também a atitude ativista (ativismo constitucional metodológico). É sobre estas – postura e atitude ativistas constitucionais – que tratam os tópicos subsequentes.

4.2 Ativismo constitucional teórico: postura ativista.

Talvez o aspecto mais significativo do ativismo constitucional seja o teórico. A postura ativista tem conduzido a muitas reflexões, especialmente diante do embate que atualmente se apresenta em evidência entre o constitucionalismo clássico (Estado de direito) e o chamado neoconstitucionalismo (Estado constitucional).⁸⁴ Em verdade, tal embate, no plano teórico, representa uma primeira tentativa de proporções realmente relevantes de superação da dicotomia teórica juspositivismo/jusnaturalismo.

Muitos autores brasileiros e estrangeiros, desde os últimos anos do século XX, mas principalmente nestes primeiros anos do século XXI, têm dedicado suas reflexões acadêmicas ao chamado neoconstitucionalismo.⁸⁵ O neoconstitucionalismo apresenta-se, na visão do professor Luís Roberto Barroso, como consequência da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo.⁸⁶ Por tal fenômeno pode-se entender

a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.⁸⁷

⁸⁴ Como uma obra que retrata de forma séria e fiel o referido embate recomendo leitura: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸⁵ Um dos melhores trabalhos compilatórios acerca do que já se produziu em torno da temática é o de: MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

⁸⁶ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro, in RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 300.

⁸⁷ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro, in RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de

Na verdade, como já afirmei outras vezes, o neoconstitucionalismo não propõe rompimento com o constitucionalismo, mas uma releitura de suas propostas fundamentais, a partir de um novo paradigma o qual põe em destaque o sujeito (perspectiva humanista) como elemento central de toda a reflexão científica. Nesse contexto, o ser humano passa a ser o eixo de todas as discussões, o que no direito é evidenciado pelo próprio tratamento que se deu aos direitos civis, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, a partir da segunda guerra mundial (segunda metade do Século XX).

A questão inicial que se coloca neste contexto de reflexão é qual a relação entre dignidade a pessoa humana e ativismo constitucional fundado na razão jusfundamental? A dignidade humana apela a uma referência cultural e social múltipla e plural, recolhida pragmaticamente de sugestões filosóficas e doutrinárias de diferentes esferas, com diferentes causas e consequências.⁸⁸ Não pode ser desconsiderada como métrica hermenêutica do intérprete e concretizador de direitos fundamentais.

Diante dessa lógica, o direito constitucional ganha nova centralidade normativa, abandonando o paradigma constitucional inauguralmente consolidado para reconhecer-se como um direito constitucional dos direitos fundamentais. E mesmo aqueles que assumem a posição de reconhecer ao direito constitucional uma qualidade destacada de direito individualizador dos princípios estruturantes e conformadores da ordem jurídica, tem o ônus colocar-se em diálogo com as pressões da teoria crítica contra o normativismo constitucional fundamentador.⁸⁹

O que ainda parecem intactos e incandescentes são problemas constitucionais mais típicos relacionados à concretização, sempre tensa e complexa, dos direitos fundamentais, de modo que sempre haverá algum espaço para a teoria e a pragmática dos direitos fundamentais nessa seara.

(org.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 300.

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 180-181.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 186.

Talvez seja por estarem atentos, ainda que sob um outro viés, a essa realidade é que já se apresenta há mais de três décadas, como um lugar comum na Alemanha, que autores como Peter Häberle⁹⁰ e Martin Kriele⁹¹ preferiram a expressão Estado constitucional a Estado de direito, assim como na Itália, Grã-Bretanha e Espanha, também se busque compreender o novo significado da expressão 'Estado constitucional' democrático⁹², como aquele que tem compromisso evidente com a concretização dos direitos fundamentais.

Não se pretende desconstruir o paradigma oitocentista de direito constitucional por meio da invocação do princípio da dignidade da pessoa humana, mas chamar a atenção para a vinculação inafastável e os efeitos indelévels que a presença deste princípio provoca no Estado constitucional comprometido com os direitos fundamentais, o qual tenho chamado de Estado de direitos fundamentais. Muito embora conheça a ampla e respeitável crítica que se faz ao uso (e abuso) da invocação do princípio da dignidade humana como fundamento jurídico-constitucional normogenético para reconhecer os mais diversos direitos fundamentais, isso não pode significar a negação de sua existência e importância nos ordenamentos jurídico-constitucionais hodiernos.

O que tem assombrado os constitucionalistas e críticos do princípio da dignidade humana pode ter mais vinculação com o receio quanto aos riscos do ativismo judicial – e conseqüentemente o poder que se acabou por conceder ao poder judiciário de reconhecer e até de criar direitos fundamentais – do que com a concretização do princípio em si. Ao propor um giro na reflexão sobre ativismo judicial para uma reflexão sobre ativismo constitucional pretende-se evitar os excessos da maléfica concentração de poder na figura dos juízes.

⁹⁰ HÄBERLE, Peter. El estado constitucional, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

⁹¹ KRIELE, Martin. Introducción a la teoría del Estado - fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático, trad. Eugenio Bulygin. Buenos Aires - Argentina: Ediciones Depalma, 1980.

⁹² Na oportunidade, Pérez Luño alude aos autores italianos Antonio Baldassare, Stéfano Rodotà e Gustavo Zagrebelsky, os espanhóis Aguiar de Luque, De Agapito, Nieto e Sánchez Ferriz e os colombianos García Pascual, Pena Freire, Rubio Llorente e Manuel García Pelayo, que se atêm ao debate do novo significado da expressão "Estado constitucional". LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 58-59.

Acredito que as práticas constitucionais influenciadas pelos efeitos irradiante, dirigente e horizontal do princípio da dignidade da pessoa humana não são contestadas em virtude do princípio em si, ou da qualidade das normas dele derivadas – sejam elas de direitos fundamentais ou não – mas da insegurança e complexidade de um sistema de direitos que se reproduz desordenadamente. E o pior, que se reproduz em sentenças de juízes que não são aprioristicamente legitimados para tal tarefa, nem se preocupam com a legitimação discursiva da empreitada que estão assumindo.

Porém, o ativismo constitucional, no plano teórico, dá suporte ao antídoto para este problema, pois diferentemente das correntes realistas, o neoconstitucionalismo, não supera o aspecto normativo do positivismo, porque com ele compartilha a premissa de que direito é norma (premissa básica do raciocínio de Hans Kelsen). Nem o juiz, nem o administrador, nem mesmo o legislador pode afastar-se dos comandos normativos básicos (e aqui, por óbvio, estamos a falar da Constituição como norma suprema) sem o crivo do devido processo legal substantivo.

Assim, o ativismo constitucional teórico, fundado nesse pressuposto humanista, propõe alternativas para algumas dificuldades enfrentadas pelo positivismo, mas sem negar-lhe o pressuposto básico do devido processo legal: i) direito é norma, porém não mais apenas a norma fechada cuja aplicação ocorre na metodologia do tudo ou nada (teoria das regras), mas também a norma aberta, ou seja, aquela que admite metodologias de ponderação e escolhas (teoria dos princípios); ii) direito é norma que se fundamenta na dignidade da pessoa humana, de modo que o devido processo legal, sustentáculo de todo o edifício juspositivista, ganha preeminência na sua versão substantiva, ou seja, toda aplicação da norma passa pelo crivo metodológico da proporcionalidade/razoabilidade; iii) por fim, direito é norma, mas tal norma não é somente aquela que provém do processo legislativo típico (de autoria exclusiva do legislador), mas normas que também são provenientes de outras decisões de poder, tais como do Judiciário e do Executivo.

Assim sendo, não há como negar o fato de que há mudanças substanciais em curso e em consolidação. Entretanto, é preciso discordar dos argumentos alarmistas de que as rupturas são tão radicais quanto inconciliáveis com a premissa central juspositivista, qual seja, a de que o objeto do direito é a norma jurídica. O que tem ocorrido, e nisso reside toda a diferença, é que ao ressignificar a própria concepção de norma jurídica, bem como a sua metodologia de aplicação, revelam-se as novidades mais evidentes.

Neoconstitucionalismo, a partir das considerações até aqui feitas, sim, pode ser apresentado como um novo paradigma para o jurista, dando sustentação ao ativismo constitucional no plano teórico. Porém, é preciso deixar claro que a novidade não reside no rompimento com a teoria normativa do direito e da Constituição, mas no deslocamento da teoria da norma como regra para a teoria da norma como princípio.⁹³ Esse é o ponto central e mais importante da novidade teórica.

Como reflexos mais específicos dessa novidade para a seara do direito constitucional podem ser enunciados: i) o deslocamento da teoria dos direitos fundamentais como direitos subjetivos para a da teoria dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores constitucionais; e ii) o deslocamento da centralidade normativa exclusiva da figura do legislador para uma descentralização da produção normativa também para os demais órgãos que exercem função de poder (como o Judiciário e o Executivo) e até por atores não-estatais ou quase-estatais com influência política em seus âmbitos (como entidades e organizações nacionais e internacionais).

Assim, a postura ativista constitucional, no plano teórico, pode ser equiparada à postura que tem sido chamada de neoconstitucionalista, muito embora seja preciso reconhecer que ainda há uma grande confusão semântica

⁹³ Sobre este deslocamento tratei em: SILVA, Christine Oliveira Peter da; GONTIJO, A. P. Interpretação constitucional à luz da comunidade de princípios. In: Christine Oliveira Peter da Silva; André Pires Gontijo. (Org.). *Estudos Constitucionais*. Brasília: UniCeub, 2014, p. 1-22.

no vocábulo neoconstitucionalista⁹⁴, o que em certa medida enfraquece a própria equiparação aqui sugerida.

De todo modo, em resumo, diga-se do ativismo constitucional teórico que é aquela postura do jurista comprometido com a teoria normativa dos princípios, por ser a mais adequada para a concretização dos direitos fundamentais; com a perspectiva irradiante, dirigente e horizontal das normas constitucionais jusfundamentais, reconhecendo que além de direitos subjetivos os direitos fundamentais também compõem uma ordem objetiva de valores; e, por fim, com a dinâmica e interdependente função concretizadora das normas constitucionais, o que importa reconhecer que nenhuma das funções de poder é intérprete solipsista dos direitos fundamentais, devendo todos eles atuarem, em suas respectivas competências constitucionais, para a máxima efetividade da Constituição e seus preceitos.

4.3 Ativismo constitucional metodológico: atitude ativista.

O ativismo constitucional, no plano metodológico, implica uma atitude ativista cujas ações e procedimentos metódicos conduzam sempre à concretização de direitos fundamentais. É a hermenêutica específica dos direitos fundamentais, a qual pressupõe um raciocínio metódico irremediavelmente vinculado ao devido processo legal substantivo, ou seja, ao que se convencionou chamar de princípios da proporcionalidade ou razoabilidade.

Toda concretização de direitos fundamentais implica um raciocínio metódico que envolve, em alguma medida, restrições, concorrências ou colisões desses direitos.⁹⁵ A afirmação de que não há direitos fundamentais absolutos decorre exatamente da dinâmica de sua concretização, uma vez que no amplo universo desses direitos apresenta-se inevitável o confronto dos âmbitos de

⁹⁴ As principais críticas dirigidas ao neoconstitucionalismo devem-se à confusão semântica sobre os seus pressupostos. Por todos vide: STRECK, Lenio Luiz. *Contra o neoconstitucionalismo*, in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2011, n. 4, jan-jun, p. 9-27.

⁹⁵ Sobre uma abordagem detalhada sobre a as metódicas de colisão, concorrência e restrição de direitos fundamentais, vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 1268-1284.

proteção de diversos direitos, sejam de um mesmo titular (concorrência), sejam de titulares diferentes (colisão), o que irá desembocar em uma ou mais práticas de restrição.

A concorrência de direitos fundamentais ocorre quando um comportamento de um mesmo sujeito de direitos fundamentais preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. Existem várias formas de concorrência. A primeira delas ocorre quando se configura um cruzamento de direitos fundamentais, ou seja, o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos fundamentais. Outra forma de concorrência verifica-se com a acumulação de direitos: aqui não é um comportamento que pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si, mas, sim, um determinado bem jurídico a qual leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais.⁹⁶ Canotilho afirma que “o problema da concorrência de direitos oferece dificuldades quando os vários direitos concorrentes estão sujeitos a limites divergentes, devendo determinar-se qual, dentre os vários direitos, assume relevo decisivo.”⁹⁷

Já a colisão de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular, sendo neste caso considerada uma colisão autêntica. Por outro lado, há uma colisão imprópria de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos. O professor José Carlos Vieira de Andrade, tratando das colisões de direitos fundamentais, ensina que haverá colisão sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta, ou seja, sempre que a esfera de proteção de um determinado direito for

⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 1268-1269.

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 1269.

constitucionalmente protegida de modo a intersectar a esfera de outro direito igualmente fundamental e constitucional.⁹⁸

Dentre as formas de solução para as colisões de direitos fundamentais há duas mais comuns: o estabelecimento de uma hierarquia interna entre as normas de direitos fundamentais, mediante a declaração da norma mais importante que deve prevalecer; ou, a mais aceita e adequada pela observância do princípio da unidade da Constituição, o juízo de ponderação de valores para restringir-se um direito fundamental em favor do outro diante do caso concreto.

Considerando que, no Brasil, não vingou a tese da hierarquia entre normas constitucionais⁹⁹, não há como afastar-se metodologicamente do juízo de ponderação como meio de tornar concretos os comandos jusfundamentais. Há controvérsias doutrinárias e críticas ao método de ponderação¹⁰⁰ como atitude metodológica adequada para a concretização de direitos fundamentais, porém, continua sendo esta técnica a que mais se recorre quando direitos fundamentais estão em colisão ou concorrência, sendo necessária a restrição do âmbito de proteção de um ou mais direitos envolvidos.

A atitude ativista, nesse âmbito, implica um ônus argumentativo para justificar as ações e decisões a serem tomadas, pois sempre que se está diante da necessidade de reconhecimento da prevalência de um direito fundamental em detrimento de outro, é preciso construir um discurso fundamentado e convincente sobre a decisão tomada, não sendo possível assumir a premissa falaciosa de que somente argumentos jurídicos (e irrefutáveis) estarão em jogo.

Por mais que esta atitude seja complicada do ponto de vista da legitimidade do sujeito-concretizador das normas constitucionais

⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p.220.

⁹⁹ Quem se interessar pela doutrina correspondente, vide: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁰⁰ Para uma visão crítica com base na doutrina procedimentalista, por todos vide: BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, vol. 13, n. 2, jul-dez 2008.

jusfundamentais, é fato inegável que o discurso justificador assume, pela utilização da técnica de ponderação, premissas fáticas exclusivamente vinculadas ao caso concreto e às suas circunstâncias. Dessa construção é que nascem os precedentes constitucionais.

Por isso que a conclusão a que se chega, no contexto do ativismo constitucional sob o prisma metodológico, é que a concretização de direitos fundamentais implica o reconhecimento de uma ponte entre as esferas do direito e da moral. Não se trata da colonização de uma esfera pela outra, mas de uma interação dinâmica e transparente dos argumentos que compõem a justificação de preferência de um aspecto do âmbito de proteção de um direito fundamental em detrimento do igualmente relevante aspecto do âmbito de proteção do outro direito fundamental desprestigiado.

Os limites das restrições impostas serão sempre confrontados com o parâmetro do devido processo legal substantivo, ou seja, pela proporcionalidade – e seus subcritérios da adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito – ou pela razoabilidade – e seus subcritérios de equidade, congruência e equivalência.¹⁰¹ Trata-se de uma metódica complexa, não há como negar, porém o exercício cotidiano do jurista comprometido com os direitos fundamentais torna a sua atitude inclinada às ações e procedimentos necessários para o seu exercício.¹⁰²

Essa é uma mudança significativa de atitude para o jurista comprometido com a dogmática constitucional, especialmente com a dogmática dos direitos fundamentais, tendo como principal conseqüência, no plano da linguagem, o deslocamento da discussão da tradicional dicotomia metódica sintática versus semântica, para uma metódica pragmática – no sentido que o termo é usado na lingüística/semiótica – prenhe de complexidade e problemas. Isso quer dizer que não há como fugir, no âmbito da pedagogia constitucional, de um espaço

¹⁰¹ Sobre esta classificação, por todos vide: ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹⁰² Uma proposta que se aproxima daquilo que considero uma postura adequada acerca da aplicação da proporcionalidade como decorrência da dogmática dos direitos fundamentais pode ser encontrada em: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *in Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 23-50.

necessariamente a ser ocupado com a metódica de aplicação e racionalização do processo de concretização dos direitos fundamentais, sob a perspectiva da compreensão (hermenêutica) e da comunicação/linguagem (argumentação).

Isso porque a atitude ativista constitucional, nesse contexto, não pode assumir conotação de ação arbitrária e monológica, nem pode pressupor suas próprias razões. As razões devem ser sempre apresentadas e reapresentadas, detalhadas e minuciosamente compostas, pois o discurso justificador da técnica de ponderação deve ter como objetivo uma quanto maior possível transparência das premissas envolvidas, sob pena de converter-se em um ativismo constitucional arbitrário e nefasto, o que, por óbvio, não se sustenta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema do ativismo judicial, se considerado a partir do paradigma do Estado de direitos fundamentais, não pode reproduzir as críticas e perplexidades que a doutrina clássica do Estado de direito vem fazendo aos magistrados constitucionais brasileiros. Isso porque os problemas decorrentes do ativismo judicial devem ser recolocados na pauta dos juristas em confronto com a realidade que se descortina para as sociedades do século XXI.

Assim, ao invés de focar no ativismo protagonizado somente por juízes propõe-se reflexão sobre os ativismos também protagonizados por outros interlocutores do poder. Não pode haver monopólio do executivo (Estado de direito executivo), nem do legislativo (Estado de direito legislativo), nem muito menos do judiciário (Estado de direito judiciário) quanto à concretização da Constituição, especialmente de suas normas jusfundamentais, de forma que a razão, a postura e a atitude ativistas também não podem ser exclusivas do juiz.

No Estado de direitos fundamentais, diz-se que a tarefa de concretizar a Constituição busca um sentido substancial das normas constitucionais jusfundamentais, o que implica assumir que a mediação concretizadora da Constituição necessariamente há que ser uma tarefa compartilhada entre todos os órgãos de poder (funções executiva, legislativa e judiciária) e também entre estes e a sociedade civil organizada.

Assim sendo, os deslocamentos ideológico, teórico e metodológico propostos neste trabalho supõem que as interações, cooperativas ou conflituais, entre as funções de poder do Estado e também entre aquelas e as da sociedade civil organizada devem ser avaliadas e controladas reciprocamente envolvendo ativismo constitucional de todas as funções públicas em direção à realização da máxima eficácia das normas constitucionais jusfundamentais.

O parâmetro para esta avaliação e controle será a própria dogmática dos direitos fundamentais, com sua indissociável vinculação à proporcionalidade – devido processo legal substantivo – como decorrência de uma visão substantiva da Constituição, o que implica desdobramentos ideológicos, teóricos e metodológicos para a realização dinâmica das normas constitucionais jusfundamentais.

Assim, como uma das principais conclusões do presente trabalho, tem-se que o ativismo judicial apresenta-se como parte integrante e inerente de outros ativismos constitucionais – como o legislativo e administrativo, por exemplo – os quais são imprescindíveis, em seu conjunto e nas suas tensões, para o exercício das competências constitucionalmente distribuídas.

E, por fim, diga-se que eventuais limites, excessos e potencialidades do ativismo judicial devem ser enfrentados a partir da premissa de que somente os demais órgãos de poder têm força, no jogo democrático, para estabelecer os limites e conter eventuais abusos cometidos em nome dessa prática que, se monopolizada por qualquer um dos interlocutores, apresenta-se inadequada a qualquer versão de constitucionalismo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.

ÁVILA, Humberto Bergman. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 13ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2012.

BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais. Coimbra: Almedina, 2008.

BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther, in *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, vol. 13, n. 2, jul-dez, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf Acessado em 25 ago 2014.

_____. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro, in RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.;

BASILE, Juliano. Entrevista com Peter Haberle, in *Valor Econômico – Suplemento Eu & Fim de Semana*, 22/11/2008, apud *Revista Eletrônica Conjur*, disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses_alemao_peter_haberle_influenciam_supremo; acessado em 15/11/2011.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

_____. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in *Revista de Direito Público*, ano XIV, julho/dez 1981.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Editora Forense/Gen, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

_____. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

COELHO, Inocêncio Martires. *Ativismo judicial ou criação judicial do Direito?* Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito> Acessado em 6 set 2014;

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: un analisis metateórico*. Tradução de Miguel Carbonell, in *Revista Isonomia*, nº 16, abril 2002, p. 89-112. Disponível em:

http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf. Acessado em 6 set 2014.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf> Acessado em 1 set 2014.

HÄBERLE, Peter. El estado constitucional, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KRIELE, Martin. Introducción a la teoría del Estado - fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático, trad. Eugenio Bulygin. Buenos Aires - Argentina: Ediciones Depalma, 1980.

KUHN, Thomas. Estrutura das revoluções científicas, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 10ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2010.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo, in Revista de Direito Uerj, disponível em: <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaodapoliticaentreoinevitaveleoexcessivo.pdf> Acessado em 8 set 2014.

MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, Andre Ramos (Org). Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos. São Paulo: Saraiva, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RUBIO, David Sanches; FLORES, Joaquim Herrera. CARVALHO, Salo de (org.) Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SALDANHA, Nelson. Formação da Teoria Constitucional, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Christine O. Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (org). Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais – Estudos em homenagem a Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. Dogmática Constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudos e pesquisa em Direito Constitucional do século XXI, in Revista Direito Público, Brasília, jul/set 2007, p. 85-112.

_____. Hermenêutica de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

_____. Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais. Curitiba/PR: Editora CRV, 2014.

_____. GONTIJO, A. P. Interpretação constitucional à luz da comunidade de princípios. In: Christine Oliveira Peter da Silva; André Pires Gontijo. (Org.). Estudos Constitucionais. Brasília: UniCeub, 2014, p. 1-22.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, in Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 23-50.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo, in Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2011, n. 4, jan-jun, p. 9-27.

VALE, Andre Rufino. 50 anos do caso Luth. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/724/505> Acessado em 6 set 2014.

VILE, M. J. C. Constitucionalismo y separación de poderes. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

DEMOCRACIA: MITO OU UTOPIA?

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha ¹

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O desenvolvimento do Estado democrático de direito vincula-se, indissociavelmente, às revoluções burguesas do século XVIII. Contestatárias e transformadoras, tais revoluções simbolizaram a negação a um determinado modelo de sociedade, cuja síntese provocou profundas redefinições nas relações de poder.

O Estado absolutista, de estrutura estamental rígida, caracterizava-se pela divisão em três classes: clero, nobreza e plebe. As duas primeiras, tidas como superiores, participavam da administração chefiada pelo monarca. “O Estado moderno, em sua forma monárquica e absolutista, constitui praticamente o tipo dominante no mapa político europeu dos séculos XVII/XVIII”.²

Todos os indivíduos eram considerados súditos, conceito que se contrapõe à definição atual de cidadão.³ Seu papel consistia em zelar pelo

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa. Ministra do Superior Tribunal Militar. Professora do UniCEUB

² FALCON, Francisco José Calazans, **A época pombalina: política econômica e monarquia ilustrada**, São Paulo, Ática, 1982, p. 34.

³ “Ao rascunhar o texto da Declaração de Independência, Thomas Jefferson lançou-se a enumerar as queixas dos súditos de George III, como o fizera na Constituição da Virgínia. Durante o trabalho, porém, o revolucionário percebeu que a palavra “súdito” era imprópria para descrever os habitantes da nova Nação. Precisava de algum outro termo para aplicar aos homens livres que estavam em vias de fazer nascer a República. Procurando pelo substantivo que mais de perto exprimissem sua compreensão do *status* dos colonos em rebelião, inseriu a palavra “cidadão”, que em sua mente se vinculava vagamente aos antecedentes romanos. Mais tarde, durante a Revolução Francesa, os súditos rebeldes de Luís XVI tomaram-na emprestada e disseminaram-lhe o uso pelo mundo” HANDLIN, Oscar, **A verdade na história**, São Paulo: Martins Fontes-Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982, pp. 159-160.

engrandecimento do Estado e do rei, detentor do monopólio da administração, do comércio e de outras atividades econômicas, bem como da lei e da justiça.⁴

Em termos econômicos, a posição dos indivíduos era diferenciada pela condição de proprietário de terras, ou seja, dos feudos. Clero e nobreza compunham a elite de senhores feudais, enquanto os não-proprietários formavam a plebe. O próprio rei, senhor eminente de bens e pessoas, recebia dos detentores de terras lealdade e obediência. “É fato sabido que o monarca moderno não deixa de ser ele também um senhor feudal, se bem que o mais poderoso de todos os senhores feudais”.⁵

Era uma sociedade caracterizada fundamentalmente por laços de compromissos solenemente assumidos entre os seus integrantes, numa espécie de cadeia que se iniciava no rei e terminava na plebe.

A crença na origem divina do poder real compunha a base ideológica do absolutismo, num ambiente culturalmente marcado pelo predomínio do catolicismo. Para o indivíduo daquele tempo, obedecer o rei significava viver sob os desígnios divinos. Estado e Igreja constituíam-se nas mais importantes instituições sociais durante todo o período medieval, integradas culturalmente numa Europa fracionada com o fim do Império Romano do Ocidente. A própria formação dos Estados Nacionais demandou esforços contra as pretensões universalistas da Igreja Católica e o poder local dos senhores feudais.

⁴ Segundo Carl Schmitt, “En el continente europeo, en España, Francia y en los Estados territoriales alemanes, se desarrolla el Estado moderno al hacerse “absoluto” el príncipe, es decir, mediante la supresión de los bien ganados derechos feudales y estamentales y el quebrantamiento y aniquilación del principio de la legitimidad del *status quo* en que descansa aquella situación feudal. Las formaciones políticas así surgidas eran Monarquías absolutas. Consiste lo “absoluto” en que el príncipe es *legibus solutus*, es decir, que está autorizado y en condiciones de despreñar, por razones políticas, sobre las que sólo él decide, las pretensiones legítimas de los estamentos y los privilegios y convenios existentes. La palabra “Estado” designa con singular acierto la particularidad de esta moderna formación política, porque ofrece la conexión verbal y mental con la palabra *status*. Pues el *status* amplio de la unidad política relativiza e absorbe todas las otras relaciones estatuales, en particular, estamentos e Iglesia. El Estado, esto es, el *Status político*, se convierte así en el *Status* en sentido absoluto. Este Estado moderno es soberano; su poder, indivisible. Cualidades como la de su clausura e impermeabilidad se deducen de la esencia de su unidad política. El concepto de soberanía, sobre todo, tenía una gran función en la Historia universal: la de superar la legitimidad del *status quo* (feudal y estamental) de entonces. SCHMITT, Carl, **Teoría de la constitución**, México, Editora Nacional, 1981, pp. 55-56.

⁵ FALCON, Francisco José Calazans, **A época pombalina: política econômica e monarquia ilustrada**, *op.cit.*, p.35.

O teocentrismo foi fundamental para garantir a subordinação da pessoa ao Estado e a continuidade da estrutura social feudal, onde o lugar de cada um era determinado por Deus. Nessas condições, inimaginável uma situação onde o indivíduo pudesse contrapor direitos ao Estado.

O desenvolvimento da ideologia iluminista propiciou o questionamento do feudalismo e, conseqüentemente, da monarquia absoluta, ao colocar o homem no centro da dinâmica histórica, atribuindo-lhe o papel de agente do progresso. Ao lançar luzes sobre a escuridão do Ancien Régime, desencadeou um movimento de profundas transformações sociais que culminou na destruição da Velha Ordem. O progresso passou a ser entendido como imanente, e não transcendente ao homem, resultado de sua racionalidade, que o tornava apto a organizar os fenômenos sociais e naturais. Prevalciam como fatores determinantes desta nova concepção de mundo a racionalidade e a intelegibilidade.⁶

Assim, para o indivíduo cumprir satisfatoriamente seu papel de agente do progresso, determinadas condições deveriam ser implementadas pelo Estado, sendo a mais importante, o acesso à educação. “Sobrepassando a tudo triunfante, síntese de todas as grandes esperanças, mediação eficaz entre a teoria e a prática, a educação é o valor instrumental supremo; panacéia só ela é capaz de abrir caminho à elevação da plebe (...)”⁷. Entre os valores supremos do iluminismo, além da educação e da assistência pública aos necessitados, encontra-se a idéia de supremacia da lei, para garantir uma sociedade mais humana e justa.⁸

⁶ “(...) le monde est intelligible à un observateur sincère, qu’il est organisé rationnellement et que, lorsqu’on détient les lois maîtresses gouvernant une série de phénomènes déterminés, on en peut déduire un certain nombre de conséquences, qui se trouvent généralement vérifiées dans les faits”. In: HAURIU, André, **Droit constitutionnel et institutions politiques**, Paris, Éditions Montchrestien, 1972, 5^a ed., pp. 48.

⁷ FALCON, Francisco José Calazans, *op cit*, p. 98.

⁸ Ver BECCARIA, C, **Dos delitos e das penas**, tradução de Paulo M. Oliveira, São Paulo, Atena Editôra 6^a ed. e FIRPO, L, **Il primo saggio di Beccaria**, In: Rivista Storica Italiana, LXXVI (III), 1964.

“É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas dos quais poderia ser culpado, quer enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia.

Paulatinamente, o indivíduo adquiriria nova representação diante do Estado, visto como uma instituição que deve promover o bem-estar social, segundo os ditames legais. “Hume, Helvetius, d’Holbach, Morelly, cada qual à sua maneira, realizam o exame crítico do que existe, e propõem as soluções: leis melhores, mais racionais, próprias para produzir a felicidade dos homens”⁹

As idéias iluministas justificaram, por um lado, a contestação ao absolutismo monárquico e, por outro, a construção do liberalismo burguês. Delas resultaram a Revolução Americana de 1776, movimento de independência que refutava a estrutura colonialista; e a Francesa de 1789, que se opunha à própria estrutura social do Estado absolutista. A liberdade era a característica, tanto de um quanto do outro movimento. No primeiro, destacava-se a liberdade de auto-determinação de um povo no processo histórico de construção de uma nação independente; no segundo, a liberdade do indivíduo ante as arbitrariedades do Estado, tendo na igualdade princípio contraposto aos privilégios gozados pela nobreza.¹⁰

A liberdade e a igualdade, surgidas à ilharga das revoluções liberais do século XVIII, constituiriam-se em valores fundamentais do pensamento Ocidental. Daí a designação “Estado burguês de direito”, juridicamente estruturado por uma Constituição que o controlará e imporá limites à atuação governamental.¹¹ A Revolução Americana e, posteriormente, a Revolução

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida.” Falcon, *op. cit.*, p. 112.

⁹ FALCON, Francisco José Calazans, *op. cit.*, pp. 113.

¹⁰ Ver, VIANNA, Luís Werneck, **Liberalismo e sindicato no Brasil**, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978, 2ª ed., p.12. Segundo este autor: “Sob o feudalismo não se pode propriamente falar em direito e sim numa regulamentação do sistema de desigualdades sociais existentes, face à ausência de um estatuto jurídico formal e comum a todos. A disciplina de uma hierarquia de privilégios não consiste num sistema jurídico, uma vez que se constitui numa forma de desigualar pessoas. O direito implica na existência de uma unidade de medida comum, formal e impessoal, não podendo subsistir igualdade formal entre indivíduos sujeitos a relações de dependência e de mútua lealdade”. Ver também GÉRARD, Philippe, **Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique**, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1995, p. 114. “L’ordre social inégalitaire, la hiérarchie des ordres et des rangs, se justifiait en dernière instance par référence à un fondement externe tel que la volonté divine ou, sous l’effet de la sécularisation de la politique, les principes de justice émanant de la Raison.”

¹¹ “C’est à la fin du XVIII ème siècle, au moment des Révolutions américaine et française, que le mot “Constitution”, avec son sens moderne, verra de jour, et que l’adjectif “constitutionnel” s’appliquera à des régimes tempérés, équilibrés, dans lesquels autorité et liberté se limitent

Francesa simbolizam, portanto, o marco inicial do constitucionalismo moderno, embora alguns queiram ver essa origem na Magna Carta inglesa de 1215.¹²

Visto sob este prisma, o constitucionalismo inaugurou uma determinada idéia de “poder” relacionada à necessidade de se assegurar as liberdades individuais e a autonomia coletiva, que implicou a elaboração de um verdadeiro aparato institucional com o objetivo de equilibrar a relação de dominação do Estado.¹³

mutuellement. L'expression “monarchie constitutionnelle” en particulier, signifie, par opposition à celle de “monarchie absolue”, un régime dans lequel l'autorité du monarque est limitée grâce aux libertés individuelles des citoyens et à la participation de ces derniers au gouvernement par l'intermédiaire d'assemblées représentatives”. ANDRÉ, Hauriou, **Droit constitutionnel et institutions politiques**, *op. cit.*, p. 28.

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, é indispensável para entender-se o Estado considerar seu relacionamento com o Direito. “Na evolução das instituições políticas ocidentais, a forma elaborada pela noção de Estado de Direito é fundamental para que se compreenda a posição que o Estado adquiriu, desde que sua conceituação é feita, tendo em vista certa ordem jurídica, com um sistema normativo. (...)”

“A locução **Estado de Direito** serviu para expressar a realidade do Estado Moderno, reflexo de um ideal de racionalização jurídica da vida.

“É de se convir que está aí um sistema concreto de legalidade normativa, assentado ideologicamente nos pressupostos filosóficos-políticos da democracia liberal.

“Dentro dessa orientação, procurou-se caracterizar o **Estado de Direito**, com certas exigências básicas, sendo que a doutrina passou a eleger os seus elementos imprescindíveis, garantidos por instituições que pretendem assegurar: o império da lei; a separação dos poderes; a legalidade da administração e os direitos e liberdades fundamentais.” *In: Regimes políticos*, São Paulo, Resenha Universitária, 1977, p. 126. (grifos no original)

¹² “Partindo da ideia de um Estado Constitucional, como aquele que limita os poderes do Estado, organiza sua estrutura, distribui competências e declara e garante direitos fundamentais da pessoa humana, vamos encontrar uma de suas manifestações iniciais na Magna Carta de 1215, quando o Rei João Sem Terra, na Inglaterra, pressionado pelos proprietários ingleses, foi obrigado a reconhecer um texto de compromisso com os interesses reconhecidos então como direitos dos barões ingleses. Esse fato marca um ponto inicial do Estado Constitucional, que será a necessidade da limitação do poder do Estado por um texto legal maior que todos os poderes do Estado, reconhecendo direitos de outros grupos no ordenamento legal. Um segundo marco importante para a afirmação do Estado constitucional serão as revoluções burguesas do século XVIII, na América do Norte, em 1776, e na França, em 1789 (...) marcando a passagem para um modelo de Estado liberal constitucional, em que o poder do Estado é limitado e os direitos fundamentais, na época apenas os direitos individuais e políticos, são declarados nas Constituições (...)” MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, *In: Poder municipal. Paradigmas para o Estado constitucional brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, pp.31-32.

Sobre a discussão acerca do papel da Magna Carta inglesa de 1215, como originária do constitucionalismo moderno ver SCHMITT, Carl, **Teoría de la constitución**, *op cit.* pp. 52-53.

¹³ Nesse sentido, Hauriou afirma: “Si, en effet, on prend comme points de départ l'Etat-Nation et le dualisme “pouvoir-liberté” on s'aperçoit qu'un certain nombre de conséquences suivent logiquement, qui sont, en fait, les caractéristiques du Droit constitutionnel occidental, particulièrement à l'époque classique: système représentatif, établissement des représentants comme censeurs des gouvernants, limitation dans le temps des fonctions représentatives, élections disputées, procédures majoritaires (...)” *In: Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op cit.*, p. 49.

Moldura do ordenamento normativo, a Constituição merecerá ser vista não apenas como a lei fundamental responsável pela formação do Estado, que, por meio dela, adquire estrutura jurídico-política e administrativa, mas também como um acordo entre governantes e governados, onde os primeiros aceitam a limitação de seus poderes em respeito a um conjunto de direitos e garantias reconhecidos àqueles últimos.

Juridicamente, a democracia funda-se na isonomia ao assegurar a todos a igualdade perante a lei e idênticos direitos aos cidadãos. No plano individual, o regime democrático adquire significado a partir da idéia de cidadania, enquanto no plano coletivo prevalece a idéia de povo, conforme se depreende da própria etimologia da palavra.¹⁴

Os conceitos de povo e de cidadão considerados na presente análise, são os forjados na dinâmica de elaboração da democracia liberal burguesa e da consolidação do Estado democrático de direito. Portanto, as origens da democracia na Grécia e Roma Antigas, onde a formulação de povo era, de acordo com as circunstâncias históricas, antagônica àquela desenvolvida nas sociedades democráticas modernas, não será considerada na presente tese.

Na democracia liberal, todo o poder emana do povo, conjunto de cidadãos, responsável pela legitimidade das instituições estatais. A cidadania, em termos jurídicos, pressupõe o direito à participação política, reconhecido a todos igualmente. Daí, democracia na acepção legal do termo querer dizer participação exercida pelo direito de voto, ato volitivo de vontade política, que exprime a atuação popular na tomada de decisão dos negócios do Estado.

A definição de “povo” para o Direito adquire sentido a partir do processo constituinte, base consensual do poder - *consensus constitutionis* – a refletir na normatividade vigente. Liame entre a juridicidade, o político e a legitimidade,

¹⁴ “O significado original do termo “democracia”, cunhado pela teoria política da Grécia antiga, era o de “governo do povo” (*demos* = povo, *Kratein* = governo). A essência do fenômeno político designado pelo termo era a participação dos governados no governo, o princípio de liberdade no sentido de autodeterminação política; e foi com esse significado que o termo foi adotado pela teoria política da civilização ocidental.” *Ix*: KELSEN, Hans, **A democracia**, tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros, São Paulo, Martins Fontes, 1993, p.140.

quando o povo inicia o processo constituinte expressa a decisão de formar uma nação, individualizada a partir dos valores implícitos no pacto.¹⁵

Assim, ao traçar os parâmetros jurídicos de sua existência, o povo constitui-se em nação una e indivisível. Entretanto, sua existência como ser político antecede à Constituição, e seu papel de titular do Poder constituinte, elemento fundador da Constituição, tornou-se pressuposto fundamental da democracia. Quanto maior a participação popular na legislação e na organização do governo mais efetiva a democracia. Nesse sentido, democracia é também a realização da vontade geral. Daí o caráter de homogeneidade implícito em sua definição.¹⁶

A concepção jurídica de povo abstrai de qualquer noção de divisão de classes no interior da sociedade, e desconsidera o fato de que o processo de elaboração de uma Constituição, ou de qualquer outra lei, é permeado por um intenso jogo de forças antagônicas. Na verdade, o pacto constitucional não elimina as diferenças e divisões reais existentes no seio de uma sociedade, apenas organiza o embate a partir dos valores e princípios prevalentes no contexto social, institucionalizando o acordo.¹⁷ No caso das Constituições liberais burguesas, os principais valores são a liberdade, a igualdade e a autonomia coletiva. Diante de tal contexto, a Lei Fundamental legitima-se por

¹⁵ “El poder constituyente presupone el Pueblo como una entidad política existencial; la palabra “Nación” designa en sentido expresivo un Pueblo capaz de atuar, despierto a la consciencia política”. Política existencial; la palabra “Nación” designa en sentido expresivo un Pueblo capaz de atuar, despierto a la consciencia política” In: SCHMITT, Carl, **Teoría de la constitución**, *op cit*, p. 57.

¹⁶ Na democracia liberal burguesa, povo, nação e Estado são conceitos interligados. “Un Estado democrático que encuentra los supuestos de su Democracia en la homogeneidad de sus ciudadanos, se corresponde con el llamado principio de la nacionalidad, según el cual una Nación forma un Estado y un Estado encierra dentro de sí una Nación. Un Estado nacionalmente homogéneo aparece entonces como lo normal; un Estado al que esa homogeneidad falta, tiene algo de anormal que pone en peligro la paz”. SCHMITT, Carl, **Teoría de la constitución**, *op. cit*, p. 268.

¹⁷ Paulo Bonavides diria: “ O problema da legitimidade é basicamente um problema de consenso: pelo menos em se tratando de estabelecer uma ordem democrática e pluralista, onde o consenso aparece como a categoria central, o eixo da normatividade, o liame da juridicidade com a facticidade, o traço de união do constitucional com o real.” In: **Teoria do Estado**, São Paulo, Malheiros, 1995, 3ªed., p.215.

meio de um procedimento que busca “conciliar os interesses antagônicos e evitar que as divergências se transformem em conflitos insolúveis”¹⁸

Ao contrário da perspectiva hegeliana onde a oposição, no interior do Estado, é totalmente neutralizada pela preponderância da lei em detrimento da vontade particular, que pode ser de um indivíduo ou de um grupo determinado, na sociedade democrática não há consenso absoluto no que concerne às preferências particulares, mas, sim, modos de institucionalização dos conflitos, sendo estes, também, intrínsecos à democracia.¹⁹

A relação progressiva entre conflito, consenso e legitimidade, exatamente nessa ordem, encontra-se sempre presente quando se pretende entender as diversas formas que assumem as sociedades humanas. Isso se deve à constatação da existência de um poder inerente a qualquer organização societária. Desta circunstância decorre uma outra, a existência dos que governam e dos que são governados. Mas, para além da violência e da força, o poder de mando, apoiado no ordenamento jurídico, encontra sua razão de ser na consolidação, preservação ou alcance de determinados valores que são caros aos membros da comunidade que almejam o consenso.

O surgimento da idéia de supremacia da lei no século XVIII, e a maneira como esta foi conceituada pela filosofia positivista, inculcou nas mentalidades ser legítimo o sistema político que se apoiava na lei, esta última, resultado de um acordo. Legalidade e legitimidade eram entendidas como sinônimos, atribuindo-se-lhes uma acepção exclusivamente legalista.²⁰

¹⁸ FARIA, José Eduardo, **Poder e legitimidade**, São Paulo, Perspectiva, 1978, p. 47.

¹⁹ “Aussi bien les failles que nous avons repérées dans les théories étiques sur l’universalisation constituant autant d’indices de l’impossibilité d’une conciliation absolue des préférences et des revendications individuelles, voire d’un consensus sur des prétentions de validité.” In: GERARD, Philippe, **Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique**, op. cit., p. 107.

²⁰ Estigmatizado por seu caráter demoníaco, o Poder tende a corromper-se. “Con el fin de evitar ese peligro siempre presente, que es inmanente a todo poder, el Estado organizado exige de manera imperativa que el ejercicio del poder político, tanto en interés de los detentadores como de los destinatarios del poder, sea restringido y limitado. Siendo la naturaleza humana como es, no es de esperar que dichas limitaciones actúen automáticamente, sino que deberán ser introducidas en el proceso del poder desde fuera. Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo. Un acuerdo de la comunidad sobre una serie de regla fijas que obligan tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder, se há mostrado como el

Contemporaneamente, o *consensus* no qual se apoia o poder transcende o direito positivo, libertando-se da frieza da *ratio* para almejar a justiça. Função primordial da norma impessoalizar a *potestas*, todos estão a ela subordinados. Desse modo, a legalidade implica e resulta no estabelecimento de uma situação de segurança nas relações dos indivíduos entre si e destes com o Estado.

Na realidade, o problema da legitimidade adquiriu um significado muito relacionado aos valores partilhados pelos membros da sociedade, e que propiciam a adesão e a fidelidade ao poder instituído. O sistema político alcança uma estabilidade satisfatória quando é “capaz de criar e preservar um consenso em torno de interesses públicos e de legitimar as normas operacionais que regulam os conflitos, permitindo-o absorver mudanças sociais e adaptar-se as novas circunstâncias, sem perda de sua integridade.”²¹ Quanto menos o Estado precisar usar a força para garantir o respeito e a efetividade das normas jurídicas, tanto maior será seu grau de legitimidade.

Como a legitimidade pressupõe concordância de opiniões, urge indagar como aferi-la. Segundo alguns teóricos voltados para a questão, a sociedade industrial moderna em razão de sua complexidade, depara-se com impasses que impõem a necessidade de instituir-se novos mecanismos de legitimação das decisões do poder. Isso porque as funções do Estado se multiplicam e se especializam de tal forma que a consensualidade se torna mais difícil a cada dia. Por outro lado, a impossibilidade de permanência do modelo de democracia direta cria a necessidade de instauração de governos representativos. Nesse sentido, José Eduardo Faria afirma: “o problema da legitimidade aparece de forma mais concreta à medida que as comunidades vão perdendo as possibilidades de governos diretos e imediatos, da mesma forma que a escolha dos governantes vai deixando de ser determinada por papéis sociais preponderantes.”²²

mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de sus detentadores.”
LOEWENSTEIN, Carl, **Teoría de la Constitución**, tradução de Alfredo Gallego Anabitarte,
Barcelona, Editorial Ariel S.A, SD, p. 29.

²¹ FARIA, José Eduardo, *op. cit.*, p 51.

²² *Id.*, p 62

Ora, considerando que os antagonismos brotam em todos os aspectos da vida social, e diante da impossibilidade de qualquer forma de democracia direta a dificultar a concordância de opiniões e ameaçar a estabilidade das sociedades democráticas, criou-se o consenso básico entre os cidadãos.

Segundo Luhmann, no sistema político moderno, o consenso é estabelecido não sobre a decisão em si, mas em relação às premissas sobre as quais se apoia. É o procedimento que torna legítima a decisão uma vez ser impossível a avaliação individualizada de cada uma para obter-se sua aceitação. A complexidade da sociedade moderna traduz-se na “generalização do reconhecimento das decisões.”²³

A legitimidade não se relaciona à crença individual na autenticidade das decisões, mas a um processo de institucionalização que se opera no âmbito da sociedade. Somente levando-se em conta esse fato pode-se entender como se dá a aceitação de uma decisão. Os indivíduos acatam as decisões quando as assumem “como premissas de seu próprio comportamento e estruturam as suas expectativas de acordo com isso.”²⁴ Nesse processo pode ocorrer, até mesmo a recusa em aceitar a decisão, que acaba sendo assimilada num aprendizado onde o indivíduo alcança uma maneira de conciliação entre as antigas e as novas expectativas. Este aprendizado dá-se no contexto social, pois somente nele pode ocorrer a mudança estrutural das expectativas. Assim, a aceitação e a conseqüente mudança de expectativas não se esgotam no indivíduo, mas respondem a um impulso exterior.²⁵

O Estado democrático de direito tem no processo eleitoral, por exemplo, um importante mecanismo de legitimação. Ele busca definir uma decisão, uma vez que todo o esforço feito para se chegar a um acordo tem sua razão de ser na tomada de decisão política.

²³ LUHMANN, Niklas, **Legitimação pelo procedimento**, tradução de Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 1980, p.33.

²⁴ *Id.*, p.33.

²⁵ *Id.*, pp. 33-34.

No processo eleitoral, instaura-se o debate público em que todos os cidadãos participam, consoante as regras que limitam e organizam a forma como as divergências serão propostas e as expectativas expressas. O seu resultado tem o caráter de um consenso generalizado e estabilizador do sistema político.²⁶

O conceito de povo adquire significado a partir da idéia de igualdade numa determinada comunidade, fazendo parte dele todos os cidadãos indistintamente.²⁷ A sociedade democrática funda-se na crença de que os homens são naturalmente semelhantes, supondo a existência de uma igualdade intrínseca aos indivíduos, que não se restringe aos cidadãos integrantes de uma organização política individualizada, mas alcança todos os seres humanos. Seu sentido é universalista. Por outro lado, a idéia de igualdade em si, somente se corporifica quando são estabelecidas as relações contratuais entre os homens, fundadores de uma determinada sociedade, pois ela se revela natural e intrínseca à condição humana.

²⁶ Nesse sentido, Faria afirma: “As campanhas eleitorais, que se processam sob certos procedimentos constitucionais, possibilitam o debate público e permitem (uma vez que o processo de criação do direito é missão da comunidade em seu conjunto e força, em suas múltiplas formas, tanto quanto em sua unidade) descobrir a melhor maneira de agir em conjunto. FARIA, José Eduardo, *op cit*. p. 66.

É na supremacia da opinião pública que Roger Bonnard edifica sua doutrina de soberania nacional. Para ele, “ Si on se place à un point de vue purement réaliste, la Souveraineté Nationale se conçoit de la façon suivante.

Elle consiste essentiellement dans la **suprématie de l’opinion publique**. Elle est ainsi le pouvoir de l’opinion publique de faire sentir une action de direction sur l’exercice des fonctions de l’Etat en vue d’assurer que cet exercice se fera conformément aux tendances de l’opinion.

Ainsi la Souveraineté Nationale implique d’abord la **liberté de formation de cette opinion**. Il faut que tous les citoyens puissent exprimer leur propre opinion, la répandre, discuter celle des autres, car c’est par ce jeu d’action et de réaction des opinions individuelles que s’établit l’opinion publique.

Puis la Souveraineté Nationale comporte l’**action de cette opinion publique** sur l’exercice des fonctions de l’Etat. Cette action ne peut résulter évidemment que des manifestations de volonté émanant de la majorité des citoyens. La règle de la majorité est à la base de l’idée de Souveraineté Nationale.

Il résulte de cette conception que le problème de l’organisation de la Souveraineté Nationale consistera essentiellement d’abord à assurer la liberté d’expression et de discussion des opinions individuelles, puis à permettre à ce qui est vraiment l’opinion publique de se dégager, de se manifester et d’agir. Un régime qui ne réaliserait pas ces conditions n’est pas un régime démocratique.” *In: Précis élémentaire de droit public*, Paris, Recueil Sirey, 1932, 2^a ed., pp.20-21. (grifos no original)

²⁷ Na definição de Carl Schmitt, incluem-se na definição de povo, “todos los que no son señalados y distinguidos, todos los no privilegiados, todos los que no se destacan por razón de propiedad, posición social o educación.” *In: Teoría de la constitución*, *op. cit*, p. 280.

Admissível reconhecer, a partir de tal compreensão, que o poder provém do povo e deve ser exercido em seu interesse, donde emana o pressuposto básico da legitimidade democrática, baseada na autonomia da vontade coletiva.²⁸

A igualdade estabelecida pela ideologia liberal relaciona-se com a despersonalização do poder que não mais pode ser exercido ao arbítrio do governante, cujas ações são controladas pelo Parlamento. O poder e as relações sociais em geral deixaram, neste novo ideário, de ser entendidos a partir de um fundamento transcendental, passando a ter sua legitimidade explicada com base na dinâmica interna. Por outras palavras, o poder passou a ser legitimado pelo princípio da autonomia coletiva ou soberania popular.

Segundo certos teóricos modernos da democracia liberal, a soberania popular não há de ser concebida como fora pelos contratualistas clássicos. Tanto Rousseau como Kant preconizavam a possibilidade de um consenso neutralizador de conflitos, consenso este, encarado como instaurador da unidade. Assim, a legitimidade democrática, para aqueles autores, repousava sobre a formação racional da vontade comum.

Philippe Gerard avalia que, na democracia liberal, o poder está associado à idéia de autoconstituição de um povo responsável por seu destino, o que gerou uma grande indeterminação sobre os conceitos de legitimidade e ilegitimidade, posto esta auto-instituição implicar uma situação de constantes conflitos.²⁹

O eixo central desta colocação presume que o processo de legitimação democrática conjectura com a autonomia coletiva, mas esta não pode ser

²⁸ "En concevant la loi comme l'expression de la volonté du peuple et en affirmant que la liberté est obéissance à la loi qu'on s'est prescrit, Rousseau a donné dans le *contrat social* la formule la plus explicite de l'idée d'autonomie collective qui fonde la légitimité démocratique". GÉRARD, Philippe. *op cit*, p. 120.

²⁹ Vai daí a decisão coletiva não poder ser encarada como um *consensus*, pois "c'est seulement à travers les conflits et les débats qui les divisent que les membres de la société démocratique peuvent exercer l'autonomie collective à laquelle ils sont destinés". GERARD, Philippe, *op. cit.* p 122

exercida sem a explicitação das oposições e contradições que lhe são inerentes em razão dos diferentes e conflitantes interesses individuais.

2 LIBERDADE E AUTONOMIA COLETIVA NA DEMOCRACIA LIBERAL

A dimensão axiológica do pensamento liberal ateve-se, nomeadamente, a garantir a liberdade do indivíduo contra a intervenção do Estado, a limitar a interferência da majestas pública na esfera privada, como mecanismo de proteção.

Historicamente, a necessidade de afirmar e resguardar a liberdade perante o Estado teve origem na ação de uma classe organizada, a burguesia, que impôs uma nova dinâmica às relações econômicas no século XVIII. Inevitável reconhecer que a liberdade individual, contraposta à intervenção e ao arbítrio estatal, correspondeu aos interesses do terceiro estado. Daí, o regime democrático moderno ter forte conotação burguesa, em face da conexão direta entre democracia e liberalismo.

O teor individualista da democracia burguesa operou a substituição do Estado monopolista e interventor pelo Estado liberal limitado por direitos e garantias individuais, entre os quais se destacam a garantia de locomoção, a liberdade de expressão, o devido processo legal e, sobretudo, o livre exercício de atividade econômica e o direito à propriedade sem a interferência do poder público.

O modelo liberal de democracia fundamentou-se na idéia de “liberdade negativa”, também chamada, “democracia de proteção”. A ordem liberal pressupunha que os indivíduos detinham o direito de buscar a plena realização de suas necessidades, a traduzir-se na satisfação de seus interesses econômicos privados. Ao Estado cabia contê-los, quando a perseguição de tais interesses chegasse a níveis de competição comprometedores da própria estabilidade do sistema. Infere-se, portanto, que o Estado não se encontrava absolutamente impedido de intervir na liberdade do indivíduo, mas sua intervenção deveria fundamentar-se na lei. A concepção de liberdade dicotômica entre indivíduo e

Estado³⁰, privado e público, esgotar-se-ia quando a estabilidade do sistema estivesse em jogo, abrindo espaço à “publicização” da ordem privada que dava prioridade à realização do “bem público”, ao invés de apenas fundar as conveniências e os interesses dos indivíduos.³¹

A forma como a questão da liberdade individual se coloca na filosofia liberal como critério central do seu sistema valorativo tem implicações no próprio conceito de cidadania. Na democracia moderna, a necessidade de proteção nasce pelo mecanismo de delegação do poder atribuído a uma minoria. Constitui-se uma separação entre indivíduo e cidadão que, ao delegar a gestão da coisa pública, fica livre para perseguir seus interesses privados, mas, ao mesmo tempo, o indivíduo necessita submeter-se à ordem pública onde é elaborada a cooperação necessária para o viver em sociedade. Esse fracionamento não ocorria na democracia romana, por exemplo, quando o exercício da cidadania era pleno, permitindo a realização do público no privado. “Nessa transferência – seja pela cessão tácita de direito ao soberano, como em Hobbes, seja pela delegação real através de um sistema de representação, como em Locke, Montesquieu e Benjamin Constant – distingue-se o público do privado, cabendo àquele a constituição do Estado de Paz”³²

Com efeito, a democracia de proteção ou a liberdade negativa típica da sociedade liberal limita o conceito de liberdade democrática. Segundo esse modelo, a autonomia coletiva e a liberdade, embora sejam elementos essenciais na caracterização da democracia moderna, estão, de certa forma, dissociadas. Dimensionam-se, pois, duas realidades: aquela relacionada à esfera privada, que corresponde à garantia dos direitos individuais, e aquela relacionada à

³⁰ Segundo Neumann: “Traduzido em política, o aspecto negativo da liberdade leva necessariamente à fórmula de cidadão *versus* Estado (...). Sua pressuposição básica é o individualismo filosófico, o ponto de vista de que o homem é uma realidade inteiramente independente do sistema político dentro do qual vive(...) O poder político, incorporado no Estado será sempre estranho ao homem; ele não pode nem deve, se identificar plenamente com ele. Uma teoria política baseada numa filosofia individualista deve necessariamente funcionar com o conceito negativo-jurídico de liberdade, liberdade como ausência de restrições” NEUMANN, Franz, **Estado democrático e Estado autoritário**, tradução de Luiz Corção, Rio de Janeiro, Zahar, 1969, p. 181.

³¹ VIANNA, Luís Werneck, *op cit*, p. 9.

³² *Id*, p 10

esfera pública, na qual a autonomia coletiva se realiza segundo o modelo representativo.

A rigor, a democracia moderna nasceu atrelada, ou mesmo subordinada à ideologia liberal, que orientou a elaboração das Constituições e a consolidação do Estado de direito. Nela, o princípio da liberdade individual sobressai como premissa fundamental, enquanto a participação dos cidadãos decorre das pressões ao sistema. Pertinente a esta contradição, certos teóricos da democracia denunciam, por um lado, a incompatibilidade deste regime com o liberalismo, e sustentam, por outro, a interpretação de a liberdade individual constituir-se numa precondição para o exercício da autonomia coletiva, devendo o Estado assegurar as condições necessárias ao seu exercício.³³

Na sociedade liberal, a participação política do indivíduo é valorada não apenas pela estrutura jurídica, característica do Estado de direito, mas pelas condições econômicas determinadas pelo livre jogo do mercado.³⁴

³³ A propósito, Philippe Gérard pronunciaria-se: “Ces conditions incluent la sauvegarde de l’intégrité physique et morale des personnes, la satisfaction de leurs besoins élémentaires, ainsi que la garantie de moyens suffisants d’existence. Elles recouvrent non seulement des droits relatifs à la culture et à la enseignement, mais aussi les libertés de conscience et d’expression en matières religieuse, morale, scientifique ou politique. Elles impliquent également des droits d’association, de réunion et de communication sans lesquels un espace public démocratique ne saurait être établi. Elles requièrent enfin un ensemble des droits politiques au sens strict, tels que les droits de vote et d’éligibilité, qui permettent aux personnes de participer au processus de décision collective.” *Op. cit.*, p.130.

³⁴ A controvérsia mereceu a seguinte observação de Werneck Vianna: “A igualdade formal a todos estendida não decorre de uma igualdade real. A sociedade nacional moderna iguala desiguais na única dimensão do direito formal – todos são iguais perante a lei.” *In: op. cit.*, p.13.

Acorde Paulo Bonavides: “A legitimidade de um poder constituinte assentado sobre a vontade dos governados e tendo por base o princípio democrático da participação apresenta uma extensão tanto horizontal como vertical, que permite estabelecer a força e intensidade com que ele escora e ampara o exercício da autoridade.

“A extensão horizontal se mede pela maior ou menor amplitude do colégio de cidadãos que decide sobre matéria constituinte ou elege representantes a uma assembleia constituinte. O sufrágio serve de critério e referência com que caracterizar e definir o grau de legitimidade democrática; quanto menores as restrições à participação, maior a legitimidade que se logra na decisão constituinte.

“Quanto à extensão vertical, esta se colige de quanto se escreveu dantes com respeito às vias de exteriorização do poder constituinte como manifestação de vontade soberana. A extensão vertical da legitimidade é a que permite mensurar os distintos graus de participação dos governos; primeiro, o poder decisório sobre a Constituição, mediante *referendum* ou distintos meios plebiscitários; segundo, a incumbência de escolher os membros da Assembleia Constituinte e, terceiro, a faculdade de eleger um Congresso ordinário, dotado de competência constituinte latente que é a forma mais branda, menos política e mais jurídica, indireta e arredada de participação do elemento popular.” *In: Curso de direito constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1996, 6ªed., pp.138-139.

A consequência do estabelecimento dessa igualdade jurídica é o reconhecimento do direito de todos os cidadãos participarem do governo.³⁵

Determinante para a liberdade humana, a despeito das críticas que se lhe possam opor, o ideário político burguês constituiu-se num “poderoso instrumento doutrinário de alteração das bases relativas à organização do Estado.”³⁶ Contestando o absolutismo, teve como mérito principal, haver prognosticado “o começo longínquo do irreprimível diálogo democrático que impulsionou o progresso político e social” da Civilização Ocidental.³⁷

3 O SISTEMA REPRESENTATIVO³⁸

³⁵ Nas democracias modernas a participação popular se efetiva, dentre outras maneiras, pela eleição de um parlamento que representa o povo. Como se sabe, no regime representativo o povo não intervém cotidianamente nos assuntos do governo, ao contrário do que ocorria na Grécia e na Roma Antigas, exemplos de democracia direta.

A sociedade moderna teve na industrialização e urbanização distintas particularidades. Do desenvolvimento industrial, emergiu a chamada sociedade de “massa”, impossibilitando o exercício direto do povo sobre a gestão da coisa pública.

Hauriou enumera vários motivos que justificam a democracia representativa, destacando a amplitude do Estado a impossibilitar um diálogo direto com os cidadãos. Além da extensão do Estado, o tamanho da população também dificulta a comunicação entre governantes e governados. Assinala que o *referendum* e a iniciativa popular são instrumentos “qui permettent aux citoyens de prendre directement certaines décisions, dans le domaine constitutionnel ou législatif, ne sont que subsidiaires, par rapport à la procédure représentative, et aussi qu’elles sont mises en oeuvre, non pas à l’initiative du Pouvoir exécutif, mais à celle du corps électoral qui, par suite, prend de lui-même une attitude et une mentalité de censeur.” In: HAURIOU, André, *op. cit.*, pp.198-199.

³⁶ BONAVIDES, PAULO, **Curso de direito constitucional**, *op. cit.*, p. 138.

³⁷ BONAVIDES, Paulo, **Teoria do Estado**, *op. cit.*, p.76.

³⁸ As técnicas utilizadas para alcançar os valores democráticos são variáveis, de acordo com períodos históricos determinados e a experiência política de cada Estado.

A emanção da soberania popular pode ser exercida juridicamente através de três modelos: a democracia participativa ou direta, a democracia representativa ou indireta e a democracia semi-direta.

Na democracia direta, o povo participa diretamente da vida política do Estado exercendo os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando. É, pois, aquela em que o povo exerce de modo imediato as funções públicas.

Na democracia indireta ou representativa, o povo não exerce seu poder de modo imediato, mas através de seus representantes, eleitos periodicamente, a quem são delegadas as funções de governo.

“A democracia representativa pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vêm a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos”, em suma, instituem mecanismos disciplinadores para a escolha dos representantes do povo. SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, 6ª ed., p.122.

Finalmente, na democracia semi-direta foram integrados institutos de participação direta do povo nas funções de governo. Foi a forma encontrada pelo constituinte originário de conciliar a participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo, utilizando-se mecanismos que mesclam instituições de participação direta e indireta. Esse encontro do regime

representativo com soluções da democracia direta tem raízes históricas na França Revolucionária. Duas obras constitucionais marcam a renovação política daquele país, o projeto da Constituição Girondina de fevereiro de 1793 que não chegou a ser votado pela Convenção e a Constituição de Montagnarde, de 24 de junho de 1793. Elas revelam a intenção de a soberania nacional não mais ser exercida inteiramente pelos representantes designados, mas por cada cidadão. Como diz o artigo 7^o da Constituição Montagnarde: "O povo francês é a universalidade dos cidadãos franceses". No projeto da Constituição Girondina é instituído o veto popular às leis votadas pela Assembleia, denominado "censura do povo sobre os atos da representação nacional". Na Constituição Montagnarde, o controle é prévio. Acorde o artigo 10, o povo soberano "deliberava" sobre leis específicas, propostas pelo corpo legislativo. SAUTEL, Gerard, **Histoire des institutions publiques, depuis de la révolution française**, Paris, Dalloz, 1978, 4^a ed., pp. 36-38. Sobre o assunto consultar ainda, DUVERGER, Maurice, **Institutions politiques et droit constitutionnel**, Paris, Presses Universitaires de France, 1973, 13.^a ed., v. 2: **Le système politique français**, pp. 146-154. Também na Suíça, desenvolveram-se, na legislação cantonal e federal, várias formas do governo semi-direto. "Das seis constituições que a Suíça se deu, a contar de 1798, apenas uma, a de 1801, não foi submetida à ratificação popular. Pela Constituição de 1874, (...) toda matéria constitucional deve ser submetida a *referendum*. Qualquer reforma ou revisão constitucional, tanto na esfera federal, como nos cantões, tem de ser proposta e aprovada pelo povo. "Em matéria de leis ordinárias, porém, a aplicação do *referendum* é muito menos ampla. Nem a Federação, nem os Cantões praticam o regime representativo puro, mas algumas espécies de leis, as mais importantes como as de orçamento, não são submetidas ao *referendum*. Os tratados internacionais, do mesmo modo, não dependiam da aprovação popular. No entanto, de 1921 para cá, a intervenção do povo nesses assuntos tende a firmar-se e generalizar-se". AZAMBUJA, Darcy, **Teoria geral do Estado**, Porto Alegre-Rio de Janeiro, Editora Globo, 1982, 21.^aed., p. 225. Para um maior desenvolvimento do tema, consultar BARTHÉLEMY, Joseph e DUEZ, Paul, **Traité élémentaire de droit constitutionnel**, Paris, Dalloz, 1936, pp. 121 *et seq.* Por meio do regime semi-direto, o "constitucionalismo democrático da Idade Contemporânea, mais intimamente ligado às inspirações da doutrina da soberania popular, elegeu alguns instrumentos de participação que dão ao povo, conservadas embora em parte, as formas representativas, a palavra final relativa a todo o ato governativo". In: BONAVIDES, Paulo, **Ciência Política**, São Paulo, Malheiros, 1994, 10.^a ed., pp. 339-340. Estes instrumentos de participação são enumerados pela maioria dos tratadistas de direito público como sendo o *referendum*, o plebiscito, a iniciativa e o direito de revogação, acrescentando alguns autores, o veto popular, também chamado referendo facultativo. O *referendum* é a forma mais tradicional de intervenção direta do povo na legislação. Trata-se de um direito do corpo eleitoral de aprovar ou não as decisões das autoridades legislativas ordinárias, "respeitando-se os princípios básicos do Estado de Direito democrático-constitucional, tanto no procedimento como no seu conteúdo." CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito constitucional**, Coimbra, Livraria Almedina, 1991, 5.^aed., p.127. "Com o *referendum*, o povo adquire o poder de sancionar as leis. Tudo se passa, segundo a ponderação de Barthélemy e Duez, como no sistema de governo representativo ordinário, em que o Parlamento normalmente elabora a lei, mas esta "só se faz juridicamente perfeita e obrigatória", depois da aprovação popular, isto é, depois que o projeto oriundo do Parlamento for submetido ao sufrágio dos cidadãos, "que votarão pelo sim ou pelo não, por aceitação ou por sua rejeição." BONAVIDES, Paulo, **Ciência política**, *op. cit.*, p. 340.

Nos ordenamentos jurídicos, o *referendum* apresenta diferentes modalidades, dentre as quais se distinguem:

Quanto à matéria: em constituinte, legislativo e administrativo, quando se trata de leis constitucionais, ordinárias e matéria administrativa, respectivamente.

Quanto ao tempo: em sucessivo ou post *legem*, quando se segue cronologicamente ao ato estatal para conferir-lhe ou tolher-lhe validade ou eficácia" In: RUFFIA, Paolo Biscaretti di, **Direito constitucional. Instituições de direito público**, tradução de Maria Helena Diniz, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 373; e, ainda, preventivo ou *ante legem*, também denominado consultivo ou programático, quando precede o ato legislativo e/ou administrativo, fixando para ele princípios gerais. *Id.*, p.373. No referendo preventivo busca-se conhecer, aprioristicamente, o "pensamento da massa eleitora", acorde expressão de Paulo Bonavides, acerca do conteúdo de norma jurídica futura. Quanto ao fundamento: em obrigatório, quando a Constituição o imponha como necessário à formulação da norma jurídica, e facultativo, "quando se confere a determinado órgão ou uma parcela do corpo eleitoral, competência para fazer ou requerer consulta aos

Se é certo afirmar que do ponto de vista filosófico a democracia moderna se inspirou no pensamento liberal, no plano político ela é posta em evidência pelo sistema representativo. A exigência da participação do povo nas decisões políticas do Estado como garantia de efetivação do ideal de cidadania, recupera a tradição da democracia clássica, dando origem às teorias sobre esta forma de

-
- eleitores, consulta esta que não representa (...) obrigação constitucional”, *In*: BONAVIDES, Paulo, **Ciência política**, *op. cit.*, p.341. Quanto aos efeitos ou eficácia: em constitutivo e ab-rogativo. O primeiro visa a conferir validade ou eficácia à norma legal; o segundo, ao contrário, visa ab-rogar a norma vigente, fazendo-a expirar.
- Referendum* e plebiscito distinguem-se, apesar de a doutrina e a legislação, não raramente, assemelhar os institutos. Plebiscito é o mecanismo jurídico por meio do qual o povo é chamado a aprovar ou não um fato, um acontecimento, concernente à estrutura do Estado ou de seu governo. *In*: ROMANO, Santi, **Princípios de direito constitucional geral**, tradução de Maria Helena Diniz, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 316. Trata-se de uma “decisão que, transcendendo a normatividade constitucional e sem quaisquer limites políticos e jurídicos, legítima em termos “democráticos-populares”, uma ruptura constitucional.” *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito constitucional**, *op. cit.*, p.127.
- O plebiscito deve referir-se não a um ato normativo ou administrativo (como o *referendum*), mas sim, a um mero fato ou evento concernente à estrutura essencial do Estado ou do seu governo (por exemplo, a adjudicação de território, a conservação ou modificação de uma forma de governo, tal qual ocorreu em 1860-70, no movimento de formação da unidade italiana, tendo sido anexado ao Reino da Sardenha vários ex-Estados e Províncias da Península.
- Tal definição afigura-se doutrinariamente mais exata do que a sustentada por outros autores como Batelli, Crosa, Laferriere, que caracterizam o plebiscito como um pronunciamento popular bastante em si mesmo, sem nenhuma ligação com outro órgão estatal, ou mesmo, a concebida por Hauriou e Duverger, segundo a qual o plebiscito é uma forma inferior de *referendum*, “imperfeito” e “deteriorado”, incapaz de oferecer nenhuma alternativa ao corpo eleitoral. Nesse sentido, *vide*: LAFERRIERE, Julien, **Manuel de droit constitutionnel**, Paris, 1947, 2ª ed., pp.436 *et seq.*; RUFFIA, Paolo Biscaretti di, *op. cit.*, pp. 370 *et seq.*; DUVERGER, Maurice, **Institutions politiques et droit constitutionnel**, *op. cit.*, 1978, 4ª ed., 146 *et seq.*; HAURIOU, André, **Droit constitutionnel et institutions politiques**, *op.cit.*, 1972, pp. 258 *et seq.*; PRELOT, Marcel, **Institutions politiques et droit constitutionnel**, Paris Dalloz, 1969, pp. 642 *et seq.* Quanto aos seus efeitos, o plebiscito pode ter um caráter confirmatório ou resolutório, caso o povo ratifique ou não o fato sobre o qual foi chamado a pronunciar-se. Outras vezes, ele constitui condição suspensiva que terá ou não lugar, acorde a manifestação da vontade popular. A iniciativa popular é o mecanismo por meio do qual uma fração do corpo eleitoral está constitucionalmente habilitada a propor formalmente a legislação que, consoante seu entendimento, atenda ao interesse público. Ela será “simples” quando os seus promotores consignem, apenas, os traços gerais, o princípio da lei, cabendo à autoridade legislativa ordinária legislar sobre a questão, ou formulada - “a iniciativa leva o projeto popular à assembleia num texto articulado em forma de lei”, para ser discutido e votado. BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, *op. cit.*, p. 351.
- A revogação ou recall adotada principalmente nos Estados Unidos e Suíça consagra o direito dos cidadãos de “solicitar a destituição de um funcionário de natureza eletiva antes de expirar o seu mandato, o qual se levará a cabo mediante decisão tomada pelo corpo eleitoral.” GARCÍA-PELAYO, Manuel, **Derecho constitucional comparado**, Madrid, Alianza Editorial S.A.,1984, p.184.
- O veto popular pressupõe uma lei já feita pelo Parlamento, que a Constituição não obriga a ser referendada pelo povo. Se, no entanto, um número determinado de cidadãos pede que ela seja submetida a *referendum*, e o povo a repudia, tem-se o veto popular. AZAMBUJA, Darcy, *op. cit.*, p.224.
- Distingue-se do *referendum* esta modalidade de instituto uma vez que, no primeiro, a lei só se torna obrigatória após a aprovação popular, ao passo que no veto a norma será cogente se, dentro de prazo estipulado, o povo não vetá-la expressamente.

governo que se constituiu numa versão moderna do exercício da autonomia coletiva na sociedade.

Historicamente, a elaboração do sistema representativo esteve relacionada à dinâmica de desenvolvimento das instituições políticas inglesas.³⁹ “A propósito da contenção ou limitação no que se refere à conduta do rei, basta consultar a “Magna Carta”, assinada contra a vontade de João Sem Terra, que significou a reação da nobreza, do clero e da burguesia na defesa de suas liberdades fundamentais.”⁴⁰

É fato que desde o século XII o monarca inglês consultava uma espécie de concilium ou “parlamento”, composto por prelados e barões, embrião da célebre Câmara dos Lordes, sendo a Câmara dos Comuns a porta voz dos interesses burgueses. O “Parlamento Modelo”, integrado pelos três estados do reino - nobreza, clero e burguesia - pode ser considerado o gremio do sistema representativo, presente o fato de o desenvolvimento deste modelo haver resultado efetivamente, da atuação das duas Casas parlamentares.⁴¹

³⁹ A existência de instituições representativas, na organização da Igreja Católica, durante a Idade Média é vista por alguns teóricos como o embrião do sistema representativo moderno. A representação tinha como objetivo a eleição dos membros de cúpula da Igreja. Nesse sentido, ver PAIVA, Maria Arair Pinto, **Espaço público e representação política**, *In: Direito, Estado e Sociedade* – Revista do Departamento de Direito da PUC-RJ, nº 7, julho/dezembro, Rio de Janeiro, 1995, p. 75.

⁴⁰ LEITÃO, Claudia, **A crise dos partidos políticos brasileiros. Os dilemas da representação política no Estado intervencionista**, *op. cit.*, p. 52.

⁴¹ *Id*, p.52. Enfocando a natureza da representação sob o prisma histórico Carl Friedrich pondera: “ (...) vemos que las asambleas se desarrollaron en la mayor parte de Europa durante la Baja Edad Media, formando una pieza decisiva del orden constitucional en el Medievo. Muy a menudo aquellos tres “Estados” los componían, respectivamente, la nobleza, el clero y los mercadores de las ciudades (los burgueses). Pero a este respecto existían las mayores variantes imaginables. Las más importante de aquellas asambleas es, sin duda, el Parlamento de Inglaterra, donde la alta nobleza se unía al alto clero en los “Lores Espirituales y Temporales”, en tanto los caballeros, junto con los burgueses, formaban los Comunes. Así, los grupos más importantes de la comunidad - hoy conocidos como “clases” - estaban representados y eran mantenidos unidos por el rey gracias a su “ministro”, con la finalidad de asegurarse el consentimiento de aquéllos cuando se presentaban impuestos o gabelas de carácter extraordinario. Ello era necesario a causa del primitivo funcionamiento de los sistemas de la administración central y de la carencia de métodos eficaces de coerción. De manera muy natural, y al reunirse entre sí, estos representantes se dedicaron al “regateo” de su consentimiento a esas autorizaciones para imponer fiscalmente al pueblo. Solían presentar quejas y peticiones que la Corona tenía que conceder, para asegurarse lo que de veras le interesaba. Por lo tanto, aquéllos no eran representantes a escala nacional, sino agentes de los poderes locales actuando según mandatos o instrucciones especiales. Esto era cierto, sin embargo, solamente mientras actuaran por separado. Cuando el rey y las dos Cámaras del Parlamento actuaban juntos, tras haber solucionado sus diferencias y alcanzado un compromiso, se estimaba que representaban a todo el cuerpo político. Más particularmente, se

O desenvolvimento do sistema representativo na Inglaterra há de ser compreendido a partir da análise de suas peculiaridades culturais e vicissitudes políticas. Em princípio, as bases sobre as quais foram erigidas as relações feudais resultaram numa centralização do poder, bastante peculiar à formação social inglesa. O rei conseguiu impor uma centralização política precoce em relação à nobreza feudal. Em contrapartida, teve seu poder absoluto abalado pela associação entre a nobreza e os segmentos médios da sociedade que, organizados, foram conquistando, paulatinamente, o poder de legislar.⁴²

Cumpre ressaltar que, embora o sistema representativo se tenha originado na Inglaterra, não ficou restrito àquele país. A necessidade de limitação do poder real tornou-se parte de uma dinâmica histórica que envolveu todos os Estados absolutistas ocidentais, guardadas as particularidades e circunstâncias sócio-políticas de cada um.

O fato é que, no século XIX, o sistema estava consolidado. Considerado como o único capaz de efetivar o ideal democrático da participação popular nos negócios de governo, simbolizava ele, utilizando a terminologia de Burke, a união de um corpo de homens, a serviço de um interesse nacional, fundado em um princípio ao qual todos aderem.

Severas críticas sofreu o modelo de democracia representativa até chegar a se impor como a única forma possível de participação do cidadão na gestão da coisa pública. A mais contundente delas foi perpetrada por Rousseau.

suponía que representaban a todo el organismo político del dominio de Inglaterra al actuar como tribunal superior, lo cual era considerado como su función solemne hasta el siglo XVII." *In: Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, Vol. II, pp. 21-22.

⁴² Nesse sentido, Hauriou afirma "Les députés des comtés et des ordres privilégiés étaient convoqués primitivement par le Roi pour lui donner aide et conseil. Mais le Parlement anglais obtint, par la Charte de 1215, ainsi que nous l'avons déjà noté, le droit de consentir l'impôt, assorti du droit de présenter des *bills* ou pétitions. Le Parlement anglais sut se servir avec beaucoup d'habileté de ces deux concessions faites par le pouvoir royal pour conquérir le pouvoir législatif. Usant du droit de pétition, le Parlement demande au Roi de prendre telles ou telles dispositions législatives et il n'accorde l'impôt que si le Roi promulgue *le statute* qui a été proclamé.

A partir de 1462, les membres du Parlement prennent l'habitude de rédiger eux-mêmes les *bills*, c'est-à-dire les projets de loi. Lorsque l'accord s'est fait entre la Chambre des Lords, le Roi n'a plus qu'à promulguer le texte de la loi, dont le contenu a été ainsi établi par le Parlement" HAURIOU, André, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, pp. 204-205.

Para ele, a representação da vontade geral não é possível, por não poder a soberania ser outorgada e, menos ainda, alienada. Nestes termos, a lei que não for diretamente ratificada pelo povo será inválida. Dessa forma, a representação equivale à escravidão, pois “no momento em que um povo se dá representantes, não é mais livre; não mais existe”.⁴³ A restrição rousseauiana ao sistema representativo limita-se ao poder legislativo, uma vez que o poder executivo deve agir de acordo com as determinações legais. O poder executivo, portanto, reproduz a vontade dos cidadãos na exata dimensão da aplicação da norma, o que, de certa forma, conduz à representação imperativa, em face da vinculação do governante e da limitação de sua atuação à lei, condicionando-o a pôr em prática o que for determinado pela vontade geral.⁴⁴

Indo além, preconiza Rousseau que, uma vez adotado o sistema representativo, o povo, mesmo consciente da restrição em sua liberdade democrática de expressão da vontade, deveria elaborar mecanismos de contenção da corrupção, tais como a prestação de contas aos eleitores e a renovação periódica dos mandatos.⁴⁵

Contrariamente a Rousseau, Stuart Mill vislumbrava na representação a melhor forma de governo popular, vetor de desenvolvimento da civilização. Para que um povo estivesse em condições de adotar o governo representativo, imperativa a realização das seguintes condições: “ (1) que o povo esteja

⁴³ ROUSSEAU, Jean-Jacques, **O contrato social**, *op.cit.*, Livro Terceiro, Capítulo XV, p182.

⁴⁴ Para Maria Arair Paiva, “Os ensinamentos de Jean-Jacques Rousseau sobre a soberania popular, embora utilizados para atrair e conquistar o apoio do povo aos eventos revolucionários, não eram perfilados pelas pessoas privadas que compunham a esfera pública burguesa. Esses ensinamentos foram básicos e astutamente postos de lado, por que não conseguiram ser aceitos como válidos e adequados à racionalidade moral prática.” *op.cit.*, p.76.

⁴⁵ “(...) foi nas *Considerações sobre o governo da Polônia (Considérations sur le gouvernement de Pologne)* que Rousseau, em face de uma forma positiva de organização constitucional, exarou parecer com os remédios concretos apontados à solução ou atenuação dos inconvenientes que as instituições representativas acarretam à plenitude de um poder soberano, esteado no princípio daquela *volonté générale*, indivisível e inalienável.

“Querendo, como sempre, guardar coerência com suas teses, não obstante o enorme teor de contradições em que se enredam, Rousseau lastima que nos grandes Estados, um de seus piores inconvenientes seja o poder legislativo não manifestar-se por si mesmo. Daí resultaria a corrupção presente aos corpos representativos.

“Contra ‘esse mal terrível da corrupção’, que faz do órgão da liberdade um ‘instrumento de servidão’, indica Rousseu dois meios eficazes de atalhá-lo: a renovação frequente das assembléias, encurtando-se o mandato dos representantes e a submissão destes às instruções de seus constituintes, a quem devem prestar estreitas contas de seu procedimento nas assembléias.” BONAVIDES, Paulo, **Ciência Política**, *op.cit.*, pp. 213-214.

disposto a recebê-lo; (2) que esteja disposto e seja capaz de fazer o que for necessário para preservá-lo; (3) que esteja disposto e seja capaz de cumprir com os deveres e desempenhar as funções que lhe impõe”⁴⁶.

Embora reconhecesse que a democracia direta é a forma de governo ideal, Stuart Mill argumentava que, sendo “impossível a todos, em uma comunidade que exceda a uma única cidade pequena, participarem pessoalmente tão-só de algumas porções muito pequenas dos negócios públicos, segue-se que o tipo ideal de governo perfeito tem de ser o representativo”⁴⁷

A despeito de o poder controlador pertencer ao povo que o exerce por seus representantes - os verdadeiros detentores da “supremacia prática no Estado” - ⁴⁸ e, conquanto exista o perigo de uma classe governar segundo os seus interesses, de forma contrária ao bem geral da comunidade, existem meios de anular esse predomínio, organizando-se o sistema de modo a estabelecer um equilíbrio entre os interesses parciais, o que resultará na prevalência da justiça e do interesse geral.

Acorde a teoria democrático-liberal, a representação é um vínculo jurídico estabelecido entre eleitores e eleitos, estes últimos portadores da vontade comum, tendo por obrigação expressá-la. Os representantes adquirem, através de um processo de seleção de um procedimento eleitoral, legitimidade para agir em nome dos representados, num ato típico de transferência e/ou delegação de poder.

A facticidade do governo representativo como elemento de composição de uma sociedade democrática, onde a igualdade é entendida como valor fundamental, deu origem a uma determinada concepção de bem comum, expressa pela suposta existência de uma vontade coletiva e pela possibilidade de aferí-la. A escolha dos representantes do povo, embora deva ser efetivada

⁴⁶ MILL, John Stuart, **O governo representativo**, tradução de E. Jacy Monteiro, São Paulo, IBRASA, 1983, 2ªed., p. 50

⁴⁷ *Id.*, p. 49.

⁴⁸ *Id.*, p. 61.

respeitando-se a opinião individual do cidadão, não deve resultar da imposição de seu interesse pessoal. Daí a rejeição ao modelo de representação subordinado ao mandato imperativo. A ideologia liberal, ao buscar na teoria clássica do contrato social a justificativa para a negação da possibilidade do mandato imperativo, outorgou à concepção de coletividade um sentido absoluto.⁴⁹ Dessa forma, o mandato imperativo é encarado como a negação do interesse geral, à medida que rejeita a relação de reciprocidade entre a coletividade e o Estado e reduz o representante a um mero porta-voz das pretensões individuais de seus eleitores, obstando a realização do interesse público.

Quando o parlamentar legisla, dá forma e realiza, ao mesmo tempo, a vontade nacional. O eleitor influi apenas no momento da escolha de seu representante. Este, uma vez eleito, adquire independência decisória total em relação ao primeiro. Prevalece, portanto, a teoria da dualidade, na qual dois estágios são demarcados no processo de formação da vontade nacional: o primeiro verifica-se no momento da eleição quando o cidadão é chamado a participar da formação da assembléia legislativa; o segundo ocorre quando os representantes deliberam, consolidando uma concepção determinada do bem comum. O representante atuará, pois, como um catalizador da vontade do povo. Na verdade, o exercício de delegação da *voluntas* popular ao Parlamento pressupõe a delegação da própria idéia de bem comum. Aí reside, em última análise, o fundamento da legitimidade no contexto teórico da democracia liberal.

O deslocamento da soberania do povo para a nação resolveria até mesmo, o problema jurídico da representação no âmbito dos poderes executivo e judiciário. Uma vez que ao povo cabia, apenas, eleger os membros da Assembléia legislativa, impunha-se buscar novos conceitos que pudessem

⁴⁹ Conforme já foi analisado no presente trabalho, essa concepção estabelece um liame de dependência entre representante e representado de que o liberalismo se distanciou na tentativa de forjar uma nova concepção de mandato político. Nesse sentido, Cláudia Leitão afirma: "(...) o mandato político busca se livrar da conceituação de mandato no direito privado, em uma redefinição da expressão representação política, distanciada de uma postura jurídica contratualista." *op. cit.*, p 41.

legitimar os demais poderes. A resposta encontrada foi a renúncia à conotação imperativa do mandato político e sua substituição pela idéia da representatividade, na qual se incluem todos os poderes do Estado.⁵⁰

Na verdade, o problema central que permeia a questão do sistema representativo está na sua origem, no ato de redefinição do poder, marcado pelo deslocamento da soberania do monarca absolutista para o povo. Ocorre que a concepção de povo não se afigurava a mais apropriada para promover a estabilização do sistema político liberal. Fez-se necessária a elaboração de um conceito ainda mais abstrato - a nação - consolidada pelos processos constitucionais. "A titularidade do direito de soberania se deslocou do povo para a nação. Esta entidade ideal passou a concentrar o poder do Estado. Estava operada a translação que, por seus desdobramentos jurídicos garantia à burguesia o controle do poder político"⁵¹

Da noção da existência de duas vontades distintas, a do eleitor e a de seu representante, procede a teoria da duplicidade, ponto de partida para a elaboração do moderno sistema representativo estatuído nas Constituições liberais, por meio da qual se buscou impor a independência do representante em relação ao representado. "Com efeito, toma-se o representante politicamente por nova pessoa, portadora de uma vontade distinta daquela do

⁵⁰ Ainda sobre a questão da localização da soberania dentro do trinômio povo-nação-estado e, tomando como referência as análises de Miguel Reale, Maria Arair Paiva faz as seguintes considerações: "REALE remete-nos à alteração fundamental que se processou no âmbito da teoria do Estado e da teoria do Direito Público, no apogeu do século XIX, por obra sobretudo, de mestres alemães. Eles concluíram que a nação é uma entidade sociológica que se estrutura numa personalidade que é o Estado. A soberania não é mais da nação, mas do Estado. A soberania é uma categoria histórica estatal. A atribuição da soberania ao Estado, visto como nação organizada e personalizada, iria apor novas críticas e suscitar novas dúvidas sobre a natureza jurídica da representação. São apresentadas por REALE, duas novas teorias: a teoria do querer nacional e a teoria da representação como representação de interesses. As críticas em relação à primeira (trata-se de uma ficção, não é possível identificar entre o querer do povo, da comunidade e o querer do representante), são semelhantes às que foram colocadas para o mandato imperativo. No nosso pensar, não se trata de nova teoria, porque sua pretensão é a mesma da teoria da soberania popular, com a diferença de que esta lidava com os conceitos de povo e nação, ao invés de povo e Estado. A segunda teoria - a da representação de interesses, apareceu, diz REALE, quando se verificou a ficção da teoria da representação do querer. O representante, por ela, age por critérios próprios, mas não em função de seus próprios interesses e sim, dos interesses do povo. A questão do interesse está, desde o surgimento da representação política, envolvida em sua problemática. Basta lembrarmos o célebre discurso de BURKE, aos seus eleitores de Bristol e os Papéis dos Federalistas (Hamilton, Jay e Madison), que remontam ao século XVIII." *op cit*, p. 79.

⁵¹ LEITÃO, Claudia, *op. cit*, p. 77.

representado, e do mesmo passo, fértil de iniciativa e reflexão e poder criador”⁵²

Sem dúvida, o formalismo ao qual se encontra vinculada a teoria liberal revela o esgotamento do modelo representativo pela incapacidade de fornecer os elementos necessários à uma redefinição dos conceitos estruturadores do instituto. A interveniência da vontade coletiva diante da contemporaneidade do Estado há de ser considerada, não apenas sob o enfoque jurídico, mas levando em conta as dimensões política e sociológica. Assim, mister a superação da dicotomia mandato imperativo-mandato representativo.

Seguindo esta tendência, a análise de Luhmann acerca do procedimento eleitoral como forma de legitimação da democracia representativa aponta para a superação da dicotomia acima identificada. Segundo ele, o processo de democratização da política explica-se pelo mecanismo de positivação do direito que tornou o sistema político muito complexo e estruturalmente indeterminado. Esta indeterminação deu abertura ao sistema que, por isso, se encontra num processo permanente de legitimação. Por tal razão sustenta:

Instituições invariavelmente legitimadas como a coroa e o altar não são complexas em si mesmas, e não são suficientemente móveis para poderem aproveitar e ordenar de forma convincente as novas possibilidades; elas não funcionariam como garantes do poder legítimo. São substituídas pelo fato de o apoio político se converter em problema permanente a ser resolvido pela organização e pelo trabalho cotidiano.⁵³

Na verdade, a questão central não é a de se saber quem tem a soberania, mas, sim, de se entender a complexidade adquirida pelo poder, em razão da superação da sociedade hierárquica.⁵⁴

⁵² BONAVIDES, Paulo, **Ciência política**, *op cit*, p. 203

⁵³ LUHMANN, Niklas, **Legitimação pelo procedimento**, *op. cit.*, p. 127.

⁵⁴ “As sociedades primitivas conferem papéis políticos e direitos de decisão, quando os prevêm assim, na maioria das vezes segundo critérios atributivos, isto é, em estreita ligação com outros papéis já atribuídos. Assim se assegura automaticamente que os mais velhos, os atuais chefes de uma determinada linha principal, os primogênitos duma determinada família, os proprietários rurais e urbanos, os presidentes de associações de artistas, ou quaisquer outros, representem as funções político-administrativas. Esses agrupamentos de papéis revelam um grau muito pequeno de diferenciação do sistema político. A sua estabilidade é alcançada por meio de integração na sociedade, designadamente por meio de apoio e ligação a outros papéis sociais de decisores. A

A indeterminação ou frouxidão dos papéis dos indivíduos nas sociedades mais complexas conduz à necessidade de reelaboração do processo de decisão que serve como garantia de apoio político. O processo deve ser visto como englobando dois planos: o técnico operacional e o simbólico, constituinte de sentido. A decisão reflete o resultado que envolve, ao mesmo tempo, uma operação técnica e uma simbolização do todo.

O processo eleitoral, nas sociedades democratizadas, expressa esta permanente elaboração devido ao potencial de conflitos presentes na coletividade, onde os papéis não estão mais previamente definidos. A posição do governante, por exemplo, não pode mais ser entendida em função de outro papel. “Numa sociedade que evolui, nesse sentido, para uma maior complexidade, processos dinâmicos de alistamento substituem as antigas ligações estáticas de papéis.”⁵⁵ Portanto, tais processos são elaborados de forma a realizar três condições: “têm de ser especificáveis como funcionais e separáveis das outras relações de papéis; têm de poder produzir incerteza e alternativas, de acordo com a complexidade necessária; e têm de conter uma norma reguladora de apoio e controle, que permita que esses problemas sejam resolvidos”⁵⁶ Os critérios estabelecidos para o processo eleitoral contêm todas as condições acima, que podem ser identificadas na universalização do direito de voto e na igualdade de seu peso. Tudo isso concorre para a individualização do papel de eleitor.⁵⁷

A produção de incertezas e alternativas é outra condição presente no processo eleitoral. A decisão nunca é definitiva, uma vez que o seu resultado

soberania baseia-se pois, no apoio mediante os outros papéis próprios dos governantes em contexto de ação de acordo com o status, contextos religiosos, econômicos, militares e familiares. E, correspondentemente, o controle social da soberania é transmitido pelo cuidado com os outros papéis próprios dos governantes.” LUHMANN, Niklas, *op cit*, p. 132.

⁵⁵ *Id.*, p. 133.

⁵⁶ *Id.*, p. 133.

⁵⁷ Nesse sentido, Luhmann afirma “O acesso à atuação política no papel de eleitor e os seus efeitos situam-se independentemente doutros papéis e o tipo de decisão como eleitor não precisa ser justificado em outros contextos sociais, pois goza da garantia do segredo. O contexto político de decisão consegue, desta forma, uma certa autonomia e indiferença perante outros âmbitos da sociedade. Isso significa o não isolamento da política dentro de si própria, o não estabelecimento dum novo poder de decisão arbitrário, mas sim uma variabilidade determinada, independente da política em relação com outros âmbitos da sociedade.” *Id.*, p. 134.

perdura até o estabelecimento de novas eleições, servindo para solucionar o conflito naquele momento. A solução do conflito, contudo, explicita o fato de que “a incerteza permanece no primeiro plano como a dramaticidade artificialmente organizada dum acontecimento desportivo”⁵⁸

A eleição traduz-se, portanto, numa etapa do processo político global de assimilação de conflitos. Daí Luhmann entender que o processo eleitoral rejeita a possibilidade do mandato imperativo, “a separação entre eleição política e imposição direta de interesses absorve conflitos da seguinte forma: em primeiro lugar, na eleição são distribuídos apenas lugares e competências e não, simultaneamente, a satisfação das necessidades”⁵⁹ O mandato imperativo, nesta contextura, torna-se impossível em face da complexidade e variabilidade da organização social, que não está sujeita a influências tão individualizadas, já que o próprio indivíduo mobiliza o sistema dentro de uma complexidade de papéis.

Luhmann conclui sua análise ressaltando que a eleição “é uma oportunidade de expressão da insatisfação sem risco para a estrutura (...). Nessa medida ela pertence aos mecanismos de absorção dos protestos, tal como os processos judiciais também desempenham essa função”⁶⁰

O mesmo esforço em elaborar uma teoria sociológica da representação é encontrado em Sobolewsky. Ele estrutura suas avaliações acerca da representação política partindo dos conceitos desenvolvidos pela teoria marxista, situando o sistema representativo na esfera das relações entre governantes e governados.

A sociedade de classes referencia sua concepção de Estado, expressão dos interesses do grupo dominante. Ao definir a representação como um processo organizado, que funciona para perpetuar as estruturas das relações de poder entre governantes e governados, Sobolewsky demarca seus limites. Trata-se, portanto, de um mecanismo de “acomodação contínua que se

⁵⁸ *Id.*, p. 135.

⁵⁹ *Id.*, p.137.

⁶⁰ *Id.*, p. 141.

estabelece entre as decisões políticas e as opiniões”.⁶¹ Contudo, a despeito de o Estado ser controlado por uma elite, esta não impede que os cidadãos exerçam influência sobre determinadas decisões.

Como se pode inferir das considerações acima expostas, para Sobolewsky, a representação deve ser entendida como um processo inscrito numa dinâmica social de relações de poder estabelecidas entre a classe dominante e as massas, cabendo a estas últimas a percepção das brechas apresentadas pelo sistema de modo a favorecer o estabelecimento do socialismo.

4 PARTIDOS POLÍTICOS

O surgimento dos partidos políticos esteve vinculado ao desenvolvimento da democracia representativa - pressuposto inquestionável do autogoverno do povo - tornando-se um dos elementos caracterizadores do Estado de direito.⁶²

No constitucionalismo moderno, as organizações político-partidárias integram-se à estrutura estatal, sistematizadas pelas Constituições e leis regulamentadoras, compondo o quadro das instituições democráticas.⁶³

“A constitucionalização dos partidos políticos ou “incorporação constitucional dos partidos” (Hesse) implica que eles deixem de ser apenas uma

⁶¹SOBOLEWSKY, Marek, **Politische repraesentation im modernen Staat der buergerlinchen demokratie**. In: Zur theorie und geschichte der repraesentativverfassung, *Apud*: BONAVIDES, Paulo, **Ciência política**, *op. cit.*, p. 226.

⁶² Um excelente *index* enumerando a bibliografia sobre os partidos políticos foi realizado por WITKER, Alejandro na obra intitulada **Bibliografía latinoamericana de política y partidos políticos**, México, Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), 1988.

⁶³ Na prática política, contudo, a existência de partidos pode não estar, necessariamente, relacionada à concepção democrática. O unipartidarismo, identificado como sistema típico dos regimes totalitários, admitia a presença dos partidos, a exemplo do Partido Nazista alemão ou do Partido Fascista italiano.

Acorde o entendimento de José Alfredo de Oliveira Baracho, no caso da Alemanha e Itália nazi-fascista, e ainda, da Rússia comunista, não vigorou um sistema unipartidário mas um sistema competitivo, que se tornou não competitivo devido aos abusos do partido dominante. Para o autor: “Os sistemas não *competitivos*, que têm no partido ultra dominante o limite para diferenciá-lo dos sistemas competitivos, pode surgir pelo abuso da posição dominante, que não passa de um partido único, tipo puro e não dissimulado, que baseia-se na interdição e repressão de outras formações políticas.” In: **Teoria geral dos partidos políticos**, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, nº 50, janeiro de 1980, p. 46. (grifos no original)

realidade sociológico-política (...),”⁶⁴ para denotar a sua primazia na organização governamental contemporânea.....

Três são, basicamente, os sistemas partidários, identificados por José Alfredo de Oliveira Baracho: o unipartidário, o bipartidário e o multipartidário, sendo possível ainda classificá-los pelo critério da competitividade como: sistemas competitivos e não competitivos. O sistema competitivo, por sua vez, comporta uma subsistematização em sistemas multipartidários, bipartidários e sistemas de partidos dominantes.⁶⁵

Submetida às realidades nacionais, às ideologias e às estruturas sócio-econômicas a situação partidária de um Estado encontra-se condicionada ao regime político adotado. Neste contexto, a conceituação de partido político adquire conotação variante, consoante o modelo ideológico sob o qual se alicerça a sociedade. Uma ordem legítima não constituiria, pois, pré-requisito necessário à atuação representativa dos partidos, institucionalizados como estão, “nos regimes autoritários, nos democráticos, nos Estados em desenvolvimento e nos industrializados.”⁶⁶

Por tal razão, elaborar um conceito de partido político unívoco, que englobe as diferentes realidades sociais - fator determinante para a explicitação de seu verdadeiro sentido - é tarefa árdua. Em termos gerais, “o partido político pode definir-se como um grupo de pessoas organizadas com o fim de exercer ou influenciar o poder do Estado para realizar total ou parcialmente um programa político de caráter geral.”⁶⁷ Dito de outra forma, o partido político pode ser

⁶⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito constitucional**, Coimbra, Almedina, 1991, p.452.

⁶⁵ *Id*, p. 46. Desde o século XVIII, a teoria política busca proceder à classificação dos partidos políticos. A título informativo, alguns autores assim os esquematizaram: Hume: partidos pessoais e partidos reais; Bluntschli: partidos mistos políticos-religiosos, partidos baseados em oposições regionais ou nacionais, partidos de estamentos ou de classes, partidos constitucionais, grupos governamentais e de oposição e partidos políticos puros; Treischke: partidos que mantêm uma concepção política do Estado e aqueles que mantêm uma social do Estado; Radbruch: partidos individualistas, supra-individualistas políticos e supra-individualistas culturais; Stahl: partidos da revolução e partidos da legitimidade; Weber: partidos de patronagem e partidos ideológicos; Burdeau: partidos de opinião e partidos de massa; Nawiasky: partidos do movimento e partidos da conservação; Duverger: partidos de quadros e partidos de massas; Roger-Gehard Schwartzberg: sistemas competitivos e não competitivos e Neuman: partidos de representação individual e partidos de integração social.

⁶⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho, **Teoria geral dos partidos políticos**, *op. cit.*, p.26.

⁶⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel, **Derecho constitucional comparado**, *op.cit.*, p.192.

compreendido como uma organização, cujos membros partilham determinadas idéias que os vinculam e os identificam, levando-os a associarem-se com o objetivo de alcançar o poder e administrar a máquina estatal segundo suas concepções ideológicas.⁶⁸

Considerado sob esta perspectiva, o conceito acima exposto gera controvérsias teóricas, mormente quando confrontado com a vontade geral de Rousseau. Tal controvérsia, contudo, atenua-se ao se considerar a distinção estabelecida entre partido e facção, tendo como elemento diferenciador a defesa, pelo primeiro, dos interesses nacionais, enquanto a última patrocina causas particulares e interesses individualizados. A idéia de facção reproduz, por assim dizer, a antítese, ou mesmo a verdadeira negação do partido político, que, num processo de degeneração, poderá ter sua natureza transfigurada, esfacelando-se em uma ou várias facções.⁶⁹

O critério ideológico é fundamental, por revelar a filosofia político-partidária adotada, inerente e imperativa à sua constituição. “A criação de um

⁶⁸ Segundo a famosa definição de Max Weber, o partido político é “uma associação (...) que visa a um fim deliberado, seja ele ‘objetivo’ como a realização de um plano com intuítos materiais ou ideais, seja ‘pessoal’, isto é, destinado a obter benefícios, poder e, conseqüentemente, glória para os chefes e sequazes, ou então voltado para todos esses objetivos conjuntamente.” *In: Economia e Societã, op. cit.*, Vol. II, pp.214-241.

A conceituação weberiana carrega significativo conteúdo ideologizante. Acorde observa Norberto Bobbio: “Esta definição põe em relevo o caráter associativo do partido, a natureza da sua ação essencialmente orientada à conquista do poder político dentro de uma comunidade, e a multiplicidade de estímulos e motivações que levam a uma ação política associada concretamente à consecução de fins “objetivos” e/ou “pessoais”. Assim concebido, o partido compreende formações sociais assaz diversas, desde os grupos unidos por vínculos pessoais e particularistas, às organizações complexas de estilo burocrático e impessoal, cuja característica comum é a de se moverem na esfera do poder político.” *In: Dicionário de política, op. cit.*, vol.2, pp. 898-899.

⁶⁹ “Las consideraciones teóricas sobre los partidos políticos en el sentido moderno o, si se quiere, premoderno de la palabra - es decir, como distintos de las facciones que había sido tema de permanente atención en el pensamiento político - comienzan a desarrollarse en Inglaterra en el siglo XVIII con la germinación del régimen parlamentario y se acentúan con el desenvolvimiento de éste. La literatura de esta primera época se caracteriza por el plantamiento del problema de la posibilidad o imposibilidad de distinguir entre los partidos y las facciones y por su posición polémica en favor o en contra de los partidos. Como ejemplo - quizá el primero - de la distinción entre ambos términos vale la establecida por Bolingbroke en 1749: un partido degenera cuando ‘el interés nacional deviene un objetivo secundario o subordinado y la causa (...) se apoya más en el beneficio del partido o facción que en el de la nación.” *In: GARCÍA-PELAYO, Manuel, El Estado de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, 2ª ed., pp.12-13.

partido ou a adesão a um partido não se pode conceber sem um conjunto de idéias políticas.”⁷⁰

Fruto de um esforço de aglutinação, o fato de ter como meta principal a conquista do poder objetivando implementar a concepção teórica que os animam induz os partidos políticos a perquirir os interesses nacionais. Para que uma organização partidária se imponha, cresça e se fortaleça, mister um programa de governo que sensibilize parte considerável dos eleitores.⁷¹

Natural no sistema democrático de governo, o partido expressa o pluralismo das soluções possíveis no exercício da dimensão social, promovendo o equilíbrio do governo ao garantir a equânime representação das divergências.⁷² Como instituição ligada ao desenvolvimento da democracia representativa, constitui-se num meio bastante eficaz para unir tanto eleitores quanto seus representantes.

Do ponto de vista jurídico, a partir do século XX, a definição conceitual de partido político não ofereceu mais problemas uma vez que sua estrutura e limites foram normatizados pelas Constituições.⁷³

⁷⁰ KHEITMI, Mohammed Rechid, **Les partis politiques et le droit positif français**, *Apud*: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, **Direitos humanos na ordem jurídica interna**, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1991, p.404.

⁷¹ “O partido busca o poder e tende, por isso mesmo, a concentrá-lo tanto internamente quanto o poder do Estado, quando o alcança. Exatamente por isso, o partido tende a ampliar a presença do Estado para controlar, sempre mais, as fontes do poder existentes na sociedade.

Em suma, o partido visa mobilizar uma parcela da sociedade com suficiente densidade para assumir o poder, em condições de (...) pôr em execução as medidas legais e executivas que permitam a concretização de uma concepção da sociedade, com as prioridades determinadas pelo momento social, segundo o sentir da parcela por ele mobilizada.” WAGNER, José Carlos Graça, **Partidos políticos: um estudo crítico**, *In*: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Forense, 1987, número especial, p. 369.

⁷² Segundo Kelsen, os partidos políticos promovem a formação da vontade geral ou da vontade estatal no momento em que contrapõem suas diferentes formulações políticas.

Impõe-se superar o conceito ideal de povo presente em Rousseau, para apreender a dinâmica das forças antagonônicas, na qual o povo real edifica a sociedade democrática. *In*: **A democracia**, *op. cit.*, pp. 35 *et seq.*

⁷³ Para citar dois exemplos de inserção dos partidos políticos na ordem constitucional democrática, na Constituição da República Federativa do Brasil a estruturação jurídica dos partidos políticos encontra-se prevista no art. 17, Título II “ Dos direitos e garantias fundamentais”, que determina: “ É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I- caráter nacional; II- proibição de recebimento de recursos

Sobre o tema, preleciona José Alfredo Baracho: “ Considerados hoje como essenciais à democracia representativa, até há pouco tempo, a existência dos partidos desenvolveu-se fora da Constituição e mesmo das leis (...)” entendidos “ como produto dos costumes e da tradição (...)”⁷⁴

Deste momento em diante, não se questionou mais a necessidade ou legitimidade dos partidos, mas o âmbito de sua atuação.⁷⁵

A pretensão da presente análise é avaliar a atuação dos partidos políticos no Estado democrático, buscando apreender aspectos relevantes da relação estabelecida entre os sistemas eleitorais e o conteúdo da representação por eles determinados.⁷⁶

financeiros de entidade ou governo estrangeiro ou de subordinação a estes; III- prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei (...)”
 Avaliando a posição dos partidos na lei fundamental alemã Heck afirma: “Pelo art. 21, Alínea 1, da Lei Fundamental, os partidos políticos são portadores da formação da vontade política do povo e estão integrados à Constituição. Essa integração contém o reconhecimento de que os partidos políticos não são apenas organizações relevantes no sentido político e sociológico, mas também no sentido jurídico. Eles tornaram-se elementos integrantes da construção constitucional e da vida política constitucionalmente ordenada.” HECK, Luís Afonso, **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã**, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1995, p.245.

⁷⁴ In: **Teoria geral dos partidos políticos**, *op. cit.*, p.35

⁷⁵ “ Respecto a su orden interno, cabe afirmar que a una organización que tiene tanta importancia en la vida coletiva (**Gesamtleben**) no se la puede dejar una libertad ilimitada de asociación, y que parece contradictorio otorgar a los partidos derechos jurídico-políticos sin establecer jurídicamente sus obligaciones políticas. Los partidos necesitan de una regulación jurídica cuyo contenido concreto debe depender del sistema de partidos de cada país” GARCIA-PELAYO, Manuel, **El Estado de partidos**, *op.cit.*, pp.36-37.

⁷⁶ Marcel Prélot identifica três modalidades de representação política: a majoritária, a representação das minorias e a proporcional.

Acorde sua definição, “ le système majoritaire exige, pour une désignation valable que converge sur le même nom la majorité absolue ou, sous certaines conditions, la majorité relative des suffrages exprimés.

La majorité absolue exige plus de la moitié des voix et non pas, comme on le dit souvent, la moitié plus une (...).

La majorité relative consiste simplement dans un nombre de voix plus élevé que celui obtenu par un concurrent, ne fut-il qu'une unité.”

No tocante à representação das minorias, Prélot assevera: “Assez généralement, le système uninominal donne aux minorités un certain nombre des sièges. Leur groupement géographique, joint à la multiplication des circonscriptions interdit, leur élimination (...).

Mais cette représentation est empirique et aléatoire. La représentation des minorités, au contraire, a pour but d'assurer systématiquement un minimum de sièges aux opinions de considérations.

Les principaux procédés usités sont le vote limité et le vote cumulatif:

- Dans *le vote limité*, la majorité ne peut désigner qu'une partie des élus. Ainsi, en Italie, la loi Acerbo qui fut, en 1924, la fourrière du fascisme, accordait *a priori* les deux tiers des sièges à la majorité, mais réservait le tiers restant des mandats aux listes dites “de minorité”.

Entre os teóricos que se debruçam sobre o assunto é corrente o entendimento de que o sistema eleitoral exerce grande influência sobre o sistema partidário, embora seja destacada a assertiva de que referida influência não se encontra isolada de outros fatores relevantes, tais como, a realidade cultural e sócio-econômica. Efetivamente, ambos os sistemas compõem o governo democrático e, por conseguinte, asseguram a autenticidade da vontade política estatal. Verifica-se tanto um processo de influências recíprocas quanto um forte vínculo de continuidade entre eles, em razão de o sistema partidário promover a mobilização e organização da sociedade de acordo com as concepções políticas de seus integrantes. Faz-se mister que o sistema eleitoral propicie a expressão definitiva deste posicionamento ao fixar as regras que orientam o exercício do direito de voto.

Os sistemas majoritário e proporcional, cada qual a seu modo, promoveram o fortalecimento dos partidos políticos. O procedimento eleitoral estabelece o *modus faciendi* da realização do sufrágio, organizado de maneira a favorecer a composição de um governo coerente e estável. Nesta direção quase unânime a postura favorável aos sistemas proporcional e majoritário em dois turnos por fomentar o multipartidarismo, ao contrário do sistema majoritário em um único turno, cuja atuação polariza os partidos, provocando o

- Dans *le vote cumulatif*, le électeur réunit toutes les voix dont il dispose sur un ou deux noms au lieu de les dispenser sur tous les candidats d'une liste complète. La minorité en se groupant habilement peut, de la sorte, devenir majorité pour un ou plusieurs sièges.

La représentation proportionnelle est aussi la représentation des minorités, mais elle la dépasse en donnant à celles-ci leur part entière.

Por fim, no tocante à representação proporcional: "L'objet de la représentation proportionnelle est, en effet, d'assurer aux diverses opinions entre lesquelles se répartissent les électeurs un nombre de sièges correspondant au rapport de leurs forces respectives. Selon des métaphores bien connues, elle est tantôt le miroir rapetissant mais fidèle où le pays retrouve son image, tantôt la carte en réduction des tendances qui partagent le peuple.

Les modes assez divers d'application se ramènent tous à quelques opérations d'arithmétique élémentaire.

Les sièges s'attribuent au moyen:

du quotient électoral;

du nombre unique;

du diviseur électoral ou de la plus forte moyenne;

du vote unique transférable."

In: **Précis de droit constitutionnel**, Paris, Dalloz, 1952, deuxième édition, pp. 370-373. (grifos no original)

bipartidarismo.⁷⁷ Referida polarização implica uma representação insuficiente com relação às minorias que, conquanto participem do processo de votação, ficam destituídas de procuradores nas Assembléias.⁷⁸

O regime democrático tem no pluralismo político um dos seus mais importantes alicerces, e o partido político constitui-se no mecanismo de expressão da vontade popular na escolha dos governantes. Veículo de comunicação entre a sociedade e o Estado, ele canaliza as reivindicações e anseios sociais, exercendo o importante papel de inconsciente coletivo da nação.⁷⁹ E mais, ao possibilitar que os indivíduos se articulem em torno de uma ideologia definida, liberta-os de promessas de campanhas e qualidades pessoais dos candidatos à medida que “o eleitor moderno não pode mais confiar nas promessas de candidatos não comprometidos com a fidelidade a um programa e a um partido.”⁸⁰

Duverger assinala que o desenvolvimento dos partidos redefiniu as questões correntes em torno da representação, pois estes vieram a participar da relação já instituída entre representados e representantes. Ele sustenta: “Antes de ser escolhido pelos eleitores, o deputado é escolhido pelo partido: os eleitores só fazem ratificar essa escolha (...) Se se quer manter a teoria da representação jurídica, é necessário admitir que o eleito recebe um duplo mandato do partido e dos eleitores.”⁸¹

⁷⁷ Trata-se da conhecida posição de Duverger, adotada por outros autores, para quem o sistema majoritário de escrutínio a um só turno tende ao bipartidarismo, enquanto o sistema majoritário de escrutínio a dois turnos e o de representação proporcional tende a multipartidarismo. A matéria está tratada na obra **Os partidos políticos**, *op. cit.*, pp.239 *et. seq.*

⁷⁸ Por outro lado, embora promova, no geral, uma participação mais democrática, “a representação proporcional acarreta a multiplicidade de partidos, mas nem sempre estimula conflitos programáticos definidos”, na observação percutiente de José Alfredo de Oliveira Baracho, *In: Teoria geral dos partidos políticos*, *op. cit.*, p. 50.

⁷⁹ Diria José Afonso da Silva : “Uma das consequências da função representativa dos partidos é que o exercício do mandato político, que o povo outorga a seus representantes, faz-se por intermédio deles, que, desse modo, estão de permeio entre o povo e o governo, mas não no sentido de simples intermediário entre dois pólos opostos ou alheios entre si ; porém, como um instrumento por meio do qual o povo governa. Dir-se-ia em tese, ao menos - que o povo participa do poder por meio dos partidos políticos. Deverão servir de instrumento para atuação política do cidadão, visando influir na condução da gestão dos negócios políticos do Estado.” *In: Curso de direito constitucional positivo*, *op.cit.*, p. 350.

⁸⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, **Direitos humanos na ordem jurídica interna**, *op. cit.*, p.394.

⁸¹ DUVERGER, Maurice, **Os partidos políticos**, *op. cit.*, p.387.

Em síntese, o Estado democrático de direito não pode prescindir dos partidos políticos, sobretudo após o estabelecimento do sufrágio universal, que incorporou as massas ao jogo político. A sociedade moderna adquiriu contornos de sociedade organizacional, e a conquista de direitos ou mesmo a realização de certos objetivos político-governamentais dependem, inexoravelmente, da capacidade de organização das forças populares.

5 A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

A reflexão filosófica que intente definir as razões e os fundamentos do sistema representativo necessita, a priori, identificar as diversas possibilidades interpretativas existentes: a jurídica, a sociológica e a histórica.

Em sua expressão jurídica, o sistema representativo cumpre satisfatoriamente a exigência de igualdade democrática, que pressupõe a participação de todos os cidadãos nas decisões de governo, através do direito de voto. Ocorre, contudo, que a interpretação deste instituto não há de ser vislumbrada, apenas, sob o aspecto formal. Importa considerar o fato de que o sistema representativo foi o mecanismo adotado pelos ideólogos do liberalismo na tentativa de identificar as relações de poder, mormente no que tange à questão política, com a democracia.⁸²

Outra finalidade não tem o instituto representativo, no dizer de Carnelutti, senão que “um outro faça com relação a um interesse alheio o que faria se fosse o respectivo titular.” *Apud*: SARTORI, Giovanni, **A teoria da representação no Estado representativo moderno**, In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, 1962, p. 85.

⁸² Falou-se em tentativa, porque o sistema liberal não tardou a demonstrar sua contradição com os ideais democráticos. Nesse sentido, ver Paulo Bonavides: “A crítica de juristas e sociólogos políticos mostrou com clareza que longe de idênticos ou pelo menos análogos, o liberalismo e a democracia na essência eram distintos, senão opostos, oposição mais sentida e identificada na medida em que os princípios liberais buscavam por objeto supremo atender à sustentação de privilégios de classe, numa sociedade classista, onde a burguesia empalmará o poder político desde a Revolução Francesa.” **Ciência Política**, *op cit*, p. 216.

No mesmo sentido, pronuncia-se José Luiz Quadros de Magalhães: “O modelo do Estado liberal não funcionou. O crescimento econômico desordenado, a gigantesca concentração econômica e a revolta social, que passa a ser organizada pelos movimentos socialistas na segunda metade do século XIX, desafiam a continuidade do modelo que começa a mudar, primeiramente nas leis infra-constitucionais, com as primeiras leis trabalhistas, previdenciárias e a lei antitruste, que marcam uma mudança de postura do Estado que de abstencionista passa a intervir nas questões sociais e econômicas, assistindo aos economicamente excluídos ou carentes de um lado, e de outro lado intervindo no domínio econômico, no sentido de controlar o processo de concentração econômica, evitando o fim do modelo liberal que se baseava na livre iniciativa e na livre concorrência, inviabilizadas pela concentração econômica e o domínio de mercados decorrente

A crise do sistema representativo deve ser entendida a partir de um processo global de questionamento dos valores democráticos e das práticas políticas neles fundamentadas. A democracia liberal, quando posta em prática, torna-se uma realidade de reestruturação do poder. Desvelam-se, nessa dialética múltiplas interpretações sociais.

A consolidação do sistema representativo, como foi dito, deu-se no interior de uma dinâmica de contestação ao absolutismo monárquico, num conflito que se espalhou pelo corpo social, graças ao esforço burguês em universalizar seu discurso e apresentar seus interesses de classe como sendo o do homem ecumênico. Não é casual a Revolução Francesa ter tido como referenciais ideológicos, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, engendrando a destruição das referências simbólicas.⁸³

Apresentado como a única possibilidade de efetivação de uma ordem política democrática, o instituto da representatividade, desde os seus primórdios, enfrentou a contestação ao Estado Liberal.⁸⁴

dessa concentração." *In: Poder municipal. Paradigmas para o Estado constitucional brasileiro, op. cit., p.32.*

⁸³ Uma projeção do liberalismo no constitucionalismo atual francês está contida na análise realizada por BARACHO, José Alfredo de Oliveira, no artigo intitulado: **A revisão da Constituição francesa de 1958. A permanente procura de uma Constituição modelar**, *In: Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Volume 3, 1999, pp. 63-103.*

⁸⁴ Hans Kelsen diria: "É importante ter consciência de que o princípio da democracia e o do liberalismo não são idênticos, de que existe até mesmo certo antagonismo entre eles. Pois, de acordo com o princípio da democracia, o poder do povo é irrestrito, ou, como formula a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão: "O princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação." É essa a ideia de soberania do povo. O liberalismo, porém, implica a restrição do poder governamental, seja qual for a forma que o governo possa assumir. Também implica a restrição do poder democrático. Portanto, a democracia é essencialmente um governo do povo." *In: A democracia, op. cit., p. 143.*

Para Gustav Radbruch, "Foi sempre errônea a designação que noutra tempo se dava à Democracia, ao chamar-se-lhe um "liberalismo das esquerdas", caracterizando-a assim como uma espécie mais acentuada de Liberalismo (...).

"A Democracia, sabido é, quer antes de mais nada o domínio incondicional da vontade majoritária. O Liberalismo, pelo contrário, quer antes de mais nada a possibilidade de as vontades individuais se afirmarem e até, em certos casos, a de se oporem à vontade da maioria. Para o Liberalismo são ponto de partida de toda a construção de filosofia política: os "direitos do homem", os direitos fundamentais e originários do indivíduo, e entre eles o da liberdade, como elementos do seu estado natural, que já existia antes do Estado, e que só foram transportados para dentro dele sob a condição de serem aí absolutamente respeitados. Este, como se sabe, só tem a justificá-lo precisamente essa missão de os respeitar. Com efeito, como se lia na Declaração de 1789: "o fim de toda a sociedade política consiste na conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem." Pelo contrário, para a Democracia, é ponto de partida a renúncia definitiva que o

Paulo Bonavides identifica três momentos demarcadores, nos quais a sociedade tentou redefinir o sistema representativo, tomando como base a tradicional dicotomia: princípio da dualidade versus princípio da identidade, segundo o critério da realização da vontade popular. Entende o autor ter havido uma decomposição progressiva da vontade una e soberana do povo, a ser observada nas seguintes fases: a da representação proporcional, a da representação profissional e a dos grupos de pressão.

A representação proporcional, caracterizada essencialmente pelo elemento territorial, promoveu um esfacelamento da vontade geral, devido a expressão de variadas tendências políticas regionais no Parlamento. O

indivíduo faz em favor da vontade do Estado, representada pela vontade da maioria, da sua liberdade prè-estadual, para receber em troca apenas a possibilidade de participar, êle, na formação dessa vontade. Ora, desta diversidade de concepções fundamentais derivam para o Liberalismo e para a Democracia certos princípios de organização política totalmente diversos e cuja oposição se pode ver materializada na antítese entre MONTESQUIEU e ROUSSEAU. O Liberalismo, por exemplo, acata a doutrina da divisão de poderes do primeiro, cujo intuito era, como se sabe, neutralizar em favor dos direitos de liberdade do indivíduo as duas fôrças sociais, monarca e a vontade da maioria, opondo-se uma à outra. A Democracia, pelo contrário, rejeita, com o segundo, essa doutrina, porque precisamente aquilo que lhe é mais caro é o absolutismo dessa vontade da maioria que o primeiro combate.

“Portanto, dum lado a maioria, do outro, liberdade. Por um lado, participação na formação da vontade do Estado e consequentemente da maioria; pelo outro, liberdade perante o Estado. Aqui “liberdade civil dentro do Estado”, acolá, “liberdade civil contra o Estado”; aqui direitos de liberdade concedidos pelo Estado, acolá direitos de liberdade deixados intactos pelo Estado; para uma, a igualdade de todos os direitos conferidos, para o outro uma liberdade deixada a todos igualmente, a-fim de poderem utilizar as suas aptidões naturais diferentes - isto é, uma igualdade no ponto de partida, que logo se transforme numa desigualdade no ponto de chegada. Para a Democracia o conceito de igualdade sobrepuja o de liberdade; para o Liberalismo, inversamente, é o de liberdade que sobreleva ao de igualdade. Além disso, torna-se também claro, depois do que fica dito, que esta diferenciação entre as duas concepções tem como base, respectivamente, não uma total eliminação do elemento liberal pelo elemento democrático-ou vice-versa, do democrático pelo liberal – mas sim apenas o predomínio que nelas é dado a um outro desses elementos na sua mútua combinação *demo-liberal*, segundo a expressão fascista.

“Pois bem: isto pôsto, já podemos agora remontar até à oposição das concepções filosóficas de que brotam os contrastes que acabamos de pôr em relêvo. Se empregarmos uma fórmula algébrica podemos dizer que a Democracia atribui ao indivíduo valor finito; o Liberalismo, porém, um valor infinito. Para a primeira o valor do indivíduo é multiplicável e o da maioria dos indivíduos, portanto, maior que o da minoria. O valor infinito indivíduo, segundo o Liberalismo, é, pelo contrário, necessariamente inigualável por qualquer outro valor correspondente a uma maioria, por maior que esta seja. Esta diversa valoração do indivíduo nas duas concepções funda-se, por sua vez, numa diferente estrutura dos respectivos conceitos àcêrca dos valores éticos. Para o Liberalismo o valor ético é susceptível de se realizar completamente num único indivíduo. Todo o indivíduo é chamado a realizar um valor ético que é o mesmo para todos e, por conseguinte, insuperável e infinito. Pelo contrário, para a Democracia o valor ético só é susceptível de receber um conteúdo mediante a sua aplicação aos vários indivíduos, recebendo um conteúdo diferente a respeito de cada um dêles; por forma que só num número infinito de indivíduos é que a riqueza do mundo moral pode a-final manifestar-se em tôda a, sua plenitude.” *In: Filosofia do direito*, tradução de L. Cabral de Moncada, São Paulo, Saraiva & C.^ª, editores, 1937, pp. 92-94. (grifos no original)

representante eleito e vinculado à uma determinada região do país, de certa forma, contradizia o princípio da dualidade.⁸⁵

O declínio da teoria da duplicidade no final do século XIX explicitou-se nos movimentos dos trabalhadores que, empreendendo organizar a classe operária, não contaram com o apoio do Estado liberal neutro em relação aos conflitos entre trabalhadores e patrões. A ação objetivava a institucionalização de direitos, reinterpretando o significado da atuação daquela classe na sociedade. Para o movimento operário, cabia ao Estado criar mecanismos de compensação dos contrastes sociais, promovendo o estabelecimento de uma sociedade mais justa. Era o prenúncio do Estado social, cujo caráter supostamente democrático implicava o abandono, pelo menos em parte, da tradicional concepção do livre jogo do mercado. Seu estabelecimento marcou a culminância de uma ordem de valores, denotando a inclusão das massas no processo de decisão política.

A representação profissional viria num segundo momento, introduzindo o corporativismo. A oposição ao princípio da duplicidade, aqui, revelar-se-ia pela prevalência dos interesses de um segmento determinado da sociedade: os trabalhadores, dando origem à representação classista nos Parlamentos.

A orientação fascista que determinou a adoção da representação profissional no Legislativo levaria à sua decadência. “O descrédito da representação profissional, pondo termo a essa segunda fase, adveio sem dúvida da vinculação ideológica com a doutrina política do fascismo.”⁸⁶

A grande inovação do movimento operário, contudo, foi demonstrar que a tão propalada “vontade popular”, como elemento formador do ideal de bem comum jamais se realizou historicamente no sentido universalista que sempre

⁸⁵ **Ciência Política**, *op. cit.*, p. 222.

Igualmente, anota Carl Friedrich: “Se acuerda generalmente que el método tradicional de basar la representación en subdivisiones territoriales es un tanto artificial, dado que ninguna comunidad genuina corresponde con ellas ya, sobre todo en las grandes aglomeraciones urbanas de hoy. Y con todo nadie há conseguido descubrir un plan realmente factible de cambio, que tuviera en cuenta la transformación de los lazos comunales existentes.” *In: Gobierno constitucional y democracia*, *op. cit.*, p.37.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo, **Ciência Política**, *op cit*, p 223.

lhe atribuíram. Fez-se necessária a mobilização dos trabalhadores a fim de obterem o direito básico sobre o qual o sistema representativo se assenta: o voto. O sufrágio censitário pôs à mostra o caráter aristocrático da democracia liberal.⁸⁷

Frustrado pelo voto censitário, pela exclusão da participação feminina, por um Parlamento organizado em moldes aristocráticos, o Estado liberal expor-se-ia à sua própria vulnerabilidade.⁸⁸

A luta pelo direito de votar foi a maneira encontrada pelos partidos ligados à classe operária para minar o sistema representativo dentro das próprias regras do jogo político. “Tal participação, ao mesmo tempo que reforçou o quadro institucional vigente, ao optar pela via reformista e não

⁸⁷ Manuel García-Pelayo aponta as antinomias existentes entre o liberalismo e a democracia, responsáveis, segundo ele, pela crise do Estado democrático liberal: “La raíz fundamental de tal crisis radica en que el Estado democrático liberal se bas en la unidad de dos términos, que si durante cierto tiempo se han armonizado, sin embargo, representan en sí mismos algo antagónico y de difícil convivencia cuando los principios que los informan obtienen el adecuado despliegue. Tales términos son la democracia y el liberalismo.

“Ciertamente que ambos tienen una serie de notas comunes, y que ninguno puede vivir sin un mínimo del otro; que la democracia, tal como se ha manifestado en Occidente, exige ciertas libertades liberales, y que el liberalismo precisa de ciertas exigencias democráticas. Pero esto es justamente uno de los supuestos de su antinomia. El otro es que, a pesar de esa necesidad mutua, ambos términos son contradictorios en una serie de aspectos esenciales:

A) Como manifestaciones de esta contradicción en el plano ideológico, pueden considerarse las siguientes:

El liberalismo supone la división de poderes como recurso técnico para limitar los propios poderes.

La democracia, en cambio, no admite limitación alguna para los poderes del pueblo; por eso su más característica expresión histórico-positiva ha sido el gobierno convencional.

Para el liberalismo es esencial la salvaguardia de los derechos de las minorías, pues todo individuo tiene una esfera intangible frente al poder del Estado; para la democracia, la voluntad de la mayoría no puede tener límite. El uno es intelectualista, la otra es voluntarista.

El liberalismo significa así libertad frente al Estado; la democracia, posibilidad de participación en el Estado.

El uno conduce a la afirmación de la personalidad; la otra, a su relativización ante la masa.

Forma extrema de los supuestos liberales sería el anarquismo; forma extrema de los democráticos, el comunismo.” *In: Derecho constitucional comparado, op. cit.*, pp.198-199.

⁸⁸ Jorge Miranda, a propósito, escreve: “A passagem para o Estado social irá reduzir ou mesmo eliminar o cunho classista que, por razões diferentes, ostentavam antes uma e outra categoria de direitos. A transição do governo representativo clássico para a democracia representativa irá reforçar ou introduzir uma componente democrática, que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade-autonomia como uma liberdade-participação (fechando-se, assim, o ciclo correspondente à contraposição de CONSTANT).

Por um lado, não só os direitos políticos são paulatinamente estendidos até se chegar ao sufrágio universal como os direitos económicos, sociais e culturais, ou a maior parte deles, vêm a interessar sectores crescentes da sociedade. Por outro lado, o modo como se adquirem, em regime político pluralista, alguns dos direitos económicos, sociais e culturais a partir do exercício da liberdade sindical, da formação de partidos, da greve e do sufrágio mostra que os direitos de liberdade se não esgotam no mero jogo de classes dominantes.” *In: Manual de direito constitucional*, Coimbra Editora Ltda, Tomo IV, 1988, p.23.

revolucionária, introduziu no sistema político elementos geradores de conflito”⁸⁹ Contudo, a incorporação das massas no processo decisório do governo, tendo forçado a abertura do sistema, não resolveu suas falhas.

6 A EXPRESSÃO CONTEMPORÂNEA DA CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO

Finalmente, a terceira fase, a da época contemporânea, na qual se vê, “a representação profissional na sua antecedente formulação (...) de todo abandonada (...) cedendo ao influxo cada vez mais decisivo dos distintos grupos de interesses.”⁹⁰ São os chamados “grupos de pressão”, cuja atuação vem alterando significativamente o frágil equilíbrio das relações de poder entre eleito e eleitor, numa dialética desestabilizadora do próprio sistema representativo.

A expressão tem origem na ação de determinados grupos que buscam perpetrar a defesa de interesses específicos. “São organizações ou entidades que procuram influenciar no processo de decisão dos órgãos estatais, visando ao atendimento de seus objetivos”.⁹¹

Trata-se de uma nova forma de organização da sociedade civil que pressiona “o sistema representativo tradicional e as casas eletivas, buscando talvez institucionalizar-se através de vias que ainda não foram claramente localizadas pela teoria (...)”.⁹²

Paul Hirst identifica, na relação entre os grupos de pressão e os partidos políticos, um mecanismo de concessão e acomodação. “Os partidos, por estarem periodicamente sujeitos às disputas eleitorais, tendem a ‘comprar’ o apoio de

⁸⁹ PAIVA, Maria Arair, *op. cit.*, p 80

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo, **Ciência Política**, *op. cit.*, p.223.

⁹¹ TOLEDO, Gastão Alves de, **Grupos de pressão no Brasil**, *In*: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro, Forense, número especial, 1987, pp 412-413.

Os métodos por meio dos quais os grupos de pressão exercem influência são diversos, porém, de maneira geral, cabe classificá-los observando as seguintes direções: “a) influencia en las elecciones; así, por ejemplo, los sindicatos obreros americanos, normalmente indiferentes ante los partidos, apoyan electoralmente a aquel que les promete llevar a cabo una determinada política; b) contacto directo con los legisladores, ministros y funcionarios; c) propaganda frente a la opinión pública.” GARCÍA-PELAYO, Manuel, **Derecho constitucional comparado**, *op. cit.*, p.196.

⁹² BONAVIDES, Paulo, **Ciência Política**, *op. cit.*, pp. 223-224.

grupos selecionados, o que é um dos principais e mais eficazes canais de influência pública.”⁹³ Entretanto, ressalta que este tipo de relação é bastante pernicioso para o sistema político, pois implica a adoção pelo Parlamento de medidas que favorecem determinados segmentos sociais, os quais, em razão do seu poder tornam-se intocáveis, sem exercer nenhum controle sobre outras decisões de importância fundamental para a sociedade.⁹⁴

Na verdade, a ficção de identidade que impregnou o sistema representativo descortina a imperiosidade de proceder-se a uma revisão do próprio conceito de Estado, cujos acréscimos - Estado liberal, Estado social, Estado de partidos, Estado de justiça, Estado corporativo, et cetera - foram insuficientes para abranger a sua complexidade.⁹⁵

“A preocupação para com as transformações pelas quais passa o Estado denota a projeção que ele atinge no mundo contemporâneo, numa evidente procura de atualização das questões clássicas em torno do mesmo (...)”⁹⁶

⁹³ HIRST, Paul, A **democracia representativa e seus limites**, tradução Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1992, p. 41.

A diferença entre os grupos de pressão e os partidos políticos é clara: “a) Los partidos tienen como finalidad la ocupación o participación en el poder político, buscan la investidura jurídico-pública para sus miembros, mientras que los grupos de presión no pretenden la ocupación del poder, sino simplemente condicionar las decisiones de aquellos que lo ejercen jurídicamente.

b) Los partidos tienen una concepción política total y se sienten responsables de los intereses morales y materiales de la totalidad del país; los grupos de presión sólo tienen interés por un problema o por un círculo limitado de problemas, permaneciendo indiferentes ante los demás; sólo se sienten responsables de los intereses de grupo.

c) En resumen: mientras que la política es lo fundamental para los partidos y constituye el fin y el sentido de su existencia, en cambio, para los grupos de presión es lo accidental, es un mero instrumento para realizar otro tipo de intereses materiales o espirituales.

“Para concluir, debemos aclarar ahora cuál es la relación dialéctica entre el grupo de presión y el partido político.

d) En primer término, la relación entre ambos es fluyente, de manera que puede haber organizaciones que formalmente tengan la configuración de partido, pero que en realidad actúen como grupos de presión, sea que no les interese ejercer el poder del Estado, sino simplemente influenciarlo, sea que, aun participando en el poder, permanezcan indiferentes para lo que no sea un círculo limitado de problemas.

e) Existe una relación compensatoria entre ambos, pudiendo afirmarse que, mientras más fuertes y representativos de los intereses de los núcleos sociales sean los partidos, menos extensión tienen los grupos de presión.” GARCÍA-PELAYO, Manuel, **Derecho constitucional comparado**, *op. cit.*, pp.196-197.

⁹⁴ “Cabría, pues, decir que, cuando los partidos son débiles, el poder social asciende al estatal a través de los grupos de presión.” GARCÍA-PELAYO, Manuel, **Derecho constitucional comparado**, *op. cit.*, p.197.

⁹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, **Regimes Políticos**, *op. cit.*, pp.127-128.

⁹⁶ *Id.*, p.129.

O colapso do sistema representativo patenteia a inobservância de condição básica inerente à teoria da representação: o controle das ações dos governantes,⁹⁷ acarretando problemas que ameaçam seriamente as instituições democráticas, entre os quais se destacam a descrença e a desmobilização dos cidadãos.

Nessa perspectiva, a democracia não se reduz somente ao voto, mas à efetiva participação no processo de construção do Estado e da sociedade, conforme destaca José Luiz Quadros de Magalhães.⁹⁸

E é sob esta dimensão estruturante de revitalização e aprofundamento das regras da legitimidade política que se tentará contextualizar a limitação dos mandatos eletivos, tratada nos capítulos seguintes. Expressão da ética

⁹⁷ Na esteira da definição de Carnelutti, Giovanni Sartori acrescenta um novo elemento à teoria da representação: a responsabilidade. Responsabilidade esta de caráter político, que deve ser cobrada do mandatário a cada eleição para efeito de renovação ou revogação de mandatos. Nas suas palavras: “O apelo periódico ao corpo eleitoral obriga a seu modo e por seus caminhos, o eleito a comportar-se com relação aos eleitores como estes fariam se estivessem em seu lugar.” *In: A teoria da representação no Estado representativo moderno, op. cit., p. 84.*

⁹⁸ *In: O poder municipal, op. cit., p.36.*

Para um maior aprofundamento da matéria tratada neste capítulo, consultar as seguintes obras: RUFFIA, Paolo Biscaretti di, **Direito constitucional. Instituições de direito público**, *op.cit.*, p. 237 *et seq.*; ROMANO, Santi, **Princípios de direito constitucional geral**, *op. cit.*, pp. 211 *et seq.*; SEGADO, Francisco Fernandez, **El sistema constitucional español**, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 115-121 e 714-721; MIRANDA, Jorge, **Manual de direito constitucional**, *op. cit.*, pp. 45-78 e 149-157 do Tomo III; CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito constitucional**, *op. cit.*, pp. 440-478; JOUVENEL, Bertrand de, **Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance**, Paris, Hachette, 1972, pp. 39-59; HAURIOU, Maurice, **Principios de derecho público y constitucional**, tradução de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Réus, 1927, pp. 202-294; KING, Preston, **O estudo da política**, Coletânea de textos, Brasília, Editora UNB, 1975; RUIZ, Marta V. de, **Manual de la Constitución nacional. Sistemas políticos y constitucionales contemporaneos**, Buenos Aires, Heliasta, 1997, 1ª ed., pp. 11-27; SARTORI, Giovanni, **Engenharia constitucional. Como mudam as Constituições**, tradução de Sérgio Bath, Brasília, Editora UNB, 1996, pp. 15-97 e do mesmo autor **A política. Lógica e método nas ciências sociais**, tradução de Sérgio Bath, Brasília, Editora UNB, 1997, pp. 157-175; LINARES QUINTANA, Segundo V., **Tratado de interpretación constitucional. Principios, métodos y enfoques para la aplicación de las constituciones**, Buenos Aires, Abeledo Perrot, SD, pp. 847-874; LUHMANN, Niklas, **Poder**, tradução de Martine Creusot de Rezende Martins, Brasília, Editora UNB, 1992, 2ª ed., pp. 81-95; MASSIMO, Salvadori, **Democracia liberal**, Rio de Janeiro, Editora Fundo de Cultura SA, 1958. Dentre os autores brasileiros ver: BARACHO, José Alfredo de Oliveira, **Regimes Políticos**, *op. cit.*, pp.57-114; HORTA, Raul Machado, **Direito constitucional**, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, 2ª ed., pp.57-114 e 203-279; SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**, *op. cit.*, pp. 299-351; CARVALHO NETTO, Menelick, **A sanção no procedimento legislativo**, *op. cit.*, pp. 204-224; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, **Poder Municipal. Paradigmas para o Estado constitucional brasileiro**, *op. cit.*, pp. 37-107; BONAVIDES, Paulo, **Ciência política**, *op. cit.*, Capítulos 15, 17 e 23; FARIA, José Eduardo, **Poder e legitimidade**, *op. cit.*, pp.31-87; SALDANHA, Nelson, **O Estado moderno e o constitucionalismo**, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, pp. 29-53; VIEIRA, José Ribas, **O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil**, Rio de Janeiro, Renovar, 1988, pp. 1-37 e, finalmente, FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, **Regimes políticos**, Rio de Janeiro, Forense, 1985, pp. 23-91.

normativa, situa-se no acúmen do processo de aprendizagem histórico de uma Nação, revelando, de forma desconcertante, os desacordos e as patologias do Poder

“A CONDIÇÃO FEMININA NO PAÍS DOS BRUCUTUS”: UMA CONVERSA SOBRE MULHERES, PODER E IGUALDADE NO BRASIL.

Debora Diniz

Bom dia. Como viram, há aspas no título “A condição feminina no país dos Brucutus”. Ele veio com autoria original, Prof. Ayres Brito, e com caixa-alta no nome do personagem da conversa – os Brucutus. Achei graça quando recebi a frase e resolvi fazê-la texto, senão meu, quem sabe, como uma provocação para nossa conversa. Por ele, passearei por dois conceitos que me foram interpelados (condição feminina e o país dos Brucutus), e outros, meus, adicionados às origens da conversa: mulheres, poder e igualdade. Agradeço o convite e ainda acredito ter sido dupla ousadia de nosso mestre: o título e a falante.

Brucutu é um personagem dos quadrinhos de meados do século XX – um tipo fortão, a meio caminho entre o macho latino e o homem das selvas. Como sou fraca em celebridades, talvez, um pouco de Antonio Banderas com Tarzan. Brucutu é também palavra nordestina para homem bruto, meio sem modos, mas macho nas origens e nos modos: um tipo que, com palito nos dentes, pijama branco de linho, alpercatas nos pés, sentava na cadeira de balança do copiar e mandava os meninos do engenho lhe arrancarem os cabelos brancos, e enquanto gritava “ô, mulher”, e fincava os olhos na mulata que lhe pagaria visita à noite. Não saberia dizer mais sobre ele na literatura, no cordel ou na vida vivida do Sertão: se me permitem escapar das origens sertanejas nordestinas, arriscaria dizer que Brucutu é também o homem engravatado, esse contraponto à condição feminina do título. Como sou educada, reconheço que há gradações nos brucutus.

Mas o Brucutu não é um corpo específico, um sujeito com nome ou sobrenome, e sim um tipo com patente de poder, com geografia de mando, com hierarquia de voz. O Brucutu pode estar na casa (no pai ou no marido), no tribunal (no juiz ou no promotor ou no vigilante), no poder político (em quem vocês quiserem descrever). O Brucutu pode ser um professor, um médico ou um padre. Explico-me, não fui em quem assim decidiu, mas o título: os brucutus são corpos sexados como machos ao nascer, os corpos masculinos. Vivemos em um país de brucutus, diz o título. A mim, sobrou a condição feminina. Sou uma sobrevivente de brucutus.

Não faço ironia. Gosto quando as palavras provocam os sentidos. Quando elas nos permitem dizer o difícil de se transformar em texto, pois são parte de nossas corporificações silenciadas – como descrever quem somos, quando a natureza nos antecipa descrevendo-nos? Essa é a dificuldade; naturalizamos os brucutus e as condições femininas. É assim que começo com a primeira provocação: brucutu com caixa-baixa é esse tipo miúdo que se chama macho, o tipo sexado como homem, o sujeito portador de XY nos genes, e de outros apetrechos pelos quais os naturalizamos como homens. Brucutu com caixa-alta é o que me interessa aqui – é a atualização desse brucutu miúdo que nada diz sobre quem somos nas formas que nos conformam no gênero, nas relações sociais e de hierarquia, na forma com que se distribuem as vantagens e os poderes.

Sei que falei de jeito escondido palavra maldita, gênero. Alguns dos brucutus não gostam de gênero, dizem ser ideologia inventada por “fascistas feministas” (vejam que sintagma fabuloso por sua contradição ética e linguística – uma fascista não pode ser uma feminista, uma feminista não pode ser uma fascista, pois não há fascista que acredite na ética da igualdade e da não discriminação); uma palavra pecadora, talvez, para desconstruir o que seria da natureza, da ordem das coisas ou do direito natural. Não me aproveito da licença oferecida pelo brucutu para introduzir outra palavra não prometida à conversa, ao contrário: falar de brucutus, poder, igualdade, mulheres é falar do gênero.

Assim, me organizo. Começarei mostrando como o brucutu é um produto do regime político do gênero. Avanço desafiando-os a me contraprovoocar na tese de que brucutu tolo é o que descreve gênero como ideologia, portanto, como uma mentira inventada para acabar com a estabilidade do poder brucutu. Termino afirmando que somente poderemos seriamente falar de igualdade e distribuição de proteções e poderes na sociedade brasileira se entendermos que apresentar-se como um brucutu não é da ordem da natureza dos corpos, mas do gênero como dispositivo do patriarcado. É que é possível e desejável pôr um fim ao poder dos brucutus.

Quem é o brucutu? O corpo que ao nascer é sexado como masculino por um marco de poder que informa específicas maneiras de exercer a masculinidade, ou, se preferirem nossos neologismos existenciais a partir da origem brutucu, seria um corpo a quem se oferecem vários investimentos para fazer-se brucutu. Esse marco de poder é o patriarcado, por isso, melhor do que falar em cultura do estupro ou cultura da violência, falemos do nome abrangente, cultura patriarcal. Não é a natureza que grita a sexagem; ela é um gesto discursivo sobre os corpos: alguns serão assim, outros de outro jeito. Nosso modo patriarcal de pensar é tão pouco criativo sobre a matéria de nossos corpos que insistimos em inscrever essa nossa linda variedade de corpos (e daquilo que escondemos sob as roupas) de um jeito binário apenas: haveria as fêmeas e os machos, as meninas e os meninos. O resto é invenção da ideologia de gênero, por isso nem palavras temos e, quando as pronunciamos, todas doem no couro: transmulher, travesti, transgênero, drag queen etc.

Muito já foi dito de como os intersexos (aqueles com isso de um tipo e aquilo do outro tipo, e coisas ainda sem nome) provocam os saberes classificatórios: na falta de como definir, chamamos a psiquiatria e o bisturi, e os classificamos como doentes, e o futuro é a mutilação para a adequação do sexo ao regime do gênero. Até temos lei para isso: cirurgia de adequação de genitália ao gênero, descrevemos como um direito constitucional – não a existir em matéria variada –, mas de direito à saúde. Que tal dizer: mutilação corporal para adequar os corpos ao regime político do gênero que se pressupõe binário

ao nascer? Não quero aqui dizer que pessoas adultas não possam escolher pela cirurgia de adequação de genitália, e que não devemos respeitá-las nas escolhas e nas palavras: não descreveria como mutilação a cirurgia senão em uma provocação analítica como a que faço aqui, mas como sobrevivência a um regime político que legisla em nome da natureza. Vejam que invenção linda criamos. Acreditamos em natureza como um discurso espontâneo sobre a vida, e independente de nossas narrativas sobre ela – a partir daí classificamos alguns como normais, outros hermafroditas, alguns como loucos, outros como gênios. E muitos creem-se brucutus por natureza.

Os corpos sempre foram cultura, se posso assim descrevê-los. Não há natureza pura nem nas bactérias, menos ainda sobre nós. Isso que chamamos natureza foi a ilusão mais poderosa que já criamos para conformar nossas existências. Para entender os brucutus e as condições femininas (sim, já pus plural aqui, e para os dois, pois são diversos nas vivências), é preciso primeiro estranhar essa nossa silenciosa parceira de existência: a crença de que somos natureza. Falamos de natureza feminina para a maternagem, natureza masculina para a violência, natureza infantil de ingenuidade etc. Do que estamos falando? De pulsões independentes da cultura? Não ignoro que exista gene para calvície, gene para alergia (sou um exemplar), mas os genes precisam de textos para serem significados. É porque a alergia ascendeu ao patamar de doença comunicável, não estigmatizante, e, talvez, ordinária à vida, que posso anunciá-la em público e garantir não ser zika ou H1N1.

Vejam que tudo está aqui – precisamos adequar a sexagem ao que se espera que seja o futuro vivido pelo gesto original da sexagem: alguém classificado como um macho ao nascer requer uma vivificação intensa de instituições e poderes para transformar-se em um brucutu. A eficiência do investimento da conformação da sexagem como um destino é continuamente medida por nossas instituições e formas de socialização: por isso há *bullying* na escola contra os meninos afeminados, por isso se matam gays e lésbicas, por isso se estranham mulheres na política, por isso não temos palavra na gramática para mulheres em postos em que o masculino é o neutro universal,

por isso precisamos de lei penal para garantir a vida de mulheres, por isso se criminaliza o aborto. Por isso e por isso. Listei os mecanismos repressores e horríveis da socialização para a garantia da sexagem como destino – o XY será um brucutu, essa será a medida do sucesso.

Como não somos máquinas predestinadas, mas sujeitos com agência, estamos em permanente transformação. O destino é sempre desafiado e transformado – por isso o Brucutu das histórias em quadrinho do século passado não é o de hoje. Por isso, nem todos os brucutus são iguais, em alguns quase não se percebe o arquétipo do personagem original, pois há sempre capacidade para autotransformação. Atentem, por favor, falo de ambos no plural – as condições femininas e os brucutus. Mas a transformação não é fácil, não é dom, não surge espontaneamente, e requer muita, mas muita melancolia sobre o que se esperava como um destino: redescrever-se de maneira diferente do regime do gênero faz sofrer. Vejam como os divãs são profissões rentáveis – há quem precise falar para corpo sem rosto sobre as dores da sexualidade para sobreviver. Há sofrimento quando não se cumprem as expectativas de gênero, seja ela a maternidade, os músculos ou o sucesso. Mas, então, o que é gênero?

Há duas maneiras de entendê-lo e queria provocá-las para amarrar as categorias que acrescentei ao título: mulheres, poder e igualdade. A primeira maneira, a que proponho para descrever esse regime político de transformação e investimento contínuo nos corpos sexados ao nascer para que reproduzam o sistema social de formação de hierarquias e poderes: em particular para que garantam a reprodução social pela reprodução biológica dos corpos; por isso acreditamos tanto na família heterossexual e centrada na casa, com o cuidado dos filhos pelas mulheres. Por isso, criminalizamos o aborto e se crê ser aberração uma família entre dois homens e seus filhos. Gênero é um dispositivo de poder do patriarcado, essa ordem de poder que garante a permanência dos brucutus no país do Brucutu com um valor. Um homem ao nascer não é um brucutu, mas uma matéria à espera de intenso investimento cultural e social para se transformar em algo – entre nós, escolhemos esse modelo (em contínua transformação, repito).

Assim, a segunda maneira é entender que não há nada de maldição em se falar de gênero. Trata-se somente uma desconstrução, de que as hierarquias não são naturais ou espontâneas, mas da ordem do construído para que as vivências ganhem sentido de natureza. Gênero é um dispositivo de poder. Por que a palavra tornou-se, então, maldita? Porque entender os corpos, as sexualidades, as conformações de si e do outro não como natureza, mas como investimentos estéticos e políticos da ordem da socialização, provoca intensa perturbação. Exige transformação, seja pela socialização na escola, seja pela lei, seja pela política: é preciso falar de gênero como parte da desnaturalização dos corpos – sei que pode soar imoral para alguns, pois a naturalização dos corpos ganha autoridade de discurso religioso entre nós. Precisamos falar que a condição feminina não é de subalternidade nem de violência: na escola por exemplo, na lei pela garantia da igualdade ou, tristemente, pela repressão da violência, na política pela representatividade.

Falar de gênero provoca, então, sofrimento, a melancolia de não se descobrir como algo e alguém natural e irrefletido, mas como alguém em permanente provocação sobre quem se pode e se deseja ser. Mas também porque reconhecer gênero como dispositivo de poder nos obriga a fazer perguntas sobre proteções, justiça e poderes. É aqui que falar de gênero se torna indiscreto, incômodo, e por isso, dizem alguns, ideológico: falar de gênero como poder injusto exige medidas de reparação e cuidado à condição feminina. Mas exige provocar verdades sagradas no espaço público: as crenças religiosas. Não sei se por isso, recentemente, o Papa Francisco escolheu palavra ainda mais maldita para descrever-se: “sou um pouco feminista”, disse ele. O contexto? Falava da importância de garantir às mulheres igualdade de salários, reconhecimento pelo cuidado e pela maternagem. Há como descrever-se feminista sem antes entender o que seja o gênero como dispositivo de poder? Não acredito.

Sim, para provocarmos o poder brucutu precisamos conversar com as igrejas – de maneira respeitosa, mas corajosa. Não há isso de natureza feminina subserviente ou da casa como destino, não há isso de homens brutos ou

opressores como uma inscrição divina nos corpos. Se somos verdadeiramente livres, de acordo com uma crença constitucional do liberalismo político de nossa ordem democrática, nosso desafio contemporâneo é equacionar o entendimento de que gênero pode ser natureza nas igrejas, mas que gênero não é destino nas escolas, nas casas e nas ruas. O país do Brucutu, o do senhor do engenho, ainda está vivo entre nós, mas ele precisa ser cada vez mais desafiado – para isso, importam as escolas e as leis. E não só as leis pena is que reprimem o brucutu na sua expressão naturalizada pelo abuso, mas na simples enunciação de que gênero seria uma ideologia em desconformidade com a cidadania ou a democracia.

AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA NA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA E BRASILEIRA

Luiz Fux ¹

1 DELIMITAÇÃO DO TEMA: OBJETIVO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES

A Lei Fundamental de 1988, distanciando-se das Constituições pretéritas^[1], alargou sobremodo o estatuto da liberdade de expressão e seus corolários, no catálogo relativo aos direitos individuais e coletivo (Título II, Capítulo I): tutela a livre manifestação do pensamento e a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IV e IX), o direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, V), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), o acesso à informação, com as garantias que lhe são inerentes, dentre as quais o resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, no art. 5º, XIV) e o direito de haver dos órgãos públicos

¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal e Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC/ICPD/UniCEUB)

^[1] As liberdades de expressão, de manifestação do pensamento e de imprensa são asseguradas em nosso ordenamento jurídico, ao menos formalmente, desde a primeira Constituição – a Carta Política de 1824, outorgada por Pedro I, em art. 179, IV. A primeira Constituição Republicana, de 1891, cujo principal artífice fora o ilustrado Rui Barbosa, também consagrava a aludida garantia fundamental no art. 72, § 12. A Constituição de 1934, promulgada após o hiato constitucional que perdurava desde 1930, positivou a liberdade de expressão no item 9 do art. 113. Na sequência, a Constituição de 1937, apelidada de Polaca, não obstante seu viés autoritário, também salvaguardou a liberdade de manifestação do pensamento no art. 122.15. De igual modo ocorreu com as Constituições subsequentes de 1946 (art. 141, §5º), de 1967 (art. 150, §8º) e de 1969 (art. 153, §8º). Nada obstante tais previsões normativas, não há equívoco algum em afirmar que, até o advento da Constituição de 1988, não se vivenciou nos país, por injunções político-institucionais, o ambiente propício ao desenvolvimento e à afirmação dessas liberdades no Brasil. Sobre a trajetória das Constituições brasileiras pretéritas, confira-se o alentado e substancioso estudo de Daniel Sarmento, *A Trajetória Constitucional Brasileira*. In: SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3-120. Ver também o clássico BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ª Ed. São Paulo: Terra e Paz; e BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7-47.

informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII). Aparte do catálogo, consagra também as liberdades de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (CRFB/88, art. 206, II), o respeito ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, como princípios reitores do ensino (CRFB/88, art. 206, III) o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, e o apoio e incentivo à valorização e à difusão das manifestações culturais (art. 215).

Dentro dos princípios reitores da comunicação social, erigiu disciplina extremamente minudente, prevendo a livre manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (CRFB/88, art. 220), a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto na Constituição (CRFB/88, art. 220, §1º), e interdita toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística (CRFB/88, art. 5º, IX c/c art. 220, §2º). Ademais, o constituinte originário, preocupado em assegurar uma imprensa livre, independente e plural, interditou, em seu art. 220, §5º, a formação de monopólios ou oligopólios. Trata-se, à evidência, de *rol numerus apertus*, máxime por força do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, que prevê outros direitos decorrentes do regime e dos princípios previstos em nossa ordem e dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte (e.g., a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos).

Diante da proeminência dispensada pelo constituinte de 1988 à liberdade de expressão e de informação^[2], procurarei, neste paper, desenvolver

^[2] Parte da doutrina constitucional procura distinguir as liberdades de expressão e de informação. Nesse sentido CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*, 1999, p. 25: “Por isso é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação, e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo”. No Direito Comparado, Porfirio Barroso e María del Mar López Talavera advogam que a liberdade de informação consubstancia direito subjetivo de difundir livremente fatos, desde que tenham transcendência pública. No original: “*La libertad de información se ejerce a través de la difusión de hechos. Pero no todos los hechos pueden ser objeto de la libertad de información, sino sólo aquellos que tienen transcendencia pública: hechos*”

algumas breves premissas teóricas acerca da liberdade de expressão e de imprensa – seus principais substratos dogmáticos e filosóficos, os quais considero assaz relevantes à exata compreensão do conteúdo jurídico da liberdade fundamental de expressão. Em seguida, examinarei os principais precedentes da Suprema Corte americana e do Supremo Tribunal Federal em que o direito fundamental à liberdade de expressão tenha ocupado o protagonismo da controvérsia, de maneira a procurar identificar os denominadores comuns e as principais distinções no tratamento dispensado à referida liberdade nos julgamentos analisados.

2 FUNDAMENTOS SUBSTANTIVOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: EM ALGUM LUGAR ENTRE A TEORIA LIBERTÁRIA E A TEORIA DEMOCRÁTICA

Neste tópico, pretendo discorrer, ainda que perfunctoriamente, acerca dos fundamentos materiais ou substantivos da liberdade de expressão. E, ao debruçar-me na doutrina acerca do tema, destaco interessante sistematização feita pelo jurista lusitano Jónatas Machado^[3], que vislumbra a existência de 3 (três) grandes formulações teóricas que visam a conferir o substrato teórico à liberdade fundamental de expressão. A primeira categoria de autores, atrelado à cognominada teoria libertária, sustenta que a liberdade de expressão seria um valor em si, autônomo e que constitui componente nuclear para o livre desenvolvimento da personalidade. Em sentido diverso, a segunda corrente, reputada como teoria democrática, advoga que a liberdade de expressão ostenta um caráter meramente instrumental, i.e., ela é tutelada apenas e tão somente para promover outros valores que a sociedade considera essenciais (e.g., difundir o ideário democrático). Por fim, a terceira matriz de pensamento, vertente da teoria instrumental, preconiza ser a liberdade de expressão

noticiales” (*La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, 1998, p. 49). Todavia, ante as semelhanças, a doutrina norte-americana cuida das aludidas liberdades de forma intercambiável. Sobre o tema, ver TRIBE, Laurence. *Constitutional Law*. 1988, p. 785 e ss.; e NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D.; YOUNG, J. Nelson. *Constitutional Law*, 1986, p. 829 e ss. É neste último sentido que as expressões serão utilizadas neste estudo.

[3] MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 237 e ss.

essencial para a busca da verdade. Nos parágrafos seguintes, desenvolverei cada uma delas.

De acordo com a teoria libertária (ou vertente substantiva^[4], ou subjetiva^[5]), a liberdade de expressão consubstancia direito moral dos cidadãos, porquanto estes teriam o inato direito de expor livremente suas ideias e de ouvirem tão somente as informações e ideias que quiserem. Cuidasse, verdadeiramente, de reconhecer a liberdade de expressão como a própria expressão do homem, enquanto “dotado de direitos naturais ínsitos à existência humana”^[6]. Nesta faceta, a liberdade de expressão se afigura como exteriorização do princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, e garantia do próprio desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Não por outra razão, Thomas Scanlon afirma que a proteção da liberdade de expressão se justifica precipuamente na circunstância de que a realização individual depende da interação de experiências e concepções entre os membros de dada comunidade política^[7].

Em estrita sintonia com uma concepção libertária dos direitos (i.e., que visualiza os indivíduos como *agentes morais autônomos*), o viés *substantivo* parte do pressuposto de que os indivíduos são suficientemente capazes de filtrar as informações e ideias e formar um juízo de valor livre e independente, de sorte a definir suas próprias escolhas^[8]. Justamente por isso, os adeptos dessa perspectiva repudiam qualquer forma de censura no *conteúdo* veiculado, máxime porque incompatível com a autonomia de cada cidadão e fomentaria o (pernicioso) controle do Estado sobre o discurso público^[9]. Ao Estado e seus

[4] KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In.: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 385.

[5] FARIAS, Edilsom Pereira de. *Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 63/74.

[6] CALAZANS, Paulo Murillo. “A liberdade de Expressão como Expressão da Liberdade”, in *Temas de Constitucionalismo e Democracia*, org. José Ribas Vieira, 2003, p. 82.

[7] SCANLON, Thomas. “A Theory of Freedom of Expression”. In: DWORKIN, Ronald (Ed.). *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1977, pp. 153 e ss.

[8] DWORKIN, Ronald. “Why Speech Must Be Free?”. In: *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 200.

[9] POST, Robert. *Constitutional Domains*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 268-331.

órgãos e agentes seria defeso estabelecer a agenda que será debatida na esfera pública e menos ainda valorar as opiniões individuais. Ao revés, e fosse franqueada aos agentes estatais tal faculdade, tolher-se-ia a livre manifestação de teses contrárias àquelas defendidas pelo Governo.

Outra perspectiva igualmente relevante nesta temática é aquela defendida pela teoria democrática (ou *instrumental*^[10], ou *objetiva*^[11]), cujo precursor foi Alexander Meiklejohn. Para ele, o discurso público somente seria protegido contra regulações aptas a comprometer a higidez das instituições democráticas^[12]. Todavia, indigitada proteção ancorar-se-ia no fato de a liberdade de expressão ser um instrumento para a salvaguarda de outros valores albergados constitucionalmente, e não um direito moral em si considerado. Nesse viés, a liberdade de expressão deveria promover outras liberdades (e.g., política ou religiosa) ou a própria democracia. Como se percebe, também aqui a liberdade de expressão goza de elevada proeminência, reclamando, bem por isso, e igualmente, tutela reforçada do Estado. Sem embargo, adverte Meiklejohn, o papel assumido pelo Estado seria o de moderador neutro do debate público, de maneira a atuar, nas sempre precisas palavras de Gustavo Binbenojm, como “curador de qualidade do debate público”^[13]. Daí por que “[a proteção da liberdade de expressão se explica] não porque ele é uma forma de auto-expressão, mas porque ele é essencial à autodeterminação coletiva”^[14].

[10] KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In.: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 385.

[11] FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 63/74.

[12] É conhecida a cunhada a frase de Alexander Meiklejohn, ilustrativa da perspectiva *instrumental*: “o essencial não é que todos falem, mas que o que merecer dito seja dito”. MEIKLEJOHN, Alexander. *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*. 1960, p. 25-28.

[13] BINENBOJM, Gustavo. Pluralismo e Democracia Deliberativa: As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, nº 23, 2003, p. 364.

[14] FISS, Owen M. A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Trad. Gustavo Binbenojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30. No mesmo sentido, SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: Free Press, 1995; MICHELMAN, Frank. “Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49 ss.

Dita teoria se alinha à existência de um livre “mercado de ideias”, tal como sustentado por Justice Oliver Wendell Holmes, no voto dissidente proferido em *Abrams v. United States*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, em 1919^[15]. Nesse ambiente, o autogoverno ínsito ao ideário democrático demandaria a intensa rede de troca de informações e embate de teses e ideias, em que os cidadãos poderiam veicular as diferentes cosmovisões, de maneira a reciprocamente influenciar-se.

A terceira corrente também outorga à liberdade de expressão um papel instrumental. Sucede que, nesta faceta, a liberdade de expressão não desempenharia o papel de promoção de outras liberdades ou da democracia, mas, sim, se prestaria à identificação da verdade. Ela foi desenvolvida pelo filósofo do pensamento utilitarista inglês John Stuart Mill (1806-1873), reputado como pai do liberalismo moderno.^[16] Em seu ensaio sobre *A Liberdade*^[17], de 1859, Stuart Mill defendeu que o governo não pode restringir a liberdade de expressão, mesmo que essa seja a vontade da opinião pública.

O que justifica a proteção da liberdade de expressão, nessa vertente, é o fato de ela produzir, ao menos idealmente, bons resultados para a sociedade, máxime porque existem consideráveis chances de se atingir a verdade, bem como de amainar a veiculação de informações inverídicas ou inidôneas.

A meu sentir, e na esteira da melhor doutrina sobre o tema, tanto a vertente libertária quanto a democrática não são incompatíveis entre si. Ambas podem, a rigor, caminhar juntas, e devem ser igualmente protegidas e promovidas pelo Estado. É que, se, de um lado, a teoria libertária não oferece respostas satisfatórias ao fato de a entrega do controle do discurso público a regras eminentemente de mercado última por excluir a voz dos grupos mais poderosos economicamente, por outro lado, a teoria democrática, ao propugnar pelo controle do conteúdo do discurso, poderia acarretar a censura e o controle

[15] 250 U.S. 616 (1919).

[16] BERLIN, Isaiah. *Introdução*. In: MILL, John Stuart. *A liberdade; Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. VII.

[17] O livro constitui um dos marcos teóricos mais importantes de justificação da liberdade de expressão. No original, *On Liberty*. O título do livro também é frequentemente traduzido para o português como *Da liberdade* ou *Sobre a liberdade*.

dos meios de comunicação^[18]. Daí que, a meu juízo, é preciso que o Estado e seus órgãos se ocupem de proteger ambas as facetas da liberdade de expressão, pois, ao contrário, sempre se verificarão desvios e deturpações no conteúdo da aludida liberdade.

Antes, porém, de delimitar a extensão do conteúdo jurídico da liberdade de expressão no marco teórico inaugurado pela Constituição de 1988, irei examinar o tratamento dispensado à aludida garantia fundamental no direito norte-americano, local em que os debates sobre liberdade de expressão encontram maior desenvolvimento teórico.

3 A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO NO DIREITO AMERICANO: A DOCTRINA DA *CLEAR AND PRESENT DANGER* E A *FAIRNESS DOCTRINE*

No ordenamento jurídico norte-americano, a liberdade de expressão foi positivada pela *First Amendment*, promulgada no bojo da cognominada *Bill of Rights*, de 1791^[19], e que consagrou também a liberdade religiosa (*free exercise clause*), a separação entre Igreja e Estado (*establishment clause*), o direito de reunião pacífica (*right of assembly*) e o direito de petição (*right to petition of Governement*)^[20]. Conquanto interdite categoricamente a edição de qualquer lei pelo Congresso Nacional que afete o conteúdo da liberdade de expressão, o sentido e o alcance da referida cláusula nunca foram levados a tal extremo: admitia-se, com certa tolerância, a promulgação de leis, notadamente de cariz

[18] BINENBOJM, Gustavo. Pluralismo e Democracia Deliberativa: As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, nº 23, 2003.

[19] *Bill of Rights* é o nome dado ao conjunto das 10 (dez) Primeiras Emendas à Constituição dos Estados Unidos, que não contemplava um catálogo de direitos fundamentais, em sua versão original. Em nítida inspiração liberal, a *Carta de Direitos* era oponível, em seu primeiro momento apenas e tão somente em face do governo federal, e não com relação aos Estados-membros. Tal vinculação somente iria ocorrer anos mais tarde com a doutrina da *incorporação*, cuja gênese pode ser encontrada em *Chicago, Burlington e Quincy Railroad v. City of Chicago (1897)*, no qual a Suprema Corte determinou que os Estados procedessem à justa compensação os bens apropriados por autoridades estaduais ou locais. Todavia, é em *Gitlow vs. New York (1925)* que a Suprema Corte expressamente consignou que os Estados-membros estavam obrigados a proteger a liberdade de expressão, prevista na Primeira Emenda.

[20] Primeira Emenda: "O Congresso Nacional não editará leis estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o livre exercício religioso; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao governo para a reparação de danos".

penal, que protegessem a honra de particulares contra manifestações abusivas de expressão de terceiros, além de normas impeditivas de certas atividades de comunicação quando fossem tendentes a afetar a segurança do Estado e da sociedade. Noutros termos: tolerava-se a limitação ao conteúdo da liberdade de expressão sempre que voltada à proteção do interesse público.

Como intuitivo, tal *standard* de atuação parlamentar não ficou isento de críticas. E duas foram as razões: a própria noção de *interesse público*, cuja vagueza e imprecisão dificultavam sobremodo a sua operacionalização, e a dificuldade de examinar *in concreto* se a restrição ao exercício da liberdade de expressão não se justificaria para tutelar os direitos e interesses colidentes. Assim como na maioria dos dilemas teóricos norte-americanos (senão todos!), a Suprema Corte desempenhou relevante e decisivo papel no seu equacionamento, em especial mitigando a rigidez do texto da Primeira Emenda, de sorte a estabelecer critérios para a interpretação das controvérsias concernentes à liberdade de expressão. Vejamos.

De início, anoto que, no cenário político-jurídico norte-americano predominava uma concepção de não se admitir censura prévia (*previous restraint*), ambiência que começou a se alterar após o início da I Grande Guerra. Em 1917 e em 1918, o Congresso Nacional editou, respectivamente, o *Espionage Act* e o *Sedition Act*, que tipificavam criminalmente determinadas condutas consideradas atentatórias à segurança da sociedade e do Estado, nomeadamente relacionadas à participação dos Estados Unidos na I Guerra, o que ensejou candentes debates acerca da compatibilidade de tais disposições normativas com a garantia da liberdade de expressão tutelada pela Primeira Emenda.

Assim é que, a partir de 1919, a Suprema Corte americana enfrentou os primeiros casos envolvendo a liberdade de expressão. Em tais precedentes, desenvolveu-se a doutrina da *clear and present danger* (perigo claro e iminente) pelo gênio dos Justices Oliver Wendell Holmes Jr e Louis Brandeis. De acordo com a *clear and present danger doctrine*, era preciso distinguir entre, de um lado, a simples veiculação de ideias e expressões (reputadas como não

ofensivas), e, de outro, as condutas que pudessem colocar em risco à segurança da sociedade e do Estado. Vale dizer: sempre que verificado, no caso concreto, o perigo claro e iminente, revelar-se-ia defeso invocar a proteção conferida pela Primeira Emenda.

Tal doutrina foi aplicada no *leading case Schenck vs. United States*, julgado pela Suprema Corte em 1919, em que se discutia a aplicação do *Espionage Act* de 1917^[21]. Na espécie, a questão de fundo residia em saber se a circulação de panfletos e circulares que concitavam os jovens a não se alistarem nas forças armadas consubstanciaria (ou não) exercício legítimo da liberdade de expressão. Ao decidir a controvérsia, a Suprema Corte asseverou que a conduta dos réus que distribuía tais panfletos consistia em ilícito criminal, e não exercício livre de discurso, não podendo, conseqüentemente, ser albergada pela tutela da Primeira Emenda. Nesta oportunidade, o Justice Oliver Wendell Holmes consignou a célebre passagem que “os cidadãos não livres para gritar ‘fogo!’ falsamente dentro de um teatro lotado”.

Em *Abrams vs. United States*, também de 1919^[22], a Suprema Corte chancelou a *clear and present danger doctrine*. O debate girava em torno da aplicação do *Sedition Act*, que alterava o *Espionage Act*, para prever como crime qualquer ato que pleiteasse, com a intenção de impedir a continuidade da Guerra, a redução da produção de materiais bélicos. No caso, os réus foram condenados por terem atirado dois folhetos impressos e atirados de uma janela de Nova Iorque, que denunciavam o envio de tropas americanas para a Rússia e o esforço do governo americano de evitar a Revolução Russa. A Suprema Corte, por 7 votos a 2, aplicou a doutrina do perigo claro e iminente, condenando os réus a 10 a 20 anos de prisão. Segundo o Justice John Hessin Clarke, a intenção dos réus de impedir a continuidade da guerra poderia ser inferida de suas palavras nos manifestos, consubstanciando, portanto, conduta ilícita nos termos preconizados pelo *Sedition Act*, e que, bem por isso, os direitos dos réus previsto na Primeira Emenda não sofrera qualquer ultraje. Interessante

[21] 249, U.S. 47, 51-52 (1919).

[22] 250, U.S. 616 (1919).

registrar que, em *Abrams vs. United States*, o Justice Oliver Wendell Holmes dissentiu da maioria da Corte. Para ele, a conduta dos acusados não tinha a conotação específica de interferir com a guerra, de maneira que não representaria risco real. Assentou ainda que, ainda que seus atos denotassem a tentativa de demonstrar a prejudicialidade da continuidade da guerra, a sentença draconiana imposta evidenciara que os acusados estavam sendo condenados não por suas opiniões, mas, sim, por suas crenças.

A *clear and present danger doctrine* foi aplicada também em *Debs vs. United States*^[23], também julgado em 1919. No caso, Eugene V. Debs, líder político e sindical, e cinco vezes candidato à Presidência pelo Partido Socialista. Em 16 de junho de 1918, Debs, após fazer um discurso anti-guerra em Canton, Ohio, protestando contra o envolvimento dos EUA na Primeira Guerra Mundial, foi preso com fundamento na Lei de Espionagem de 1917, e condenado a 10 (dez) anos de prisão e à perda de sua cidadania. Para a Suprema Corte, restou comprovado que o discurso proferido por Debs tinha o propósito e o efeito de obstruir o projeto e o alistamento de americanos para a guerra. Desta vez, o Justice Oliver Wendell Holmes Jr. Juntou-se à maioria da Corte, afirmando que o caso Debs se assemelhava a *Schenck v. United States* (1919), e reputou a conduta como criminosa nos termos da Lei de Espionagem, mantendo a condenação e a perda de sua cidadania.

Em 1925, a Suprema Corte foi instada a pronunciar novamente acerca da aplicação da doutrina do *clear and present danger*. Em *Gitlow vs. New York*^[24], a Suprema Corte manteve a condenação de Benjamin Gitlow, membro do Partido Socialista da América, pelo crime de anarquia nos termos *New York's Criminal Anarchy Law* de 1902, em razão da publicação, em julho 1919, de documento intitulado “Manifesto da Ala Esquerda” em um jornal de Nova Iorque (*The Revolutionary Age*). Pronunciando-se pela maioria, o Justice Edward Terry Sanford procurou desenvolver mais precisamente a *clear and present danger doctrine*, com o denominado “*the bad tendency test*”. Daí que, segundo ele, seria

[23] 249, U.S., 211 (1919).

[24] 268, U.S. 652 (1925).

franqueado ao Estado punir declarações que ponham em perigo as fundações do governo, notadamente os atos reputados como ilícitos pretendam derrubá-las. Sedimentada tal premissa, e ao examinar a espécie, Sanford alegou que o discurso proferido por Gitlow trazia o iminente e suficiente perigo para a paz pública e para a segurança do Estado, máxime porque cotinha “linguagem de incitação direta”, e não “a expressão de abstração filosófica”. Em suas palavras, “uma única centelha revolucionária pode acender um fogo que, ardendo por um tempo, pode estourar em uma conflagração de varrição e destrutivo”. Oportuno registrar aqui o voto divergente proferido pelo Justice Oliver Wendell Holmes, no qual fora acompanhado pelo Justice Louis Brandeis. Para Holmes, o discurso de Gitlow não apresentava perigo atual, porque apenas uma pequena minoria de pessoas compartilharia das opiniões apresentadas no manifesto, além de ele ter se dirigido a uma revolta em algum tempo indefinido no futuro.

A doutrina da *clear and present danger* foi objeto de amplo debate no famoso – e controvertido – caso *Brandenburg vs. Ohio*^[25], que envolvia o direito a manifestações da Ku Klux Klan (KKK). No caso, o Tribunal de Apelações Comuns de Hamilton County entendeu que as condutas imputadas ao líder da KKK em Ohio Clarence Brandenburg (e.g., discursos de ódio contra negros e judeus, afirmando que deveriam voltar para a África e para Israel) vulnerava o *Ohio's criminal syndicalism statute*, e condenou-o ao pagamento de multa e à prisão de um a dez anos. A decisão foi confirmada, em sede de recurso, pela Primeira Corte Distrital de Recurso de Ohio, que assentou que o estatuto em que se ancorava a condenação não contrariava a Primeira e Décima Quarta Emendas. A Suprema Corte de Ohio também desproveu o recurso. Ao apreciar o caso, a Suprema Corte americana reverteu a condenação. Para a Corte, o standard de controle de constitucionalidade passaria a ser a incitação atual e iminente à prática de ações ilegais e a probabilidade de que a atividade expressiva incide ou produza tal resultado. Os Justices Black e Douglas sustentaram que a *clear and present danger* não seria aplicada em tempos de paz quando da interpretação da Primeira Emenda. O Tribunal constatou, ainda,

[25] 395, U.S., 444 (1969).

que não ficara evidenciado o encitamento ao ódio, porquanto o membro da Ku Klux Klan defendeu ideias abstratas e com convicção, razão por que seria defeso outorgar ao governo a prerrogativa de imiscuir-se o espaço da crença defendida.

Outro tema que respeita à liberdade de expressão, e especificamente um de seus corolários, a liberdade de imprensa, é o da intervenção estatal para promover a referida liberdade de certos atores sociais, que, por razões diversas (notadamente por razões econômicas), se veem aliados do debate público. Nessa perspectiva, tal como adverte Owen Fiss, verifica-se a *ironia* do papel do Estado na defesa e difusão da liberdade de expressão e de imprensa, na medida em que “[o Estado] pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que pode fazer coisas terríveis para desestabilizar e minar a democracia, mas também algumas coisas extraordinárias para fortalecê-la”^[26]. Trata-se, à evidência, de um dos pontos mais sensíveis acerca da temática, visto que, a depender da calibragem da postura estatal (i.e., se assaz interventiva ou abstenteísta), pode-se comprometer o exercício da liberdade de expressão.

Neste pormenor, uma das tentativas de equacionar esse difícil dilema foi a *fairness doctrine*, levada a cabo pela *Federal Communications Commission* (FCC), agência reguladora federal encarregada por lei de regular o setor com vistas à “proteção e à consecução do interesse público”.

A *fairness doctrine* representou um conjunto de normas editadas pela *Federal Communications Commission* com o franco propósito de promover, no campo jornalístico e radiofônico, os ideais da já mencionada teoria democrática da Primeira Emenda. A aplicação da *fairness* pela FCC data de 1949, mas apenas em 1959 houve a codificação das disposições pelo Código de Regulações Federais (nº 47, CRF, § 73.1910).

Com efeito, a *ratio* que presidiu a formulação da doutrina residia na preocupação com possível (e real) efeito resfriador na veiculação de

^[26] FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

informações jornalísticas por emissoras de rádio e TV, notadamente se orientadas por interesses meramente comerciais e econômicos. Assim, procurou-se estabelecer algumas obrigações com o intuito de salvaguardar o interesse da cidadania de ser adequadamente informada por tais veículos de comunicação. Ilustrativamente, a *fairness doctrine* continha provisões que fraqueavam o direito de resposta a candidatos em campanha política que fossem criticados ou pessoalmente atacados em publicações ou editoriais, providência que, antes de se afigurar direito subjetivo do indivíduo, era vista como instrumento de interesse do público ao maior número de informações.

Também foi determinado que se destinasse percentual do tempo da programação destas emissoras para a cobertura de fatos e assuntos controvertidos de interesse público, bem como se fosse oportunizado razoável espaço para a apresentação de ponto de vista contrapostos aos fatos e assuntos, de sorte possibilitar o acesso e conhecimento, por parte dos cidadãos, das inúmeras versões e opiniões acerca destas questões^[27].

A política regulatória da *fairness doctrine* teve a sua constitucionalidade questionada pioneiramente no caso *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*^[28], julgado em 1969. Examinando a controvérsia, a Suprema Corte, à unanimidade, e em franco alinhamento com a teoria democrática acima desenvolvida, assentou a compatibilidade da *fairness doctrine* com a Primeira Emenda. Segundo a Corte, o direito à livre escolha do conteúdo e da linha editorial dispensado às emissoras de rádio e TV deveria ceder quando cotejado com o direito do público de receber informações livres de censura e com certa imparcialidade. Além disso, a Corte asseverou que “as emissoras seriam agentes fiduciários do público, com obrigações de apresentar as visões e vozes representativas da comunidade e que seriam de outras forma excluídos das ondas de rádio e da TV”^[29]. Também aduziu a Suprema Corte, ante a escassez física das frequências que justificaria a concessão a um número restrito de

[27] Sobre a doutrina da *fairness doctrine*, ver HALL, Roland. F.L. *The Fairness Doctrine and The First Amendment: Phoenix Rising*, 45, Mercer Law Review 705 (1994).

[28] 395, U.S. 367 (1969).

[29] 395, U.S. 389 (1969).

empresas, deveriam as emissoras concessionárias assumir determinadas obrigações perante a – e em benefício da – comunidade americana. Tal política foi implementada por diversos Estados-membros, que estenderam à política da *fairness* às mídias impressas.

Todavia, a política da *fairness* sofreu algumas mitigações pela própria Suprema Corte em casos ulteriores. Em *Columbia Broadcasting System (CBS) vs. Democratic National Comitee (DNS)*^[30], o Tribunal confirmou uma decisão tomada pela FCC, que rejeitara pedido formulado por uma organização de defesa do interesse público de veicular, em determinada emissora de rádio, anúncio institucional criticando a participação dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã.

Em 1974, a Suprema Corte apreciou o primeiro caso em que se discutia a constitucionalidade de lei estadual que instituía a política das *fairness* a periódicos impressos. No precedente *Miami Herald Pub. Co. vs. Tornillo*^[31], a Corte declarou a inconstitucionalidade de Lei do Estado da Flórida, que conferia direito de resposta a candidatos ofendidos pessoalmente ou cujos antecedentes houvessem sido criticados por jornais ou periódicos impressos, porque tal previsão macularia a autonomia editorial do jornal, albergado constitucionalmente pela Primeira Emenda. Mais: o direito de resposta foi compreendido como forma de regulação de conteúdo, circunstância que impunha, na esteira da jurisprudência remansosa da Corte, a aplicação do *strict scrutiny*, i.e., o teste mais severo de aplicação de constitucionalidade^{[32]-[33]}. Justamente porque atinge substancialmente o conteúdo das mensagens, o direito de resposta deveria não apenas observar o interesse público, mas estar voltado para tal desiderato, requisitos que, a juízo da Suprema Corte, não

[30] 412, U.S. 94 (1973).

[31] 418, U.S. 241 (1974).

[32] Similar crítica foi compartilhada entre nós por Gustavo Binendo. Cf., BINENDO, Gustavo. Pluralismo e Democracia Deliberativa: As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, nº 23, 2003.

[33] Os *standards* de controle de constitucionalidade desenvolvidos pela jurisprudência da Suprema Corte são o *strict scrutiny* (teste mais severo), o *intermediate scrutiny* (teste intermediário) e o *rational basis review* (teste mais brando e que mantém uma postura de deferência aos atos editados pelo legislador e pelo administrador).

estavam *in casu* presentes, notadamente porque haveria a possibilidade de se oportunizar o direito de resposta em outros jornais ou outros meios de comunicação, sem interferir na linha editorial do periódico. Ademais, a Corte, em nítida argumentação consequencialista, asseverou que os editores poderiam, após confrontar as penalidades que poderiam ser cominadas ao jornal que veiculasse determinadas matérias que franqueassem o direito de resposta, poderiam concluir que a rota segura de ação seria a de evitar as consequências, o que enfraqueceria sobremodo a cobertura política e eleitoral, e, conseqüentemente, comprometeria o vigor e os limites da variedade do debate público^[34]. A despeito de inúmeras das questões terem sido devidamente enfrentadas em *Red Lion*, a Suprema Corte sequer fez alusão ao referido precedente, de maneira a proceder ao *distinguishing* necessário entre as questões.

Já em *Pacific Gas & Eletrict Co. vs. Public Utilities Comission*^[35], julgado em 1986, a Suprema Corte declarou a incompatível com a Primeira Emenda a obrigação, instituída por órgão regulador, e imposta a empresa prestadora de serviços de gás e energia elétrica, de fazer constar uma mensagem explicativa do valor cobrado nas faturas enviadas aos consumidores. Entendeu a Corte que a proteção dispensada à Primeira Emenda tutelava o direito das referidas empresas de não divulgar mensagens que considerassem objetáveis.

Com efeito, o entendimento firmado em *CBS, Miami Herald e Pacific Gas & Eletrict Co.* revelou-se dissonante com aquele sedimentado em *Red Lion*, o que ensejou contundentes críticas por parte da doutrina constitucional. Essas incongruências findaram com a revogação das normas da *Federal Communications Comission* durante o governo do Presidente Ronald Reagan, entre 1980-1988. Em seu mandato, o Presidente Reagan corroborou o ato do FCC, quando vetou Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional que restabelecia a *fairness doctrine*, firme no argumento de violava a proteção

[34] 418, U.S. 241, 248 (1974).

[35] 475, U.S. 1 (1986).

prevista na Primeira Emenda, circunstância que inviabilizou o reexame da jurisprudência fixada em *Red Lion* por parte da Suprema Corte.

Por fim, mas não menos importante, podemos aludir, ainda, à doutrina da *preferred position* (posição preferencial). Aludida teoria foi desenvolvida pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana no célebre julgamento *United States v. Carolene Products Co*^[36] pelo Justice Harlan Stone, na nota de rodapé nº 4 de seu voto, no qual consignara que as medidas estatais restritivas em relação a conteúdo das liberdades clássicas estavam sujeitos a um escrutínio rigoroso quando do controle de sua constitucionalidade. A despeito não versar especificamente sobre a liberdade de expressão, a doutrina da *preferred position* foi encampada por outros Tribunais^[37].

O primeiro precedente em que a questão de fundo travada concernia à liberdade de expressão foi o caso *Murdock v. Commonwealth Of Pennsylvania*, julgado em 1943^[38]. Nas palavras da Suprema Corte, “freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position”. Em 1945, em *Thomas v. Collins*^[39], a Suprema Corte novamente aplicou a doutrina da posição preferencial, ao decidir que “[t]he task of drawing the line between the freedom of the individual and the power of the State is more delicate than usual where the presumption supporting legislation is balanced by the preferred position of the freedoms secured by the First Amendment. 3. Restriction of the liberties guaranteed by the First Amendment can be justified only by clear and present danger to the public welfare”.

Assim, de acordo com a aludida doutrina, que encontra eco na doutrina constitucional brasileira^[40], por desempenhar um duplo papel: substantivo e

[36] 304 U.S. 144 (1938).

[37] Com efeito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os Tribunais Constitucionais da Espanha e da Alemanha adotam a teoria da *preferred position*.

[38] 319 U.S. 105 (1943).

[39] 323 U.S. 516 (1945).

[40] BARROSO, Luís Roberto. Em suas palavras “[...] entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência - preferred position - em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. [...] Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade.”

instrumental. Assim, portanto, segundo essa teoria, que vem sendo amplamente aceita^[41], a solução dos conflitos envolvendo, de um lado, as liberdades de expressão e de imprensa e, de outro, outros princípios constitucionais, deve ser resolvido, via de regra, privilegiando aquela liberdade.

4 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O conteúdo da liberdade de expressão é suficientemente amplo, de maneira a proteger não apenas o direito de expressar ou exprimir-se (viés positivo), mas também o direito de não se expressar (viés negativo) e o direito o direito ao silêncio^[42]. Mais ainda: a liberdade de expressão pode ser compreendida como gênero da qual decorrem a liberdade de manifestação do pensamento (liberdade de expressão em sentido estrito), de informação e de imprensa.

De acordo com o jurista Rafael Koatz, a liberdade de expressão em sentido estrito impõe que cada indivíduo de se posicionar em relação às diferentes concepções e pensamentos e externar seu ponto de vista aos demais membros da sociedade, abrangendo, assim, a livre manifestação do pensamento, opiniões, ideias, sentimentos, pontos de vista, gostos artísticos etc. A seu turno, a liberdade de informação tutela, em seu âmbito de proteção, o direito subjetivo de veicular fatos de forma objetiva quanto o direito subjetivo de receber informações verdadeiras. Já a *liberdade de imprensa* consubstancia

(BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. In: "Temas de Direito Constitucional – tomo III". Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 105-106). No mesmo sentido, KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In.: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011: "Em nossa visão, a adoção da teoria da posição privilegiada da liberdade de expressão não viola o princípio da unidade da Constituição, na medida em que não estabelece uma hierarquia rígida ou definitiva entre os princípios, bens e valores constitucionalmente tutelados. O fato de a liberdade de expressão dever ser, em princípio, privilegiada, não significa que ela não possa ser afastada no caso concreto. Como se disse, a liberdade de expressão não é absoluta e as razões que, em princípio, justificariam sua proteção em um determinado caso, poderão ser superadas por outros princípios e valores constitucionais. A adoção da teoria impõe ao intérprete, apenas e tão somente, um ônus argumentativo elevado, de demonstrar as razões que justifiquem a restrição."

[41] O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os Tribunais Constitucionais da Espanha e da Alemanha têm adotado a teoria da posição preferencial.

[42] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 404.

um direito e um dever dos meios de comunicação de divulgar fatos e opiniões á coletividade, revelando-se, por esse motivo, uma liberdade vital às demais (de informação e de expressão em sentido estrito), notadamente porque instrumentaliza a divulgação de pensamentos, ideias e opiniões^[43].

Questão interessante que se coloca diz respeito ao conteúdo da liberdade de expressão. Que tipo de conteúdo é protegido pela axiologia constitucional? Existe algum tipo de discurso que mereceu a censura do constituinte originário? Ou caso inexista norma explícita autorizando a censura, é possível o intérprete extrair do sistema constitucional das liberdades algum tipo de autorização para limitar o livre exercício dessa liberdade fundamental?

Penso que não é possível advogar, *prima facie* e *in abstracto*, que o constituinte instituiu algum tipo de censura ao conteúdo de mensagem veiculada. Com efeito, a Constituição protege todo e qualquer conteúdo, ainda que estejam em descompasso com a opinião das majorias. Trata-se, assim, de consectário lógico decorrente da própria noção de Estado Democrático de Direito, segundo a qual a maioria se autogoverna desde que observe os direitos e garantias das minorias. Portanto, não concebo que, em princípio, possa haver qualquer tipo de constrição, por órgãos estatais e mesmo por particulares, à veiculação de bandeiras, ideias e opiniões.

De igual modo, inexistente forma para a exteriorização da manifestação da liberdade de expressão. Desde que não violentas, todas as formas estão protegidas pela liberdade de expressão, de sorte a albergar gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens. Abrange, inclusive, os modernos meios de comunicação, como mídias sociais (e.g., *facebook*, *twitter*, *blogs* etc)^[44].

[43] KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In.: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 388.

[44] CANOTILHO, J. J. Gomes; e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 572.

A este respeito, interessante discussão exsurge sobre a distinção entre a proteção do *discurso* e a proteção da *conduta*. Tal diferenciação tem importantes implicações práticas, uma vez que permite traçar um critério objetivo acerca do que é ou não protegido pela liberdade de expressão. Note que, seguindo essa diretriz de pensamento, seria possível, por exemplo, defender teses separatistas, como no Norte da Itália ou na região da Catalunha, mas não adotar medidas tendentes à sua implementação. Outro exemplo interessante é extraído do direito americano, qual seja, a queima da bandeira nacional, como um ato de protesto contra o governo^[45]. Condutas deste jaez, que possuem caráter eminentemente simbólico e refletem um protesto, também estão, em princípio, inseridos na esfera de proteção da liberdade de expressão.

Ademais, enquanto direito fundamental que é, a liberdade de expressão apresenta dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Na dimensão subjetiva, a liberdade de expressão é sobretudo um direito de defesa, de abstenção ou negativo, i.e., protege os seus titulares das ações do Estado e de terceiros que visem a tolher ou a limitar ilegitimamente seu exercício. Por outro lado, a dimensão objetiva decorre do diagnóstico de que a liberdade de expressão, além de encerrar um direito individual, consagra um valor extremamente caro dentro das sociedades democráticas, razão por que deve protegido e promovido^[46]. Precisamente por isso, deve irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, guiando os processos de interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral. Mais ainda: deve o Estado criar organizações e procedimentos capazes de amparar o livre exercício da liberdade de expressão. Consectariamente, assume o Estado um não é apenas negativo, mas também envolve ações positivas^[47], de maneira a proteger a liberdade de expressão, em

[45] *Texas v. Johnson*. 109 S. Ct. 2533 (1989).

[46] Sobre a dimensão objetiva da liberdade de expressão, veja-se FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 68 ss.

[47] SARMENTO, Daniel. "Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado". In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

face das ameaças representadas por terceiros, além de promovê-la^[48], através de medidas necessárias à viabilização do seu exercício pelos segmentos que têm menos possibilidades reais de se exprimirem no espaço público^[49].

[48] Essa dimensão pode ser promovida, por exemplo, através das leis de incentivo à cultura. Nesse sentido, destaca-se a Lei nº 8.313/91, que, restabelecendo os princípios da Lei nº 7.505/86 (criadora de benefícios fiscais na área do imposto de renda concedidos a operações de caráter cultural ou artístico), instituiu o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac). Também é importante mencionar a Lei nº 8.685/93, que criou mecanismos de fomento à atividade audiovisual, bem como a Lei nº 10.753/03, que instituiu a Política Nacional do Livro.

[49] FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binbenojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL – ADPF 130 – E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Luís Inácio Lucena Adams¹

1 INTRODUÇÃO

“Se for jornalista, mando
enforçar”
Getúlio Vargas, 1945

O tema da liberdade de expressão adquire cada vez maior significado no contexto da consolidação da democracia brasileira iniciada em 1988. A matéria evoluiu de forma truncada no Brasil, já que a tradição ideológica do positivismo de August Comte, marca na formação da república brasileira através de figuras singulares como Julio de Castilhos e Benjamim Constant, sempre conviveu mal com o pluralismo e o populismo característicos do processo democrático. Os controles exercidos nos meios de comunicação e as restrições à livre manifestação das pessoas, em todos os níveis, marcaram e ainda marcam a nossa sociedade. É emblemático, por exemplo, a proibição pela censura da publicação da Declaração da Independência dos Estados Unidos da América pelo Jornal Movimento em 1976.

De outro lado, a relação com o poder não opera apenas em um sentido. A dependência mantida pela imprensa sempre foi uma constante, sendo o Estado sustentáculo na formação dos grandes conglomerados de mídia, como bem

¹ Ministro de Estado da Advocacia-Geral da União. Pesquisador-Membro do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais junto ao Uniceub. Paper preparado para apresentação e discussão em sessão de 17 de setembro de 2014

lembra Mario Sérgio Conti ou registra Lira Neto. Particularmente, não é demais registrar editorial do Jornal O Globo assumindo o apoio explícito ao golpe militar de 1964, o que veio a ser reconhecido como equívoco apenas em editorial publicado em 31 de agosto de 2013.

De qualquer modo, não é objetivo deste artigo desenvolver acerca da relação da mídia e do poder político ou falar da formação ideológica da República Brasileira. Esta pequena introdução serve apenas para apontar a existência desta realidade intercambiante a indicar o quanto o tema liberdade de expressão é pouco desenvolvido no Brasil em comparação com outras democracias, em particular a dos Estados Unidos da América. É significativa a dimensão que a Suprema Corte dos Estados Unidos dá ao tema e o quanto é resiliente e perseverante a garantia dada pela Primeira Emenda da Constituição Norte Americana que, na sua singela forma, no sentido de que "O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito do estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão ou da imprensa; ou o direito das pessoas de reunirem-se pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas"² foi intensamente adaptada e redimensionada nos mais de 200 anos de existência da democracia norte americana, sempre vocacionada a preservação deste direito fundamental.

De fato, não encontramos na nossa jurisprudência pátria, em que pese os significativos avanços alcançados, a mesma intensidade e a radicalidade observadas nos debates promovidos na Suprema Corte Americana.

O que pretendo, como colaboração aos Seminários sobre Liberdade de Expressão promovidos pelo CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais, é analisar a decisão mais recente da Suprema Corte Brasileira, marco mais significativo do tema até agora, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 130, para, em seguida considerando algumas

² No original: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress, of grievances"

decisões da Suprema Corte Americana, mostrar os desafios que ainda persistem sobre o tema no Brasil.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

“Quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja”.

Ayres Britto, 2009.

A liberdade de expressão tem sido o tema central das democracias. Dworkin (2005) ressalta, por exemplo, a importância da liberdade de expressão na formação da democracia, seja na compreensão de democracia majorista “o ideal democrático repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria” ou co-participativa “governo exercido pelo “povo” significa governo de todo o povo, agindo em conjunto como parceiros plenos e iguais”.

Em qualquer das duas concepções de democracia, é essencial a liberdade que qualifique as escolhas políticas como expressão legítima da maioria ou como legitimidade da participação efetiva de todos os cidadãos. Em ambas as hipóteses não há democracia sem o sustentáculo da liberdade de expressão.

Todavia, compreender a importância da liberdade de expressão não ajuda a compreender o que é e como garanti-la.

Como é intuitivo, liberdade de expressão é muito mais ampla que a liberdade de falar ou de imprensa, em que pese o alcance e a importância da fala em si como forma de comunicação. O próprio art. 220 da Constituição Federal de 1998 dá o alcance amplo da proteção à liberdade de expressão: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

Portanto, ao dimensionar a proteção da liberdade de expressão ela pode alcançar diversos aspectos, sendo prévia, contra atos de censura do Estado ou de particulares; ou consequente, contra atos punitivos ou indenizatórios. Alcança diversos meios de comunicação, jornalísticos, artísticos ou individuais.

Pode proteger indivíduos, coletividades ou organizações. Pode regular proteger de maneira diversa a manifestação artística, política, comercial ou individual.

Em suma, a liberdade de expressão é elemento fundante da democracia e da república ao integrar a plenitude da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“[...] Erro de fato, com conteúdo difamatório de reputação oficial, ou ambos, é insuficiente para garantir o deferimento de indenização por declarações falsas, a menos que se alegue e prove que houve ‘malícia de fato’, isto é, o conhecimento de que a declaração seja falsa ou precipitada em relação à verdade”.³

Suprema Corte dos Estados Unidos da América
(New York Times v. Sullivan)

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou por diversos momentos o tema da liberdade de expressão, como no HC 82.424, de 17/09/2003, Relator Ministro Moreira Alves (publicação e comercialização de livro de conteúdo anti-semita); REExt 23.829, de 7/7/1954, Relator Ministro Mario Guimarães (liberdade de manifestação política de militar); REExt 130.206, de 17/9/1991, Relator Ministro Ilmar Galvão (impossibilidade de demissão em empresa pública por razões político-partidárias); e REExt 511.961, de 17/6/2009, Relator Ministro Gilmar Mendes (exigência do diploma de jornalista para exercício da profissão como restrição à liberdade de expressão). Esta última merece destaque pela importância na garantia da pluralidade do exercício da liberdade de imprensa como consectário da liberdade de expressão.

Todavia, mais recentemente, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, proposta em 2008 pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, foi decisão que mais destaque teve na aplicação de tal direito fundamental, já que teve por objeto a declaração de não recepção pela

³ No original: “(c) Factual error, content defamatory of official reputation, or both, are insufficient to warrant an award of damages for false statements unless “actual malice” - knowledge that statements are false or in reckless disregard of the truth - is alleged and proved”.

Constituição Federal de 1988, com eficácia geral e efeito vinculante, da denominada “Lei de Imprensa” (Lei 5.250, de 1967).

Ao final do julgamento, a Corte Suprema aboliu integralmente a “Lei de Imprensa” do ordenamento jurídico, tendo sido declarados inconstitucionais todos os seus dispositivos. Segundo o Ministro Ayres Brito, relator do caso, a mesma não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, já que, em face da garantia da liberdade de expressão, não caberia ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas.

O Relator qualificou a liberdade de imprensa como instituição-ideia (a mais rematada expressão do jornalismo), e instituição-entidade (conjunto de órgãos, veículos, empresas, meios, juridicamente personalizados). Tem ela por finalidade comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo das ocorrências fáticas; o pensamento, a pesquisa, a criação e a percepção humana em geral, como a sede de toda inteligência e de todo sentimento.

Por ocasião do julgamento assentou-se ainda que:

são irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.

[...]

no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.

[...]

a plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens da personalidade e mais direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana.⁴

A “Lei de Imprensa” disciplinava minuciosamente as hipóteses de cabimento do direito de resposta e se não carregasse uma carga histórica tão negativa, poderia ter sido pontualmente preservada, como, aliás, foi defendido pelo Ministro Gilmar Mendes, que votou pela manutenção dos artigos 29 a 36, que tratavam precisamente do direito de resposta. Sustentou, em suma que “o caráter institucional da liberdade de imprensa não apenas permite como exige a intervenção legislativa, com o intuito de dar conformação e, assim, conferir efetividade à garantia institucional”⁵.

Porém, a maioria entendeu haver uma incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988, que a contaminava completamente no sentido de que “a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.”

A análise dos fundamentos que balizaram o julgamento da ADPF nº 130, demonstra que a feição de censura prévia apresentada por vários dispositivos da “Lei de Imprensa”, não se compatibilizavam com a nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição de 1988, a exemplo do art. 220 (a liberdade de comunicação social não poderá sofrer restrições de qualquer espécie). Entretanto, ao assegurar tal garantia o legislador constituinte não a colocou fora do alcance de ulterior regulamentação.

⁴ Supremo Tribunal Federal, ADPF 130, excertos do voto do Ministro Ayres Britto.

⁵ Conferir “O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações”. Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 4, 2010/2011)

De qualquer modo, a doutrina pátria não possui uniformidade quando ao tema. Ainda sob os ares da democrata constituição de 1946, Nelson Hungria assim lecionava com singular propriedade:

Liberdade de imprensa é o direito de livre manifestação do pensamento pela imprensa; mas, como todo direito, tem o seu limite lógico na fronteira dos direitos alheios. A ordem jurídica não pode deixar de ser um equilíbrio de interesses: não é possível uma colisão de direitos, autenticamente tais. O exercício de um direito degenera em abuso, e torna-se atividade antijurídica, quando invade a órbita de gravitação do direito alheio. Em quase todo o mundo civilizado, a imprensa, pela relevância dos interesses que se entrecrocavam com o da liberdade das ideias e opiniões, tem sido objeto de regulamentação especial ⁶.”

Esta linha de pensamento é a mesma que se observou anos depois na redação conferida ao atual artigo 220 do texto constitucional, que relativiza a liberdade de comunicação social, ao determinar que o seu exercício deve observar o disposto na Constituição. Outrossim, a ausência de previsão constitucional expressa de regulamentação da liberdade de comunicação, não permite inferir-se que o legislador ordinário não possa disciplinar os eventuais conflitos entre direitos de matriz constitucional, como bem aclarado ficou no voto do Ministro Gilmar.

Induvidosamente, ao julgar o mérito da ação a Corte Suprema optou por colocar o direito à liberdade de imprensa em plano superior ao direito individual à honra e à imagem das pessoas. Porém persistiu em alguns dos Ministros, que se posicionaram na minoria, o questionamento de que se teria sido realmente oportuna a revogação *in integrum* da “Lei de Imprensa”, que continha certos dispositivos que serviam de contenção a abusos praticados sob o manto da liberdade de informação e asseguravam o exercício do contraditório, também este de índole constitucional.

A síntese do julgamento é que foi concedido caráter superior à liberdade de imprensa e concomitantemente àqueles que tiverem sua honra ou sua imagem lesada em razão do exercício abusivo da liberdade de imprensa

⁶ Hungria, Nelson, Comentários ao Código Penal, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. VI, p. 261.

poderão socorrer-se do arcabouço legal já existente, nos termos definidos pelo colegiado, pela aplicação do inciso V do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura o direito de resposta proporcional ao agravo e de indenização pelo dano causado, sendo, no entendimento da Corte Suprema, desnecessária qualquer norma complementadora.

4 A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS EUA

“Se tiver que escolher entre viver na União Soviética ou nos Estados Unidos, escolho o último já que lá posso ser comunista”.

Adelmo Genro Filho, 1986

4.1 O caso R.A.V. v. City of St. Paul

Na cidade de St. Paul, no estado de Minnesota, em junho de 1990, um grupo de adolescentes ateou fogo em uma cruz de madeira, propositadamente fincada no jardim da casa de uma família de negros, na vizinhança do réu. Havia lei municipal que vedava atos de hostilidade que provocasse ressentimentos ou ódios, que no caso foi materializado na queima de cruzes (o que remetia à Klu-Klux-Khan) ou a disposição de suásticas.

Uma corte municipal não permitiu a penalização, com base na premissa de que a lei local era extensiva, de algum modo vaga, e passível de contemplar inúmeras hipóteses, de modo indiscriminado. A Suprema Corte do Estado de Minnesota cassou essa decisão, forte no argumento de que a lei discutida era útil no combate às ameaças à segurança pública.

A linha de entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos foi fixada em decisão de 22 de junho de 1992, quando reverteu decisão da Suprema Corte do Estado de Minnesota.

A opinião da Corte, conduzida pelo juiz Antonin Scalia, reconheceu a inconstitucionalidade de lei que proibisse a adoção de fórmulas genéricas que promovessem a vedação seletiva de ideias específicas. A Corte argumentou que a lei então discutida veiculava regra substancialmente ampla, ainda que vedando exemplificativamente o racismo e o nazismo.

Afirmou o Juiz Scalia que as palavras de ódio são proscritas não porque elas comunicam uma ideia particular, mas porque o seu conteúdo incorpora uma particular forma expressão, intolerável e socialmente desnecessária. A lei, por sua vez, não identificou estas fórmulas particulares, mas proibiu as palavras de ódio em qualquer forma de expressão o que cria a possibilidade de Municipalidade estar querendo impedir a expressão de ideias particulares. Nas palavras do Juiz Scalia, com ênfases minhas:

Como anteriormente explicado [...] a razão pela qual ‘palavras de ódio’ sejam categoricamente excluídas da proteção da Primeira Emenda não reside no fato de que seu conteúdo comunique alguma ideia particular, mas sim que corporifique uma forma de expressão particularmente intolerável (e socialmente desnecessária) não interessando qual a ideia que seu prolator pretenda transmitir. A cidade de St. Paul não escolheu um modo especificamente ofensivo de expressão – não optou, por exemplo, por proibir apenas ‘palavras de ódio’ que comuniquem ameaças (ao contrário de ideias odiosas). **Pelo contrário, a lei prescreveu palavras de ódio em qualquer sentido que comunique mensagens de intolerância racial, de gênero ou de religião. Esse tipo de seletividade dá ensejo que a cidade proscruva expressões que explicitem ideias particulares.** Essa possibilidade seria de per si suficiente para fazer com que a lei seja presumivelmente inválida, possibilidade que se torna uma incerteza com os comentários e concessões da cidade de St.Paul⁷.

4.2 O caso *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*

Na origem (o caso é de 1965) um grupo de estudantes em Des Moines, Estado de Iowa, que planejou uma demonstração pública, na qual iriam sustentar a necessidade de uma trégua na Guerra do Vietnã. Decidiram que

⁷ No original: “As explained earlier, [...], the reason why fighting words are categorically excluded from the protection of the First Amendment is not that their content communicates any particular idea, but that their content embodies a particularly intolerable (and socially unnecessary) mode of expressing whatever idea the speaker wishes to convey. St. Paul has not singled out an especially offensive mode of expression—it has not, for example, selected for prohibition only those fighting words that communicate ideas in a threatening (as opposed to a merely obnoxious) manner. **Rather, it has proscribed fighting words of whatever manner that communicate messages of racial, gender, or religious intolerance. Selectivity of this sort creates the possibility that the city is seeking to handicap the expression of particular ideas.** That possibility would alone be enough to render the ordinance presumptively invalid, but St. Paul’s comments and concessions in this case elevate the possibility to a certainty.”

usariam uma banda preta nos braços, em sinal de protesto, e que frequentariam as aulas, com esse símbolo de insurgência. A direção da escola definiu em reunião que proibiria qualquer tipo de manifestação. Uma aluna desafiou a ordem e compareceu à escola, usando a banda preta no braço. No dia seguinte um irmão da aluna insurgente também compareceu na escola, com o mesmo distintivo. Uma suspensão escolar suscitou a intervenção da família dos jovens, que judicializou a questão. Invocaram que a 1ª Emenda autorizava o uso daqueles adereços, como forma de protesto o que significava, efetivamente, liberdade de pensamento. Uma corte distrital entendeu que a escola tinha razão e que as medidas eram necessárias para a manutenção da disciplina na escola. A decisão foi mantida por uma corte federal de 2ª instância.

A questão foi levada à Suprema Corte que definiu que a escola deveria comprovar que a proibição atendia a uma necessidade de se prevenir uma eventual interferência do uso da liberdade de expressão, por meio do adereço – banda preta no braço –, quanto ao funcionamento da escola, especialmente do ponto de vista pedagógico. A escola, ao proibir o uso do adereço, entendeu a Suprema Corte, demonstrou apenas um receio, e não um perigo real e efetivo. Há um voto vencido (de Potter Stewart) no sentido de que a 1ª Emenda não alcançava crianças em idade escolar.

Prevaleceu entendimento relativo ao alcance da 1ª Emenda, no sentido de que medidas proibitivas que limitem a liberdade de expressão de alunos em escolas públicas exigem comprovação de um risco concreto e real, capaz de romper o processo educacional.

4.3 O caso Texas v. Johnson

Em 1984, em frente à Prefeitura de Dallas, no Estado do Texas, quando se realizava uma convenção do Partido Republicano, Gregory Lee Johnson ateou fogo em uma bandeira norte-americana. Não houve feridos, ou quaisquer outros danos materiais, ainda que boa parte dos presentes se sentisse ofendidos com a atitude. A cultura norte-americana é marcada por um acentuado patriotismo, revelado recorrentemente no culto à bandeira. É

costume norte-americano o hasteamento de bandeiras em residências e lojas. Para os norte-americanos a bandeira é um símbolo de união nacional.

Com base em uma lei texana Johnson foi condenado a cumprir um ano de prisão, bem como ao pagamento de uma multa de dois mil dólares. A decisão de primeira instância, que decidiu pela condenação, foi revertida pela Suprema Corte do Texas, forte no argumento de que a 1ª Emenda protegia Johnson, que alegava o direito de manifestação, expressando um desagrado para com a política conservadora dos republicanos. O presidente dos Estados Unidos, à época dos fatos, era Ronald Reagan.

A matéria foi levada para a Suprema Corte norte-americana. Por apertada margem, cinco a quatro, o relator, William J. Brennan, conduziu voto que entendeu a conduta protegida pela primeira emenda, ainda que a bandeira simbolizasse patriotismo e que representasse de modo enfático a união nacional.

Levou-se em conta que o ato de Johnson se deu em contexto absolutamente comum no campo político. O fato de que a bandeira fora queimada no ambiente da convenção do Partido Republicano pesou em favor de Johnson, a quem a Suprema Corte confirmou o direito de manifestação, ainda que ela tenha se dado com a queima de um símbolo nacional. A Suprema Corte norte-americana reverteu a decisão do Tribunal do Texas, fixando que o direito de manifestação política, protegido pela primeira emenda, não permitia a criminalização de Johnson.

4.4 O caso Mac Connell v. Federal Election Commission

Na origem, uma lei de 2002 (*MacCain-Feingold Act*) que substancializava uma reforma na legislação norte-americana referente às doações de campanha. Essa reforma fora defendida e liderada pelos senadores John McCain e Russell Feingold.

A lei extinguiu doações irrestritas, o chamado *soft-money* no jargão da literatura política norte-americana. Pessoas físicas e jurídicas não poderiam

mais contribuir irrestritamente com partidos ou com candidatos. Também não poderiam realizar doações a políticos eleitos. A lei também dispôs sobre a limitação de propaganda de sindicatos, empresas e de organizações sem fins lucrativos. Definiu-se que em um período de 60 dias antes das eleições haveria amplas restrições à propaganda de sindicatos, empresas e organizações sem fins lucrativos, especialmente quando se vinculava o conteúdo da propaganda com algum partido político ou candidato.

Os fundos partidários já recebidos e contabilizados também não poderiam ser utilizados indiscriminadamente por partidos políticos e candidatos, no pagamento de propagandas, limitando-se substancialmente o uso de recursos partidários, nesse sentido.

A lei *McCain-Feingold* também dispôs sobre inusitada regra de competência, fixando que discussões judiciais decorrentes de sua interpretação seguiriam diretamente em segunda instância para a Suprema Corte. Essa disposição contrastava com a cultura jurídica norte-americana, na qual o acesso à Suprema Corte é muito restrito, preso à discricionariedade dos juízes, e aos limites do remédio disponível, o *writ of certiorari*.

A judicialização da questão, inclusive por intermédio da representação do Partido Republicano na Califórnia, suscitou discussão na Suprema Corte. Em disputa, o questionamento relativo à limitação à liberdade de expressão, que resultaria da mitigação das doações e das propagandas eleitorais. Em outras palavras, lei que limitava doações e que restringia a propaganda eleitoral não hostilizaria a 1ª Emenda? As restrições às propagandas de sindicatos, empresas e organizações não lucrativas não seguiria o mesmo caminho?

Por apertada votação, cinco a quatro, os juízes Sandra Day O'Connor e John Paul Stevens conduziram a compreensão da Suprema Corte, no sentido de que a limitação de gastos e de propaganda, tal como fixados pela lei McCain-Feingold não configuravam restrições à liberdade de expressão, tal como enunciado na 1ª Emenda. Essa restrição – e havia alguma limitação, bem entendido – revelava-se como mínima, no entender da Corte, posteriormente

mudado. O combate à possibilidade de corrupção e de tráfico de influência justificaria o conjunto normativo veiculado pela lei questionada.

4.5 O caso *Citizens United v. Federal Election Commission*

A Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu a decisão do caso *Mac Connell*, definindo que a liberdade de expressão é também direito das pessoas jurídicas, que também são protagonistas importantes no espaço democrático. A decisão foi apertada, cinco a quatro, porém qualifica um marco no modelo norte-americano, no qual as pessoas jurídicas detêm meios de expressão, entendendo-se que o financiamento de campanhas é forma legítima de participação no debate político. A questão foi decidida em janeiro de 2010.

Na origem, um grupo, *Citizens United*, que havia financiado um filme sobre Hillary Clinton (*Hillary: The Movie*), no qual se criticava veementemente essa personagem política do Partido Democrata. Tratava-se de um documentário, no qual vários políticos conservadores, a exemplo de Dick Morris e Ann Coulter eram entrevistados. Denunciava-se a esposa de Bill Clinton, buscando-se evidenciar escândalos ligados ao casal de democratas.

À luz da lei *McCain-Feingold* (também denominada de *Bipartisan Campaign Finance Reform Act*) vedava-se o financiamento do uso de meios eletrônicos de comunicação, o que, entendeu-se originalmente, alcançaria a produção de filmes para o cinema e para a televisão. No contexto da lei, empresas, sindicatos e organizações sem fins lucrativos não poderiam financiar mídias eletrônicas nas quais se divulgassem mensagens políticas.

Os produtores do filme resolveram judicializar a questão, invocando que a lei *McCain-Feingold* violava a 1ª Emenda. Os interessados conseguiram levar a questão para a Suprema Corte, em recurso que questionou se a decisão paradigma, *Mac Connell*, alcançaria todos os casos relativos ao financiamento de propaganda política. Seria um filme, em forma de documentário, em sentido estrito, uma manifestação exatamente idêntica a qualquer modelo de propaganda?

A Suprema Corte reverteu a decisão original e fixou entendimento no sentido de que a democracia exige que se protejam as manifestações do pensamento em sua esfera política (*political speech*). Essa proteção – definiu a Corte – é indispensável para o pleno funcionamento das instituições democráticas.

Deve-se prestigiar o interesse público que demanda que o público seja informado. Definiu-se que as pessoas jurídicas detêm prerrogativa de manifestação porque também agentes do debate, pelo que a ficção que as desmaterializa, de origem romana, não alcança a realidade dos fatos.

4.6 O caso *McCutcheon et al. v. Federal Election Commission*

Julgado em abril de 2014, a Suprema Corte norte-americana ampliou compreensão relativa à possibilidade de doações eleitorais, por pessoas jurídicas e, nesse caso específico, por pessoas físicas. Em apertada votação, cinco a quatro, o presidente da Corte, John G. Roberts Jr., conduziu voto no sentido de que algumas limitações da lei *McCain-Feingold* não se conformavam com o conteúdo da 1ª Emenda.

No caso, a insurgência de um cidadão do estado do Alabama, Shaun McCutcheon, que havia feito doações a candidatos do Partido Republicano. Em face das doações de McCutcheon havia ameaça de glosa, porquanto a lei *McCain-Feingold* restringia os cálculos dos valores a serem doados a um contexto de contingenciamento, que era de dois anos.

A lei dispunha que os limites de doação deveriam ser calculados em períodos que alcançavam dois anos, sempre, com possibilidade de reavaliações periódicas dos limites, com base em cálculos de inflação. Shaun McCutcheon sustentou que havia ofensa à 1ª Emenda, por conta dos limites estabelecidos em lei. A questão ganhou atenção nacional e alcançou a Suprema Corte, que entendeu o combate à corrupção eleitoral, objetivo da lei *McCain-Feingold* não seria alcançado, com meras fixações de limites de doações, com base em intervalos de tempo. Os doadores precisam contemplar vários candidatos,

avaliando interesses e objetivos, o que absolutamente necessário, em um contexto de funcionamento de plena democracia. O limite à possibilidade de financiamento de campanha, enquanto indicativo de liberdade de expressão, deveria ser a regra, e não a exceção.

Para a Suprema Corte norte-americana a corrupção eleitoral deve ser combatida de várias formas. Medidas de combate à ameaça da corrupção eleitoral, no entender da Suprema Corte, não poderiam se sobrepor à liberdade de expressão, também substancializada em doações para campanhas e para candidatos. Houve, no entanto, voto vencido, que insistia que o abandono da regra dos limites acenaria com uma ameaça para o processo democrático.

4.7 O caso New York Times v. Sullivan

Foi decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em março de 1964, por nove votos a zero, que a 1ª Emenda protege todos os tipos de declarações públicas, feitas na imprensa, inclusive aquelas que contenham informações imprecisas e mesmo falsas, desde que, neste último caso, não sejam dolosas e maliciosamente construídas para prejudicar terceiros. Essa tese, que é nuclear na compreensão na jurisprudência da 1ª Emenda, persiste até hoje, revelando-se como o *leading case* do tema da liberdade de expressão.

Na origem, o caso surgiu da revolta de um policial de Montgomery, no estado do Alabama contra anúncio pago veiculado no jornal New York Times. No referido anúncio, afirmava-se que a prisão de Martin Luther King Jr., no Alabama, fazia parte de uma ampla campanha cujo objetivo principal era deturpar a imagem do pastor e líder norte-americano, que lutava pela integração racial, bem como pela necessidade de que todos os negros norte-americanos participassem dos processos eleitorais, como eleitores, e como candidatos.

O policial do Alabama, L. B. Sullivan, sentiu-se caluniado, e com base em lei do estado onde atuava, ajuizou uma ação contra o jornal, reclamando indenização. Ganhou nas instâncias originárias, que lhe contemplaram uma indenização de meio milhão de dólares, por calúnia (libel). Substancialmente,

valeu-se da lei de seu estado, que não exigia que o caluniado comprovasse dano efetivo, ou mesmo alguma forma de prejuízo. Além do que, o anúncio continha alguns erros fatuais.

A Suprema Corte foi provocada para decidir se lei que não exigia prova de dano sofrido, no juízo de calúnia, poderia ser albergada pelo conteúdo protetivo da 1ª Emenda. Entendeu-se que a liberdade de expressão era ampla, e que mesmo informações imprecisas seriam protegidas, fixando-se como traço definidor de alguma eventual indenização uma veiculação maliciosa, com nítidas intenções difamatórias. Assim, o caso qualifica-se como um marco na sistemática da 1ª Emenda, revelando a liberalidade da Corte de Warren, cuja marca mais definidora fora a intransigente defesa dos direitos e liberdades civis. L. B. Sullivan perdeu a ação e não pode postular a indenização originariamente outorgada.

5 CONCLUSÃO

“Não concordo com o que dizes,
mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo.”

Voltaire (?)

Como se viu, a partir dos casos apresentados, o tema da liberdade de expressão não apresenta uma uniformidade na sua aplicação. Mesmo sendo um direito constitucional fundamental, existem em relação a ele diversos e complexos aspectos que podem levar a submetê-lo a algum nível de regulação.

Apenas para reflexão, poderíamos examinar o fundamento central que está levando atualmente o Supremo Tribunal Federal a declarar inconstitucional o financiamento de campanha eleitoral por parte de empresas privadas: os únicos habilitados a participar do processo eleitoral são os cidadãos e as empresas não possuem cidadania. Como compatibilizar este argumento com a possibilidade de um jornal ou revista de grande circulação, como ocorreu nas eleições presidenciais em 2010, apoiar em editorial determinada candidatura. Haveria aqui o exercício da liberdade de expressão? Estão as pessoas jurídicas protegidas pelo direito da liberdade de expressão? O

apoio explícito de uma empresa jornalística a candidatura não se estaria quebrando o mesmo princípio que vedaria a empresa em financiar campanhas eleitorais? E se a empresa jornalística está alcançada pelo direito da liberdade de expressão, porque demais pessoas jurídicas não estariam? Pode a Vale do Rio Doce, por exemplo, pagar uma publicidade política em apoio a determinadas candidaturas? Observe-se que esta última modalidade foi expressamente garantida pela Suprema Corte dos Estados Unidos como protegida pela 1ª Emenda no caso *Citizens United v. Federal Election Commission*.

Da mesma forma, outros temas poderão ser objeto de apreciação constitucional, como o caso da delimitação das palavras de ódio (*fighting words*). Pense-se no caso da criminalização da homofobia. Como estabelecer uma restrição a situações que expressem apenas manifestações de ódio ou preconceito, sem que isto também alcance o fluir necessário de ideias.

No âmbito educacional isto se torna ainda mais significativo no caso das escolas e universidades. Como avaliar os limites educacionais válidos na expressão pessoal dos alunos. Casos como o da estudante Geyse Arruda, em 2009, expulsa e depois readmitida pela Universidade Bandeirantes de São Paulo, ainda evoca controvérsias. Ou, noutra linha, como tratar a pretensão do Instituto Advocacia Racial e Ambiental (Iara) que pretende banir, mediante Mandado de Segurança impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal, o livro “Caçadas de Pedrinho”, de Monteiro Lobato, por evocar expressões consideradas racistas? É possível proibir o ensino do criacionismo nas escolas? Como tratar o tema quanto aos casos dos programas de educação sexual nas escolas, particularmente quando relacionado ao tema da homoafetividade?

De fato, na medida em que se consolide a realidade democrática do Brasil, é de se esperar que diversos e diferentes casos comecem a ser remetidos ao exame do Supremo Tribunal Federal a afirmar com maior clareza de atualidade o tema da liberdade de expressão, compatível com a complexa e múltipla realidade de um país continental como o Brasil.

ESPERANÇA E DEMOCRACIA NA ÁFRICA DO SUL PÓS-APARTHEID

Saul Tourinho Leal¹

1 INTRODUÇÃO

Na África do Sul, foram pessoas de carne e osso, mas de trajetórias extraordinárias, como Nelson Mandela e Albie Sachs, que fizeram a diferença. Na Índia, líderes da dimensão de Mahatma Gandhi e Jawaharlal Nehru guiaram sua gente ao caminho da liberdade. Nos Estados Unidos, Thomas Jefferson, o reverendo Martin Luther King e o ativista gay Harvey Milk gravaram seus nomes na história graças à luta por direitos. O que pessoas de perfis tão diversos, mas com legados incomuns têm em comum? A esperança. Graças a esse sentimento cidadãos conseguiram pavimentar o caminho rumo à democracia que seria desfrutado pelas mais variadas camadas da sociedade. Estamos falando de grupos que, em contextos diversos, necessitavam da justiça para pôr fim a um tempo cruel que parecia não acabar jamais.

Conduzida por esta convicção, este ensaio se propõe a percorrer episódios, cenários e circunstâncias nas quais a esperança deu o tom da luta por um amanhã mais justo. Foi na África do Sul, no final de 2013, no funeral de Nelson Mandela, que foi encontrada a inspiração. O sentimento possibilitou descrever tudo o que compôs esse importante momento histórico, bem como

¹ Doutor em Direito pela PUC/SP. Foi apontado como clerk na Corte Constitucional da África do Sul, para atuar no gabinete do juiz Edwin Cameron. É acadêmico-visitante na Universidade da Cidade do Cabo e pesquisador-visitante no South African Institute for Advanced Constitutional, Public, Human Rights and International Law (SAIFAC), na Universidade de Joanesburgo. No Brasil, é tradutor das obras de Albie Sachs, juiz aposentado da Corte Constitucional da África do Sul e ganhador do Prêmio Tang pela Defesa do Estado de Direito, em 2014. Preside a Coordenação para a África do Sul do Conselho Federal da OAB. Em 2012, esteve no Quênia, representando o UniCEUB, a convite da Comissão de Implementação da Constituição, falando sobre ativismo judicial. A experiência resultou no livro KATIBA

– Vivendo o Sonho do Quênia: O Constitucionalismo da Esperança na África Contemporânea. Escreve sobre o continente africano em: <http://www.migalhas.com.br/Africa>. Email: stl1@bol.com.br

desenvolver a temática da esperança no processo contemporâneo de democratização de um país.

À medida que o entusiasmo resplandecia, um inimigo poderoso aparecia: o ódio seguido da revanche. Não há como não surgir os efeitos colaterais gerados pelo incitamento, por parte dos líderes, a que os cidadãos se dividam e briguem entre si. Uma nação fragmentada e conduzida pelo ódio não pode encontrar outro refúgio que não seja a revanche. O Zimbábue e a Líbia são exemplos de países onde o ódio conduziu a acertos de contas intermináveis. No Zimbábue, uma divisão profunda estimulada pelo próprio presidente, Robert Mugabe. Na Líbia, uma separação feita pela ditadura de Muammar Kadhafi que gerou revoltosos absolutos espalhados pelas ruas.

A trajetória da África do Sul é apresentada com suas conquistas em relação à união da população, à luta por igualdade e à manutenção de um estado de reconciliação, exemplo para todos, quando considerado em seu contexto. Abordando o legado de Nelson Mandela na luta contra o apartheid, sua prisão é narrada, passando pela temporada de 27 anos encarcerado, até chegar à presidência do país. Ao final, com uma Constituição generosa, em 1996, a nação seguiu o caminho da reconciliação, fundamental no processo de aproximação de um povo dividido por tanto tempo.

Um novo amanhã só será construído com base na união das pessoas, motivadas pela esperança e dispostas a resistirem e continuarem a luta por direitos fundamentais. Desta forma, haverá a reconciliação do país. Líderes políticos que apostam na divisão, que sustentam o discurso do “eles contra nós”, que incitam ou toleram a violência contra cidadãos ativos, devem se conscientizar que estão plantando sementes do ódio que inevitavelmente florescerão.

Trata-se de um ensaio leve, mas com profundidade teórica, fácil de ser lido, mas sem desconsiderar argumentos importantes, numa união entre teoria e prática. A leitura chama as pessoas a persistirem em suas convicções por esperança, a insistirem pacientemente na busca por um amanhã mais justo e a

compreenderem que quando este dia chegar, a felicidade pública virá com a reconciliação de todos.

2 A INSPIRAÇÃO AFRICANA

“Esperança é uma arma poderosa e nenhum poder na Terra pode lhe privar dela”, escreveu Nelson Mandela, em 23 de junho de 1969, numa carta a sua então esposa, Winnie Mandela, enquanto estava preso na Ilha Robben, na Cidade do Cabo. Dia 15 de dezembro de 2013, aos 95 anos, ele seria sepultado em Qunu, uma aldeia num vale estreito repleto de campinas, cortado por riachos de água cristalina e rodeado de colinas verdejantes, onde passou a infância na companhia de seus pais. A atmosfera da África do Sul, ao contrário do que se supunha, era de celebração. Não havia desespero. Todos reverberavam um sentimento de profundo orgulho.

O jovem da etnia *isiXhosa*, virou um advogado militante e, posteriormente, um ativista político capaz de grandes renúncias pelo compromisso de livrar o seu povo do *apartheid*, o modelo da colonização promovida pela Grã-Bretanha, que dividia o país em dois grupos: os dos brancos europeus e o dos não-brancos. “Dois mundos na mesma cidade, contudo totalmente separados, unidos pelo sofrimento e não pela esperança, e eu não vivia inteiramente em nenhum deles”², afirma Albie Sachs, um grande combatente da liberdade que, posteriormente, foi indicado para a Corte Constitucional da África do Sul por Mandela, de quem falaremos mais à frente.

De Soweto, nos arredores de Johannesburgo, Mandela, aquele homem alto, forte, carismático, praticante de boxe, que cultivava hábitos refinados, deu uma demonstração do seu caráter diante da condenação iminente à pena de morte. “Lutei contra a dominação branca e lutei contra a dominação negra”, disse. “Tenho cultivado o ideal de uma sociedade livre e democrática na qual todas as pessoas vivam juntas em harmonia e com oportunidades iguais. É um ideal no qual deposito a esperança de viver e alcançar. Mas, se for preciso, é um

² SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. London: Oxford University Press, 2009, p. 02.

ideal pelo qual estou preparado para morrer”, foi a última declaração diante do juiz que tinha a sua vida nas mãos.

No tribunal, 150 lugares eram destinados a não-europeus. Mandela cerrou o punho da mão direita, ergueu-o e gritou: “Amandla!”. A palavra da língua *isiXhosa* significa “poder”. A massa respondeu: “Ngawethu!” (“Para nós!”). O juiz bateu o seu martelo exigindo ordem. Posteriormente, ao proferir o veredicto, ele converteu a pena de morte por crime de sabotagem em prisão perpétua. Nelson Mandela saiu acorrentado pelas mãos e pés, vestindo a roupa de guerreiro da sua etnia. A *kaross* consiste numa pele de leopardo, tradicional aos *isiXhosa*. Era dia 12 de junho de 1964.

Dentro do furgão negro, passando no meio dos que seguiam em vigília diante do tribunal, Mandela e seus companheiros mostraram os punhos cerrados através das barras da janela do veículo. “Era a esperança de que a multidão conseguisse nos enxergar, não sabendo se ela conseguiria”³, anota Mandela. A multidão enxergou e entoou o hino “Nkosi Sikelel’ iAfrica” (Senhor, abençoe a África). Uma das exortações diz: “Senhor, abençoa a nossa nação. Faça cessar as guerras e o sofrimento”.

A cena do povo em catarse na rua mostra que há uma psicologia por trás do grupo. Nas palavras de Sigmund Freud, consiste numa “psicologia de massas”, que “trata o ser individual como membro de uma tribo, um povo, uma casta, uma classe, uma instituição, ou como parte de uma aglomeração que se organiza como massa em determinado momento, para certo fim”⁴. Para Freud, “em estados de exceção, produz-se numa comunidade o fenômeno do entusiasmo, que torna possível as mais grandiosas realizações da massa”⁵. É o surgimento da esperança como fator de aglutinação de uma comunidade que luta por objetivos comuns: a construção de direitos fundamentais.

³ MANDELA, Nelson. *Longa Caminhada até a Liberdade*. Tradução Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012, p. 462

⁴ FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 15. 5 FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 33

⁵ FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 33

Quase três décadas depois, livre, Nelson Mandela propôs a reconciliação. “Peguem suas armas, suas facas, suas ‘pangas’, e joguem ao mar. Eles me deixaram preso 27 anos e eu os perdoei. Se sou capaz de perdoar, vocês também são!”, ordenou, em cadeia nacional de televisão, em 1990, enquanto o país se desmanchava em sangue na luta entre brancos e negros, e também entre os próprios negros de etnias diversas, como os sangrentos conflitos entre os Zulu, os isiXhosa e os Inkatha. A iniciativa introduziu o componente das lutas em busca de direitos fundamentais: a esperança.

O que seria a esperança? Qual o conceito de medo? Como trabalhar esses dois opostos? Para John Locke, “esperança é o prazer que cada um constata na própria mente quando pensa na probabilidade futura de desfrutar de algo dado ao deleite”. O medo, por sua vez, seria “o incômodo da mente quando pensa num improvável mal futuro”⁶. É com base nessa aceção que trabalharemos a questão da esperança. O medo, como veremos, aparecerá muitas vezes e sua conceituação também vem de Locke.

É fundamental que mantenhamo-nos unidos, esperançosos e crentes de que o ser humano nasceu para o bem, para a justiça e para alcançar a sua felicidade. Apesar de todos os convites à desesperança, é preciso resistir. Como inspiração, vale lembrar do que disse Nelson Mandela, ao afirmar que, mesmo durante os momentos mais sombrios na prisão, quando ele e os seus companheiros foram levados ao extremo dos seus limites, ele enxergava um vislumbre de humanidade em um dos guardas, talvez por apenas um segundo, mas o suficiente para se manter esperançoso e continuar vivendo. “A bondade do homem é uma chama que pode ficar escondida, mas nunca apagada”⁷, registrou Mandela.

⁶ LOCKE, John. Ensaio sobre o entendimento humano. Tradução, apresentação e notas Pedro Paulo Garrido Pimenta. São Paulo: Martins Fontes, selo Martins, 2012, p. 238

⁷ MANDELA, Nelson. Longa Caminhada até a Liberdade. Tradução Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012, p. 761.

⁸ Em *Homo Viator: prolégomènes a une métaphysique de l’esperance*, de 1944, Gabriel Marcel dedica um capítulo ao estudo da esperança. Ver: MARCEL, G. (1944). *Homo Viator: prolégomènes a une métaphysique de l’esperance*. Paris: Aubier.

⁷ MANDELA, Nelson. Longa Caminhada até a Liberdade. Tradução Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012, p. 761.

A esperança é tão poderosa que Dante Alighieri, na Divina Comédia, ao descrever a entrada do inferno, põe o poeta Virgílio a ler a advertência: “Deixai toda a esperança, ó vós que entraís!”. Sem ela, vem o desespero, que é o próprio inferno. “A esperança é talvez o próprio tecido de que nossa alma é feita. É a respiração da alma”⁸, afirmou Gabriel Marcel. Não foi fácil manter acesa a chama diante de tudo o que foi feito de cruel nos países africanos durante o *apartheid*.

“Hoje, todos nós, com a nossa presença aqui... outorgamos glória e esperança para uma liberdade recém-nascida”, disse Nelson Mandela, em 10 de maio de 1992, no ato de posse como presidente da África do Sul, num anfiteatro de arenito, formado pelos *Union Buildings*, em Pretória. Dias antes, no salão do Hotel Carlton no centro de Joanesburgo, ele dividia o pódio com a senhora Coretta Scott King, esposa do outro guerreiro da liberdade, Martin Luther King Jr. Estavam unidos a uma multidão que comemorava a vitória nas eleições.

O encontro era muito simbólico. Martin Luther King, no discurso “Eu Tenho um Sonho”, finalizou com a frase: “Com esta fé nós poderemos cortar da montanha do desespero uma pedra de esperança”. Stéphan Hessel diz que a mensagem de Nelson Mandela e de Martin Luther King “é uma mensagem de esperança na capacidade das sociedades modernas ultrapassarem os conflitos por meio de uma compreensão mútua e de uma paciência vigilante. Para alcançá-la, devemos nos basear nos direitos, cuja violação, qualquer que seja o autor, sempre há de provocar nossa indignação”⁹. Esta convicção se tornou imortal.

Os países africanos são os últimos bastiões da colonização europeia, cujo processo de independência foi acelerado nos momentos finais da Guerra Fria. Esse é um fato muito presente no inconsciente coletivo do continente. O processo de emancipação política das colônias teve início na década de 1950 e ápice em 1960, o Ano da África, quando dezessete nações tornaram-se

⁸ Em *Homo Viator: prolégomènes a une métaphysique de l'esperance*, de 1944, Gabriel Marcel dedica um capítulo ao estudo da esperança. Ver: MARCEL, G. (1944). *Homo Viator: prolégomènes a une métaphysique de l'esperance*. Paris: Aubier

⁹ HESSEL, Stéphan. *Indignai-vos!* Tradução: Marli Peres. São Paulo: Leya, 2011, p. 32.

independentes. No caso da África do Sul, a década de 1990 foi especial. É dela que extraímos a inspiração para esse texto.

A esperança na democracia é paciente, porque acredita que o futuro propiciará a concretização de suas convicções. Apesar do engajamento e da firmeza, sabe que a violência a corrompe, razão pela qual dela deve se afastar. Além disso, reconhece o valor da ajuda recíproca ao grupo interessado em dias melhores, ainda que haja, em alguns pontos, divergências. É um movimento moderno, que compreende o mundo dos direitos fundamentais como algo de valor e pelo qual se deve lutar. Sua marca é a experiência de reconciliação em países como a África do Sul.

Lutar esperançosamente por democracia desejando a reconciliação de um povo que foi dividido pelos seus próprios líderes. Esse é um ideal pelo qual é justo, e nobre, lutar. E esta é uma luta que já começou.

3 RECONCILIAÇÃO OU REVANCHE?

“O ódio a uma pessoa ou instituição determinada poderia ter efeito unificador e provocar ligações afetivas semelhantes à dependência positiva”¹⁰, afirma Freud. Do outro lado da esperança, há o medo. Em polo oposto à reconciliação, a revanche. Onde o perdão não encontra espaço, o que floresce é o ódio.

O cultivo do ódio e da violência em alguns países africanos fez com que a implementação de uma nova ordem constitucional servisse para instrumentalizar e oficializar a revanche, como no Zimbábue. Deixou-se para trás o ideal de reconciliação. Desde 1980, o país é governado por Robert Mugabe, um herói – líder guerrilheiro alçado ao poder em eleições livres -, que acabou com a supremacia branca e, depois, se transformou num autocrata rancoroso que governa com o dedo enfiado em cicatrizes não curadas. Ele teve um início de caminhada tão esplendoroso como o de Nelson Mandela. Ambos são líderes africanos negros que desafiaram a prepotência da colonização e do

¹⁰ 10 FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 55.

apartheid. Mesmo com formação intelectual, passaram a travar uma luta valendo-se da resistência armada.

Os dois, após conquistarem a liberdade, foram honrados por multidões às ruas. Nas eleições seguintes, livres e com a participação negra, elegeram-se presidentes. Contudo, enquanto Mandela suportou o caminho da reconciliação, Mugabe sucumbiu e abraçou a revanche. Um acreditou e manteve uma Constituição livre. O outro, diante dos complicadores que a política lhe apresentou, preferiu a força.

Em 2000, as urnas derrotaram Robert Mugabe num referendo para a aprovação de uma nova constituição visando implementar uma reforma agrária racista. Mugabe mesmo assim o fez, escapando dos limites constitucionais. O *Fast Track Land Reform Programme* tirava as terras das mãos dos brancos e a entregava aos negros¹¹. De fato, o país convivia com uma imensa concentração de terra nas mãos dos brancos que não abriam espaço para negociação. Contudo, o que Mugabe fez foi radical: ele pôs fim às fazendas responsáveis pela produção de alimentos. A tecnologia, *expertise*, logística e liderança dos brancos começaram a fazer falta.

A destruição da indústria da agricultura acabou com um setor que fornecia metade das divisas do país. O resultado foi o colapso da economia, a expansão da fome, surtos de inflação e um índice de desemprego que alcançou 94%. A situação foi alvo da atenção de David Schmidt, para quem “Robert Mugabe e seu exército estão erguendo tendas em qualquer lugar que lhes agrade e qualquer horta dos fundos preferiria estar em algum outro lugar”,

¹¹ 11 A trajetória de Robert Mugabe associada ao Zimbábue pode contar com um estudo aprofundado por meio da leitura das seguintes obras: GODWIN, Peter. *The Fear – The Last Days of Robert Mugabe*. London: Picador, 2010. DUBIN, Steve C. *Spearheading Debate: Culture Wars & Uneasy Truces*. Cape Town: Jacana, 2012. MOORCRAFT, Paul. *Mugabe’s War Machine*. Cape Town: Jonathan Ball Publishers, 2012. HOLLAND, Heidi. *Dinner with Mugabe: The untold story of a freedom fighter Who became a tyrant*. Johannesburg: Penguin Books, 2009. Especificamente sobre a Reforma Agrária, recomendo *Zimbabwe’s Land Reform – Myths & Realities*. Cape Town: Jacana, 2011.

afirmando, ainda, que ocorre no país uma “catástrofe”, já que, lá, os direitos de propriedade “desmoronam”¹².

Esses efeitos desastrosos podem ser explicados pelas lições de Freud, para quem “o pânico nasce pela intensificação do perigo que afeta a todos, ou pela cessação dos laços afetivos que mantêm a massa coesa”¹³. Sem a manutenção dos laços, não há coesão e, sem ela, a sensação de perigo é palpável, abrindo espaço para o medo.

Quando os concidadãos hindus e muçulmanos derramavam sangue nas ruas da Índia lutando entre si antes da independência do país, o *Pandit* (professor) Jawaharlal Nehru, que depois viria a ser primeiro-ministro, disse, num discurso, enquanto Gandhi jejuava pelo fim dos conflitos: “Às vezes é quando se está quase sem esperança e na escuridão total que Deus vem para nos salvar. Gandhi está morrendo por causa da nossa loucura. Deixem de lado a vingança. [...]”.

A filosofia de Gandhi encantou a muitos, inclusive a Martin Luther King, que incorporou sua concepção de marchas de protestos não-violentos como forma de combater as injustiças, principalmente aquelas estampadas nos textos das leis. Não se trata de uma luta fácil. Como veremos, a jornada da construção dos direitos fundamentais jamais é uma jornada leve, sem fardos extenuantes a serem carregados pelos ombros doídos daqueles que se levantam diante do que é errado.

“Quando a radiante estrela da esperança será arremessada contra o seio escuro dessa noite solitária, extraída das almas fatigadas pelos grilhões do medo e pelas algemas da morte?”, indagou Martin Luther King, no célebre discurso na marcha de Selma a Montgomery, em 25 de março de 1965, mostrando que mesmo as pessoas fortemente convencidas de seus propósitos

¹² 12 SCHMIDTZ, David. Os elementos da justiça. Tradução de William Lagos; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 317.

¹³ FREUD, Sigmund. Psicologia das massas e análise do eu e outros textos. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 51-52.

na luta pela construção dos direitos fundamentais chegam ao limite da exaustão nesta longa caminhada pela liberdade.

A visão paciente, corajosa e reconciliadora de Gandhi, impregnou também a Constituição da África do Sul. “Não é apenas o espírito de Gandhi que pode ser encontrado em nossa Constituição, mas também a filosofia de Nehru”, registra Albie Sachs. Ele recorda a frase de Nehru: “não há caminho fácil para a liberdade”, que inspirou o nome da autobiografia de Nelson Mandela: “Longa Caminhada até a Liberdade”. Segundo Sachs, “as experiências da luta hindu pela liberdade e os processos usados para conciliar a diversidade em uma estrutura nacional democrática tiveram influência profunda sobre a geração de Mandela e se refletiram em nosso novo ordenamento constitucional”.

Daí o constitucionalismo sul-africano ter temas sobre a institucionalização da democracia de uma grande personalidade hindu e o espírito de compaixão e abnegação de outra. “Foram duas enormes contribuições comunicadas pelo Oceano Índico não apenas mediante escritos, mas também por meio de experiências de luta e prisão de miríades de sul-africanos que trabalharam diretamente com os dois grandes líderes hindus”¹⁴, finaliza Albie Sachs, mostrando que os bons sentimentos se espalham pelos ventos da esperança, caindo e frutificando no solo da reconciliação.

A esperança recusa a revanche. Daí a postura de Nelson Mandela ser a demonstração mais vibrante de que a esperança tem papel de destaque nos movimentos de construção de direitos fundamentais, culminando na reconciliação.

“Quem defende a reconciliação e a paz não é um fracote com sentimentos reprimidos e vontade controlada, mas alguém que ama apaixonadamente a vida”, afirma Jürgen Moltmann, para quem “uma Ética da Esperança na plenitude da vida resiste à cultura da unidade global e conserva a diversidade das culturas, porque nelas residem as possibilidades do futuro”¹⁵. Esse

¹⁴ SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. London: Oxford University Press, 2009, p. 91

¹⁵ MOLTANN, Jürgen. *Ética da Esperança*. Tradução de Vilmar Schneider. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 195.

sentimento, que conclama à manutenção da diversidade cultural dos povos, foi levado para a Constituição. Basta ouvir a melodia do seu preâmbulo:

Nós, o povo da África do Sul, Reconhecemos as injustiças do nosso passado; Honramos aqueles que sofreram por justiça e liberdade em nossa terra; Respeitamos aqueles que trabalharam para construir e desenvolver o nosso país, e Acreditamos que a África do Sul pertence a todos que nela vivem, unidos na nossa diversidade.

Como seguir unidos quando tudo parece ter perecido a ponto de começar a nos machucar e a colocar em risco a vida das pessoas que amamos? A esperança é o elemento catalizador que surge como resposta. Ela foi mantida à duras penas em países como a África do Sul. Sua força promove a união do grupo que pretende ver nascer a nova ordem e lhe confere legitimidade durante o processo de retomada do poder, um poder que foi perdido em razão de práticas cruéis. “Há lugares em que as pessoas vêm acertando as contas há séculos e o ciclo de destruição mútua não vai parar até que as pessoas objetivem deixar o passado para trás”¹⁶, alerta David Schmidtz.

Nações que se mantiveram firmes na esperança conseguiram alcançar seus objetivos e, com a chegada de uma ordem legítima, abraçaram a reconciliação. É um novo ciclo das lutas populares por direitos fundamentais que merece o nosso estudo, compreensão, análise e discussão.

Caminhos variados foram tomados por países africanos que conseguiram suas independências após décadas de luta. Só com a esperança é possível manter o grupo unido em torno de um ideal que é, exatamente, o estabelecimento de uma nova ordem, baseada nos valores majoritariamente aceitos pelas democracias constitucionais, tais como o controle do poder do Estado, a criação de instituições independentes, além de órgãos que promovam o reencontro da nação, como as Comissões da Verdade e Reconciliação. Tudo isso coroando direitos fundamentais protegidos por um órgão de cúpula do Judiciário ou por uma Corte Constitucional.

¹⁶ SCHMIDTZ, David. Os elementos da justiça. Tradução de William Lagos; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 321

Sobre a importância da jurisdição constitucional, Albie Sachs diz: “A Corte representa não apenas o importante princípio do ‘nunca mais’ da democracia constitucional, mas também o tema da sobrevivência, da esperança, do triunfo da coragem e da humanidade sobre o desespero e a crueldade”¹⁷.

Neste propósito, a esperança se mantém de pé diante de todas as tentativas de desestabilização das massas, normalmente apresentadas pelo tratamento indigno, humilhações constantes e pela construção sistemática de uma atmosfera de inferiorização de certos grupos. Um duelo que é explicado por Michael Walzer:

Para que os membros de um grupo odeiem os membros de outro grupo da maneira que nos interessa aqui – aquela que faz o centro entrar em colapso e libera a maré tingida de sangue -, é preciso que o segundo grupo tenha sido condenado em termos doutrinários, através de alguma explicação genética ou genealógica de sua inferioridade, digamos, ou algum relato histórico de seus crimes¹⁸.

Como se vê, um desafio grande. Tão grande quanto a necessidade de enfrentá-lo.

4 SAI O MEDO. ENTRA A ESPERANÇA

“Quando o indivíduo supera o medo, emoções positivas assumem o controle, à medida que o entusiasmo ativa a ação, e a esperança antecipa as recompensas por uma ação arriscada”¹⁹, ensina Manuel Castells. A associação entre medo e esperança encontra ressonância em Spinoza, para quem “se concebemos que uma coisa que está por vir é boa e pode ocorrer, daí a mente adquire essa forma que denominamos esperança e que não é mais que uma certa espécie de alegria mesclada com um pouco de tristeza”. Para Spinoza, se,

¹⁷ SACHS, Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. London: Oxford University Press, 2009, p. 90-91

¹⁸ WALZER, Michael. *Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário*. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão da tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 167.

¹⁹ CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 19

contudo, “julgamos que a coisa que pode ocorrer é má, daí vem à nossa mente a forma que denominamos medo”²⁰.

Além de destacar que “não há esperança sem temor, nem temor sem esperança”, Spinoza afirma que “quanto mais nos esforçarmos para viver sob a conduta da razão, mais nos esforçamos para nos tornar menos dependentes da esperança”²¹. Essa tentativa de não nos tornarmos dependentes da esperança é bem diferente de não termos esperança. Apesar de não quisermos que esse sentimento paralise a nossa capacidade de lutar por direitos fundamentais, anulando outro sentimento poderoso que é a coragem, devemos manter viva a esperança pela chegada de um tempo compatível com a nossa aspiração por justiça, por uma vida digna, pelo exercício de direitos fundamentais e por nos submetermos a um governo cujo controle sobre suas práticas seja mais eficaz.

David Hume chama tanto a esperança como o medo de “paixões diretas”. Para ele, “exatamente o mesmo acontecimento que, se fosse certo, produziria tristeza ou alegria, dá origem ao medo ou à esperança quando apenas provável e incerto”. Segundo Hume, “a esperança e o medo surgem das diferentes misturas dessas paixões opostas de tristeza e alegria, e de sua união e conjunção imperfeita”. Em seguida, explica: “é o bem ou mal provável que comumente produz esperança ou medo; porque a probabilidade, sendo um modo oscilante e inconstante de considerar um objeto, causa naturalmente uma semelhante mistura e incerteza das paixões”²².

David Hume se aprofunda na explicação dessa íntima relação. Ele diz:

As paixões de medo e esperança podem surgir quando as chances são iguais dos dois lados, e não se pode descobrir qualquer superioridade de um sobre o outro. Acrescentai um grau superior de probabilidade do lado da tristeza, e imediatamente vereis a paixão se difundir por toda a

²⁰ SPINOZA, Baruch de. Breve tratado de Deus, do homem e do seu bem-estar. Tradução e notas Emanuel Angelo da Rocha Frago, Luís César Guimarães Oliva. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 109

²¹ SPINOZA, Baruch de. Ética, IV, Proposições 47 e 50.

²² 35 HUME, David. Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009. 480

composição, tingindo-a de medo. Aumentai a probabilidade, e dessa forma também a tristeza, e o medo prevalecerá mais e mais, até se transformar, de modo imperceptível, em pura tristeza, enquanto a alegria diminui continuamente. Após obterdes essa situação, diminuí a tristeza, do mesmo modo como a aumentardes; diminuindo a probabilidade de seu lado, vereis a paixão se apagar aos poucos, até se transformar insensivelmente em esperança; esta, por sua vez, e do mesmo modo, se transforma pouco a pouco em alegria, conforme aumentais essa parte do composto ao aumentar a probabilidade²³.

A África do Sul, tendo de optar entre o medo e a esperança, na tentativa de lutar para estabelecer a sua nova ordem constitucional, optou por esta última. Não que não tenha sucumbido à tentação do ódio em muitos episódios. Sabemos que a violência deu o tom das manifestações em certas ocasiões. Contudo, a meta dos guerreiros da liberdade nunca foi o ódio ou a revanche. O sentimento condutor era a esperança de que, um dia, todos estariam juntos, vivendo na terra que escolheram para sua existência. A violência era o termômetro que mostrava que aquele movimento estava se distanciando de sua essência e que precisava retomar o seu caminho.

Falando sobre a esperança, Jürgen Moltmann diz que “ela chama as pessoas a sair de sua apatia e de seu pessimismo e a participar ativamente dos movimentos de libertação”. Segundo ele, “nosso senso de possibilidade é estimulado pelo medo ao menos com a mesma intensidade do que pela esperança. No medo, está em jogo a nossa vida; na esperança, uma vida plena”²⁴.

Não podemos esquecer que a saída da apatia, guiada pela esperança, conduzirá o povo à reconciliação, inevitavelmente. Caso seja baseada no ódio, o destino será a revanche, cuja projeção no tempo traz adaptações perversas, impedindo a comunidade tanto de conduzir sua vida com segurança, como de estruturar um sistema jurídico voltado para a busca da satisfação de aspirações individuais legítimas.

²³ HUME, David. Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009. 479

²⁴ MOLTSMANN, Jürgen. Ética da Esperança. Tradução de Vilmar Schneider. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 15.

A esperança está diretamente ligada à crença de que uma determinada ação surtirá efeitos no futuro. Os movimentos políticos fiados na esperança, por sua vez, fincam a ideia de que a mudança da sociedade por meio do engajamento é algo pelo qual vale à pena lutar. Por esta razão, ações devem ser implementadas.

Para André Comte-Sponville, esperança “é um desejo que se refere ao que não temos (uma falta), que ignoramos se foi ou será satisfeito, enfim cuja satisfação não depende de nós: esperar é desejar sem gozar, sem saber, sem poder”²⁵. Por esta perspectiva, a ausência de dignidade, de acesso a direitos fundamentais, de liberdade e igualdade é o que faz despertar a esperança do grupo. Não uma esperança preguiçosa, irreal ou inerte. Não se trata da construção mental de sonhos distantes ou de fantasias inalcançáveis. É uma esperança corajosa. “Se as pessoas pensam de outra maneira, se compartilham sua indignação e acalentam a esperança de mudança, a sociedade acabará mudando de acordo com seus desejos”²⁶, explica Manuel Castells.

Para que a esperança seja, de fato, um elemento do constitucionalismo, da luta por democracia, do estabelecimento de um muro de contenção ao poder do Estado e dos mais fortes, é necessário que a coragem se lhe esteja associada, para que o grupo alijado do acesso a direitos consiga reverter as injustiças depositadas em seus caminhos, visando, com isso, a reconciliação.

A esperança que há de habitar em nós durante a jornada em busca da democracia se volta para a determinação em fazer com que nossas atitudes, solitárias ou coletivas, alcancem um propósito maior. Esse propósito é exatamente o estabelecimento de uma ordem legítima baseada num documento popular cuja marca seja o desejo pela união de um povo que preferiu não largar as mãos quando o horizonte não estava visível. Nesse sentido, Manuel Castells diz que foi a união que ajudou os manifestantes, mundo afora, a superar o medo, que seria uma “emoção paralisante em que os poderes constituídos se

²⁵ COMTE-SPONVILLE, André. A felicidade, desesperadamente. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 58.

²⁶ CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 114.

sustentam para prosperar e se reproduzir, por intimidação ou desestímulo – e, quando necessário, pela violência pura e simples, seja ela disfarçada ou institucionalmente aplicada”²⁷, anota.

Tanto o é que Mandela, comentando os instantes que antecederam sua prisão que culminaria em 27 anos de encarceramento, registrou: “Eu não iria, sob circunstância alguma, aparentar desespero ou até mesmo decepção diante de meus captores”²⁸. A altivez inspirou a firmeza por parte dos sul-africanos perante o *apartheid*. Como diz Freud: “Numa massa, todo sentimento, todo ato, é contagioso, e isso a ponto de o indivíduo sacrificar facilmente o seu interesse pessoal ao interesse coletivo”²⁹.

Nelson Mandela também ensinou que a coragem não era a ausência do medo, mas o triunfo sobre ele. Elaborar, implementar e consolidar a luta por uma vida melhor sustentada por direitos fundamentais é uma missão que não se executa sem o maquinário da coragem. Até porque, como estamos falando de uma luta que é essencialmente política, ela traz inúmeros riscos consigo. “Os riscos da política podem ser temerariamente aumentados ou cautelosamente reduzidos; mas não podem ser completamente evitados, a não ser que se desista da esperança de grandes conquistas”³⁰, anota, nesse sentido, Michael Walzer. Sai o medo, entra a esperança.

Contudo, André Comte-Sponville adverte: “é muito bonito esperar a justiça, a paz, a liberdade”, mas não é suficiente: “falta agir por elas, o que já não

²⁷ CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 7-8

²⁸ MANDELA, Nelson. Longa Caminhada até a Liberdade. Tradução Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012, p. 386-387

²⁹ BON, Gustave le. Psicologia das massas. Traduzido pelo dr. Rudolf Eisler, 2ª edição, 1912, p. 16. A citação vem de Freud, no seu Psicologia das massas e análise do eu e outros textos. A obra de Le Bon pode ser lida na tradução de Mariana Sérvulo da Cunha, publicada pela Martins Fontes, em 2009.

³⁰ 43 WALZER, Michael. Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão da tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 173.

é uma esperança, mas uma vontade. Não é a esperança que faz os heróis: é coragem e a vontade”³¹. No nosso caso, uma coragem esperançosa. Sempre.

Quando falamos em reconciliação, como resultado da revolução democrática calcada na esperança, o que estamos afirmando é que o ápice do movimento deve ser, sempre, a reconciliação, jamais a revanche. Pela via revolucionária, a revanche vem com a perseguição aos opressores que não mais estão no poder. No que diz respeito à luta por democracia, vem com a desestabilização persistente calcada na violência. Pela via da reconciliação, é possível promover um pedido de desculpas, seguido de reparações. Segundo David Schmidtz:

Para que desculpas e reparações alcancem sucesso é necessário que haja total aceitação: as vítimas e seus descendentes, para o seu próprio bem, têm de abraçar o objetivo de colocar um ponto final nesse ciclo. Os descendentes das vítimas, para o seu próprio bem, devem aceitar que a culpa não é uma arma a ser usada para sempre contra os descendentes de um perpetrador³².

Ele ainda destaca: “O futuro é importante, por mais que o passado não possa ser desfeito. Não há injustiça em estarmos dispostos a seguir em frente. Ou mesmo quando alguma coisa não estiver totalmente certa em nosso desejo de seguir em frente, sempre será um mal menor do que um ciclo infundável de vingança”³³.

Sem medo, sem ódio e sem revanches. A esperança serviu de combustível para os sul-africanos seguirem seu rumo. Ela também se faz presente hoje, mostrando que persistirá como base do futuro daquele país, pois esta é a marca dos movimentos constitucionais em países que, diante das imposições de uma geopolítica conduzida pela força e pelo oportunismo, viram, por um longo período, o forte subjugar o fraco, a injustiça reinar e o mundo chegar a pensar que a vitória final seria do mal, não do bem.

³¹ COMTE-SPONVILLE, André. A felicidade, desesperadamente. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 61

³² SCHMIDTZ, David. Os elementos da justiça. Tradução de William Lagos; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 321.

³³ SCHMIDTZ, David. Os elementos da justiça. Tradução de William Lagos; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 323.

Há muitas visões pessimistas, como a de André Comte-Sponville, que, falando das “armadilhas da esperança” diz, equivocadamente: “Só esperamos o que não temos, e por isso mesmo somos tanto menos felizes quando mais esperamos ser felizes. Estamos constantemente separados da felicidade pela própria esperança que a busca”³⁴.

Criticando uma fuga para a frente, de esperanças em esperanças, o filósofo propõe uma “tentativa de nos libertar desse ciclo da esperança e da decepção, da angústia e do tédio, uma tentativa – já de nos libertar da própria esperança”³⁵. Ocorre que não há tédio. O que há é coragem e o exercício do direito de ser visto em ação. Supera-se os obstáculos que os governantes, por cinismo, egoísmo e oportunismo, deixaram florescer. Nasce a felicidade pública, fruto de uma luta esperançosa.

Ao contrário do pessimismo de Sponville, Thomas Jefferson, em seu discurso de posse como presidente dos Estados Unidos, em 4 de março de 1801, disse: “quando contemplo esses objetos transcendentais e vejo a honra, a felicidade e a esperança deste nosso amado país comprometido com essa questão e os auspícios desta época, fico acanhado ao contemplar e modesto perante a magnitude do empreendimento”³⁶. Esperança e felicidade juntas, unidas numa benfazeja aliança.

É errado supor que a esperança está ligada à apatia, que esperar é não agir, permanecendo numa crença de que algo, algum dia, há de acontecer para que a vida fique melhor. Não é isso o que se vê nas revoluções baseadas na esperança. O engajamento persistente, a paciência, a não-violência, a mobilização, a união do grupo e a esperança conseguirão erguer uma comunidade política coesa, capaz de resolver suas divergências, unida na sua diversidade. Essa crença na comunidade política é defendida por Manuel Castells, para quem “só uma comunidade política democrática pode

³⁴ COMTE-SPONVILLE, André. *A felicidade, desesperadamente*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 36.

³⁵ 48 COMTE-SPONVILLE, André. *A felicidade, desesperadamente*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 40

³⁶ Cambridge Editorial Partnership. *Líderes e discursos que revolucionaram o mundo*. Tradução de Mayara Fortin e Renato D’Almeida. São Paulo: Universo dos Livros, 2012, p. 45.

assegurar uma economia que funcione como se as pessoas importassem, assim como uma sociedade a serviço dos valores humanos e da busca da felicidade pessoal”³⁷.

A grande marca dos movimentos que lutam por democracia é a capacidade de esperar. Uma luta repleta de estratégias, argumentos fortes, união cívica, resistência e a firme crença de que a esperança possibilitará o triunfo da justiça e reconciliará um povo que, pela visão dos detentores do poder, foram colocados uns contra os outros.

Para Charles Griswold, parte daquilo que é definido como reconciliação, consiste em chegar a bons termos com a vida tal como ela é em um mundo imperfeito³⁸. Não estamos falando de quem, num dado momento, por capricho, decidiu refundar o Estado. Trata-se de pessoas que foram alijadas dos seus próprios lugares numa terra que lhes pertencia e que, em razão disso, venceram o medo e deram início a uma marcha esperançosa pelo restabelecimento da felicidade coletiva. Elas estavam sendo conduzidas por um entusiasmo benevolente. “Nada de grandioso jamais foi conquistado sem entusiasmo”³⁹, registra Ralph Waldo Emerson, com absoluta razão.

5 DESESPERANÇA COM A POLÍTICA TRADICIONAL

O cinismo dos poderosos, a indiferença do grupo que os cercam, o desrespeito com a ideia de igualdade e a indignidade insistente são os elementos da desestruturação. É difícil não sucumbir. Há repressão à palavra, tentativas de desestabilizar a Constituição e de colocar os brasileiros uns contra os outros. Demagogos ocupam postos de destaque e o espírito público está em desuso. Os templos estão abarrotados de pessoas sofridas que, diante da miséria da existência, preferem crer num outro mundo, melhor e mais digno do que este. Conseguiram matar a esperança?

³⁷ CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 176.

³⁸ SCHMIDTZ, David. *Os elementos da justiça*. Tradução de William Lagos; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 322.

³⁹ Circles, em *Essays First Series*, em *The Complete Essays and Other Writings*, Brooks Atkinson (org.) (Nova York: Modern Library, 1940), p. 290.

A expansão da vulgaridade do consumo, do esnobismo, do esvaziamento de bandeiras éticas em benefício de raciocínios pragmáticos, faz com que haja uma degradação insuperável de bens preciosos, como as manifestações artísticas, filosóficas e políticas. Mario Vargas Llosa afirma que alienação é “a ilusão da mentira convertida em verdade”⁴⁰. Viver imerso em superficialidades conduz à alienação. O trabalho estafante alheio ao talento, o cinismo político, a falta de força social e a superficialização de atividades que exigem profundidade vão matando, dia após dia, a esperança de um povo, até que não reste mais nada a lhe motivar.

O escritor moçambicano Mia Couto, afirma que a esperança não morre por si mesma. Ela é morta. “Não é um assassínio espetacular, não sai nos jornais. É um processo lento e silencioso que faz esmorecer os corações, envelhecer os olhos dos meninos e nos ensina a perder crença no futuro”⁴¹, registra. Essa morte muitas vezes chega com o desespero. No apartheid, prevalecia o medo. Foi a esperança por um mundo igualitário que fez com que o país se reerguesse. Já Manuel Castells chama a atenção para as seguintes máculas à manutenção da esperança atualmente:

exploração econômica; pobreza desesperançada; desigualdade injusta; comunidade política antidemocrática; Estados repressivos; Judiciário injusto; racismo, xenofobia, negação cultural; censura, brutalidade policial, incitação à guerra; fanatismo religioso (frequentemente contra crenças religiosas alheias); descuido com o planeta azul (nosso único lar); desrespeito à liberdade pessoal, violação da privacidade; gerontocracia; intolerância, sexismo, homofobia e outras atrocidades a extensa galeria de quadros que retratam os monstros que somos nós⁴².

Mais poder nas mãos de poucos. Desigualdade crescente de renda. Opressão dirigida a muitos. Falta de oportunidades reais de ascensão social. Uma geração condenada. Nasce um círculo vicioso semelhante à areia

⁴⁰ LLOSA, Mario Vargas. A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Tradução Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 21.

⁴¹ 54 COUTO, Mia. E se Obama fosse africano? E outras invenções. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 8.

⁴² 55 CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 16.

movediça. Exatamente por isso, é preciso ser firme e seguir motivado pela esperança de que só o fluxo desembaraçado da marcha por direitos fundamentais é capaz de impor freios às injustiças. “Onde há vida, há esperança”, anotou, em seu diário, Anne Frank, numa convicção corajosa que deve servir de inspiração para nós também, principalmente quando olharmos para tudo em nossa volta e pensarmos em desistir.

Temos que resgatar a esperança para que ela vire um círculo virtuoso capaz de suportar renúncias e incitar a coragem. Pip, o personagem de Charles Dickens em um dos seus mais célebres romances, disse: “Ao habituar-me às minhas esperanças, comecei, sem sentir, a notar o efeito delas sobre mim mesmo e sobre os que me cercavam”⁴³. E não há movimento político sem coragem. A política costuma ser feita por heróis, que não são santos, nem irreais. Heróis do povo, de carne e osso, que se lançam na aventura de estabelecer o novo, diante do cinismo dos governantes, da indiferença do poder econômico, do esnobismo cultural e da indignidade legal imposta.

O desafio da esperança é composto por uma muralha de aberrações: políticos corruptos, especuladores financeiros, policiais violentos, mídia subserviente, humilhação frequente, falta de oportunidades na sociedade e na comunidade política, torturas, restrição à liberdade de expressão, tirania social, histeria de militantes políticos, recusa em oferecer aos jovens empregos decentes e moradias acessíveis e a irresponsabilidade do governo e dos parlamentares quanto às queixas dos cidadãos⁴⁴. Manuel Castells diz ainda que a imensa desigualdade social “tornou-se intolerável aos olhos de muitos dos que sofriam a crise sem esperança nem confiança. O caldeirão de indignação social e política atingiu o ponto de ebulição”⁴⁵. O caldeirão explodiu.

É uma luta contra o cinismo dos governantes, a imbecilidade trazida com o conhecimento vulgar, a padronização estimulada pela imposição do padrão de

⁴³ 84 DICKENS, Charles. *Grandes esperanças*. Tradução Daniel R. Lehman. São Paulo: Martin Claret, 2006, (Coleção a obra-prima de cada autor; 49. Série Ouro), p. 304.

⁴⁴ 85 CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 108.

⁴⁵ CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 159.

consumo, com a alta especulação imobiliária urbana que priva a juventude de ter o seu próprio lar e a histeria e o oportunismo de militantes políticos messiânicos. Como diz o abade Christopher Jamison, “vale a pena parar um pouco para analisar detalhadamente a questão da esperança na nossa vida”⁴⁶. Devemos insistir na construção dos direitos fundamentais baseada na esperança. Ao final, veremos a nação se reconciliar e todos nós voltarmos a sentar juntos no banquete da existência.

6 EXAUSTOS, PENSAMOS EM DESISTIR

O papel da esperança é manter politicamente vivos aqueles que, diante do cinismo dos poderosos, das injustiças das leis e da indignidade das condições de vida impostas pelos maus líderes, começam a se sentir exaustos e pensam em desistir da luta por direitos fundamentais. Esse estado de coisas tenta, pela sua perpetuidade, matar a esperança, pois sem ela não haveria o triunfo deste movimento inspirador. O abade Christopher Jamison alerta: “hoje em dia as pessoas não se dedicam a cultivar a esperança com a mesma energia e a mesma determinação”⁴⁷. Cada dia fica mais difícil.

Movimentos dirigidos à melhoria das condições de vida das pessoas precisam de um sentimento agregador que forneça canais de ajuda recíproca durante a longa jornada a ser percorrida. Além disso, que o sentimento una o grupo, estabelecendo seu foco na busca por uma nova situação, melhor que a anterior, porque mais legítima e voltada ao respeito das diversidades e da liberdade.

Elias Canetti recorda que os conteúdos afetivos principais da massa remontam a um passado distante: “Eles surgem bem cedo; sua história é tão antiga quanto à da própria humanidade, e, no caso de dois desses conteúdos, mais antiga ainda”. Segundo Canetti, “um colorido homogêneo caracteriza cada um deles; uma só paixão principal os domina. Uma vez tendo sido discernidos

⁴⁶ JAMISON, Christopher. Como encontrar a felicidade. Tradução Maria Sílvia Mourão Netto. Revisão da Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 147

⁴⁷ JAMISON, Christopher. Como encontrar a felicidade. Tradução Maria Sílvia Mourão Netto. Revisão da Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 147.

com clareza, torna-se impossível voltar a confundi-los”⁴⁸. Se foi a esperança que manteve a África do Sul ativa politicamente a ponto de reverter os males do apartheid, por que não abraçá-la?

Paolo Rossi chama a atenção para o fato de que a humanidade sempre oscilou “numa situação de incerteza, entre a esperança e o desespero” e que em muitos momentos de pessimismo generalizado há o “desaparecimento de toda e qualquer possível, mesmo tênue e pálida esperança”⁴⁹. Estamos numa era de pessimismo. Precisamos resgatar a esperança.

Essa degradação tem ares globais. Stéphane Hessel e Edgar Morin denunciam, quanto à França, o curso perverso de uma política cega que conduz a desastres. Eles querem uma via política de salvação pública: “É o anunciar de uma nova esperança”, dizem. Segundo eles, “conscientes da dependência francesa diante da mundialização, muitos se sentem impotentes, resignam-se, caem no fatalismo e, perdendo inteiramente a esperança, despolitizam-se ou se enraivecem”⁵⁰.

É exatamente aí onde mora o perigo. Ao abrir mão da esperança, a primeira atitude costuma ser fugir da vida política. Com isso, o poder se agiganta na mão dos maus e, conseqüentemente, uma adaptação perversa passa a ser sentida. Ao lado de Edgar Morin, Stéphane Hessel dá ainda o diagnóstico dos tempos atuais, nos quais a luta popular baseada na esperança floresce como única via capaz de assegurar a mudança pela qual a sociedade anseia:

A dissolução da crença no progresso histórico, as incertezas do presente, as turbulências econômicas, a crise de civilização, tudo isso alimenta as angústias que, por falta de esperança em um futuro melhor, buscam refúgio nas certezas do passado, retrocedem a uma concepção mutilada da identidade nacional, encontram seu bode

⁴⁸ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução Sérgio Tellarolli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 47.

⁴⁹ ROSSI, Paolo. *Esperanças*. Tradução Cristina Sarteschi. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 20.

⁵⁰ HESSEL, Stéphane. MORIN, Edgar. *O caminho da esperança*. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 18.

expiatório no estrangeiro, no imigrante, que, então, passa a ser considerado um inimigo infiltrado no país⁵¹.

A morte do ser político que há em nós vem pelo trabalho estafante alheio aos nossos talentos. Não conseguimos exercer qualquer reflexão. O que resta é seguir o fluxo das coisas e torcer, em silêncio, por um amanhã melhor. A existência se torna miserável. Ela também vem pelo cinismo político, marcado pela corrupção generalizada que nos desestimula a acreditar que há espaço para o que é certo. A força do dinheiro começa a entrar em espaços dos quais deveria estar distante. O interesse pessoal reina, o oportunismo dá as cartas e passamos a perceber que seria difícil demais mudar tudo. Essa apatia é explicada por Michael Walzer: “Perdemos as convicções sobre nossos interesses e princípios, e por isso não podemos confrontar e superar a energia apaixonada dos demais”⁵². Mas é possível mudar isso. E nós vamos mudar.

Há ainda a negação de direitos a grupos vulneráveis, que não conseguem mobilização suficiente para compor o processo decisório. São minorias silenciosas, anônimas, que passam despercebidas dos grandes debates nacionais e que persistem num estado de invisibilidade diante da distribuição dos bens da vida. O ativista gay Harvey Milk, por exemplo, chamou atenção, na década de 60, nos Estados Unidos, não só para os gays, mas para várias minorias silenciosas.

Num discurso em 24 de junho de 1977, ele disse: “Não posso esquecer os olhares nos rostos de pessoas que perderam a esperança. Sejam elas gays, idosos, negros que procuram um trabalho quase impossível ou latinos tentando explicar seus problemas e aspirações em uma língua estranha”. Milk, então, conclama todos a fazerem algo por essas minorias: “Você tem que dar-lhes esperança. Esperança de um mundo melhor, de um amanhã melhor, a esperança de um lugar melhor para ir se as pressões em casa estiverem muito

⁵¹ HESSEL, Stéphane. MORIN, Edgar. O caminho da esperança. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 23

⁵² WALZER, Michael. Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão da tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 164.

grandes. Esperança de que tudo vai dar certo. Sem esperança, não só os gays, mas os negros, os idosos e os deficientes desistirão”⁵³.

Milk foi o primeiro gay eleito a um cargo público na Califórnia, como supervisor da cidade de São Francisco.

7 VIOLÊNCIA POPULAR CONTRA UM GOVERNO VIOLENTO

Esperança não é alheamento ou distanciamento. Ter esperança não é simplesmente contemplar. É acreditar que o amanhã será melhor e que, para isso, é preciso persistir na luta por direitos fundamentais. Da falta de esperança, vem o medo e, com ele, o desespero. O desespero gera atitudes impensadas, o que resulta, inevitavelmente, em violência generalizada, perda da razão, mortes, prisões e, mais uma vez, na guinada rumo a tensionamentos persistentes. Daí nasce o ódio.

Sobre o fato de a falta de esperança acarretar excessos vinculados à violência, Stéphane Hessel afirma que esse gesto pode ser explicado pela exasperação. Segundo ele, “podemos dizer que o terrorismo é um tipo de exasperação. E que esta exasperação é um termo negativo. Não se deveria ‘exasperar’, mas sim ‘es-perar’. A exasperação é uma negação da esperança”. Hessel continua, em alusão à violência: “ela não permite obter os resultados que eventualmente podem ser produzidos pela esperança”⁵⁴.

Durante o *apartheid*, a África do Sul passou por esse período de exasperação, tendo havido, inclusive, luta armada e a morte de inocentes. Contudo, hoje, graças a uma Constituição generosa e ao engajamento popular, o país tem dado saltos quanto à concretização de direitos fundamentais que até bem pouco tempo eram utopia, tornando possível o empoderamento dos mais variados grupos, base de toda sociedade democratizada e politizada.

Devemos notar que a violência corrompe o ideal da esperança e, com isso, deixa o grupo dividido, enfraquecendo um capital humano fundamental

⁵³ MILK, Harvey. No discurso: “You’ve Got To Have Hope”.

⁵⁴ HESSEL, Stéphane. *Indignai-vos!* Tradução: Marli Peres. São Paulo: Leya, 2011, p. 29.

para qualquer luta pelo estabelecimento de uma ordem mais justa. É o preço da revolução fundada na esperança. Nas palavras de Sartre: “Precisamos tentar explicar porque o mundo de hoje, que é horrível, não passa de um momento no longo desenvolvimento histórico; que a esperança sempre foi uma das forças dominantes das revoluções e das insurreições, e como eu ainda tenho na esperança minha concepção de futuro”⁵⁵.

Stéphane Hessel alerta que “a violência dá as costas à esperança”, razão pela qual “devemos preferir a esperança, a esperança da não violência”⁵⁶. Não é bom para essa jornada, que se insira a violência como um dos seus componentes, ainda que excepcional ou temporariamente. Sequer deve-se supor que as razões seriam justas.

Portanto, corrompe a marcha baseada na esperança tanto um governo autoritário quanto movimentos violentos, pois ambos dividem a sociedade, fragmentam as expectativas, acabam com a coesão necessária para ampliar a força do grupo e, ao final, inevitavelmente guiados pelo ódio, abraçarão a revanche, que é a negação da esperança, uma vez que o ápice desta, sempre e sempre, deve ser a reconciliação.

8 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Freud esclarece que “as massas são também capazes, sob influência da sugestão, de elevadas provas de renúncias, desinteresse, devoção e um ideal”⁵⁷.

A máxima freudiana foi verificada na África do Sul. Basta recordar da declaração de Mandela, sobre seu ideal de igualdade, diante do tribunal que poderia condená-lo à morte: “É um ideal no qual deposito a esperança de viver e alcançar. Mas, se for preciso, é um ideal pelo qual estou preparado para morrer”. Estamos falando de uma marcha formada por grandes contingentes de pessoas, durante décadas, motivada pela crença sincera de que o acesso a um

⁵⁵ SARTRE, Jean Paul. LÉVY, Benny. *L’Espoir maintenant. Les entretiens de 1980 (III)*, in *Le Nouvel Observateur*, Nouvelle edition. Citado também em HESSEL, Stéphane. *Indignai-vos!* Tradução: Marli Peres. São Paulo: Leya, 2011.

⁵⁶ HESSEL, Stéphane. *Indignai-vos!* Tradução: Marli Peres. São Paulo: Leya, 2011, p. 32.

⁵⁷ 122 FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 27.

amanhã melhor é algo pela qual vale à pena esperar, cujos líderes pedem uma postura não-violenta, mas ativa, corajosa e insurgente contra a força do poder. Esse movimento viveu suas crises de esperança, envolvendo, em suas estratégias, práticas violentas. Contudo, essa iniciativa contou com a resistência de seus máximos líderes, os guerreiros da liberdade, que não permitiam que a tortura ou o assassinato fosse algo ensinado, praticado e passado de geração para geração.

Albie Sachs, outro guerreiro da liberdade com quem estive durante minha temporada no país, esclareceu o seguinte: “Durante anos, acreditamos na estratégia da não-violência. Isso se deu, em parte, para evitar um banho de sangue racial do qual poderíamos não nos recuperar jamais. Mesmo quando todas as vias de protesto pacífico foram proscritas e nosso movimento acabou por embarcar em resistência armada, ele denunciou todo e qualquer recurso ao terrorismo”. Segundo Albie, outros movimentos ao redor do mundo usavam práticas terroristas e muitos jovens do Congresso Nacional Africano (ANC) – partido de Nelson Mandela -, perguntavam por que a liderança deles se recusava a fazer o mesmo: “A nossa liderança respondeu com um enfático ‘Não’, pois havia o perigo de que a nossa luta contra o apartheid viesse a ser vista apenas como uma luta pelo poder e pela sobrevivência entre dois grupos raciais”, explica.

“A razão que levou Oliver Tambo e outros líderes do ANC a repudiar o terrorismo, foi o fato de eles não quererem que nós desenvolvêssemos a alma dos terroristas. Como você pode lutar pela liberdade se você mata indiscriminadamente? É muito difícil reparar mentes perturbadas que fervem de ódio passado de geração para geração”⁵⁸, finalizou Albie Sachs.

O sentimento deste juiz constitucional sul-africano se alinha à mensagem de David Schmidt, quando este afirma:

Quando se pratica vingança contra descendentes inocentes, cada ato de vingança se transforma em uma

⁵⁸ “A Conversa com Albie Sachs”, disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-conversa-com-albie-sachs>

outra conta que precisa ser acertada com os descendentes inocentes de uma outra pessoa [...] Um ciclo de vingança infligido a descendentes inocentes só poderá terminar quando as pessoas estabelecerem como objetivo alguma coisa diferente, alguma coisa com uma oportunidade real de preparar o cenário para um futuro mais pacífico⁵⁹.

Uma nação adoece quando seus líderes, direta ou indiretamente, plantam ou toleram o medo, o ódio, a divisão e a revanche na mente das pessoas. O solo passa a ser irrigado com torrentes de sangue que fazem germinar o rancor passado de geração para geração. Mesmo se falarmos dos últimos anos, o constitucionalismo desenvolvido na África do Sul difere do que se tenta impor agora na Tunísia ou Líbia, uma vez que aquele foi sustentado por um sentimento de esperança cujo fruto foi a reconciliação da nação, enquanto os movimentos vistos nos outros dois países têm por marca uma altercação entre medo e violência, cujo resultado final, como se vê, tem sido a revanche.

“O que eu posso fazer agora? Eu devo pesar minhas frutas usando os seus dois ‘peitos’?”, berrou Mohamed Bouazizi, para a oficial da polícia municipal Fayda Hamdi, na pequena cidade de Sidi Bouzid, centro da Tunísia. O jovem de 26 anos estava furioso por ter seus produtos e sua balança apreendidos pela falta de autorização para vender frutas na feira. A policial lhe deu um tapa na cara diante de todos, humilhando-o. Ele levou sua queixa para as autoridades municipais, que se recusaram a tomar providências. “Se vocês não fizerem nada, eu vou atear fogo em mim”, ameaçou. Com a inércia das autoridades, Bouazizi cumpriu a promessa e se auto-imolou. Dia 4 de janeiro de 2011, 18 dias depois, ele morreu no Hospital Militar de Ben Arous.

As chamas lançadas ao próprio corpo pelo vendedor de frutas acenderam um número incontável de pavios que se espalharam por muitos países, consagrando o que o mundo denominou de Primavera Árabe, uma onda de revoluções e protestos sem precedentes na região⁶⁰. Pelas lições de Elias Canetti, sabemos que o vento é invisível, “mas o movimento que empresta às

⁵⁹ SCHMIDTZ, David. Os elementos da justiça. Tradução de William Lagos; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 322.

⁶⁰ Trabalho primoroso explicando a Primavera Árabe em BOWEN, Jeremy. The Arab Uprisings: The People Want the Fall of the Regime. London: Simon & Schuster, 2012.

nuvens e às ondas, às folhas e à grama, constitui uma de suas manifestações, e elas são muitas”⁶¹. Não tardaria para que a ventania social da Primavera Árabe desse provas da sua força.

A insatisfação no país expôs as disparidades quanto ao desenvolvimento regional, o desemprego em massa da juventude, a corrupção e o nepotismo, a repressão política e a falta de liberdades civis, a insuficiência dos direitos das mulheres e a imposição de leis religiosas por grupos muçulmanos radicais. O vento da Primavera Árabe correspondeu à reação das massas invisíveis que jaziam subjugadas pela força de um governo autoritário. Como diz Elias Canetti, “o vento revela-se adequado para representar as massas invisíveis”⁶².

Mas após tudo o que foi feito, a pequena cidade de Sidi Bouzid mostra descontentamento com os resultados da revolução. “Durante os eventos para marcar o segundo aniversário da auto-imolação de Mohamed Bouazizi, mais de 5 mil pessoas saíram às ruas para expressar o descontentamento com o lento progresso econômico e social na região desde a revolução”⁶³, afirma Alcinda Honwana.

Essas grandes marchas, motivadas por um episódio que ilustra o grau de humilhação experimentado pelas pessoas, têm sintonia com os ensinamentos de Le Bon, quando admite que “a moralidade da massa, em algumas circunstâncias, pode ser mais elevada que a dos indivíduos que a compõem, e que apenas as coletividades são capazes do mais alto desinteresse e devoção”⁶⁴.

A tragédia de Bouazizi acendeu a centelha na comunidade, mostrando que episódios dramáticos podem servir de catalisador do grupo contra a apatia.

⁶¹ 126 CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução Sérgio Tellarolli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 86.

⁶² 127 CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução Sérgio Tellarolli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 86.

⁶³ HONWANA, Alcinda. *Youth and Revolution in Tunisia*. London: Zed Books, 2013. In association with International African Institute, Royal African Society and World Peace Foundation, p. 152.

⁶⁴ FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 32-33.

O triunfo não pode incitar a revanche. Tudo é feito com a finalidade de reconciliação, para convidar todos ao banquete da civilização, numa união repleta de diversidade, que não se guiará pelo ódio.

Para Tomás de Aquino, a esperança tende em direção a algum bem, como àquilo que seja possível obter com alguma certeza. “Que seja bom, pelo qual difira do temor; que seja um bem futuro, pelo qual difira da alegria e do prazer; que seja um bem difícil, pelo qual difira do desejo; que seja um bem possível, pelo qual difira do desespero”⁶⁵, registra Aquino. Não nos esqueçamos: bom, futuro, difícil e possível. Qual é o bem maior? Uma constituição generosa para um povo que não perdeu a capacidade de acreditar num amanhã melhor. Em seguida, o acesso desembaraçado a direitos fundamentais, construídos por meio de um processo guiado pela esperança.

“Nunca perdi a esperança que essa grande transformação ocorreria”⁶⁶, afirmou Nelson Mandela, quando viu o fim do nefasto *apartheid*. Só a esperança seria capaz de assegurar a continuidade da luta contra a discriminação. “A esperança não aflige a alma, pois é mais causa de prazer enquanto faz a coisa distante estar, de algum modo, presente, conforme a fé de adquirí-la”, afirma Tomás de Aquino, destacando que “o movimento natural quanto mais se aproxima do término, tanto mais se lança. E é o que semelhantemente ocorre com a esperança”⁶⁷. Ela é o combustível que alimenta o movimento, que o estimula, permitindo que a marcha não perca o seu foco, nem se renda aos obstáculos com os quais lutas tão desafiadoras como estas tendem a se defrontar. Também é dessa esperança que se estabelece laços de ajuda comunitária, que protege os grupos cujos objetivos e ideais costumam ser comuns ou pelo menos próximos, dando legitimidade ao triunfo da felicidade coletiva.

65 131 AQUINO, Tomás. A caridade, a correção fraterna e a esperança. Questões Disputadas sobre a Virtude. Tradução de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Capinas: Ecclesiae, 2013, p. 198.

66 132 MANDELA, Nelson. Longa Caminhada até a Liberdade. Tradução Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012, p. 761.

67 133 AQUINO, Tomás. A caridade, a correção fraterna e a esperança. Questões Disputadas sobre a Virtude. Tradução de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Capinas: Ecclesiae, 2013, p. 198

Para André Comte-Sponville, “o desejo é o gênero próximo, como diria Aristóteles, do qual a esperança é uma espécie”. Seria um desejo referente ao que não temos, ou ao que não é: “na maioria das vezes, a esperança se refere ao futuro, porque o futuro nunca está aqui, porque do futuro, por definição, não temos o gozo efetivo”⁶⁸. Estamos falando, portanto, de um caminho dirigido ao amanhã, às futuras gerações, às pessoas que compreenderão que a luta não foi à toa, que ela se fez necessária porque não era mais possível viver da forma como se vivia.

Segundo Jürgen Moltmann, o agir sustentado pela esperança é um fazer livre, não forçado, que concede à fé não só asas, mas leva também à resistência e à persistência. Isso a diferencia “de uma simples expectativa ou de uma espera paciente. Onde todos os sentidos ficam atentos, a razão humana se torna perturbadora de um saber transformador”. Quando Moltmann afirma que a esperança é diferente de uma simples expectativa, ele deixa claro o papel do engajamento popular, instrumento fundamental para a conquista de direitos fundamentais. “A esperança desperta o nosso senso de possibilidade”⁶⁹, afirma Moltmann.

Além disso, enaltece o papel da resistência como postura compatível com a busca por um futuro melhor baseada na esperança. Isso resulta no que se chama, na África do Sul, de constitucionalismo transformador que, para Karl Klare, é comparável a um agente cuja missão é induzir mudanças sociais por meio do processo político, sem violência e com base legal.

“A Constituição sul-africana [...] é social, redistributiva, carinhosa, positiva, pelo menos em parte horizontal, participativa, multi-cultural e auto-consciente sobre seu contexto histórico e o seu papel de transformação”, diz Karl Klare. Para ele, o projeto transformador visa “guiar as instituições políticas

⁶⁸ 134 COMTE-SPONVILLE, André. A felicidade, desesperadamente. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 50.

⁶⁹ 135 MOLTSMANN, Jürgen. Ética da Esperança. Tradução de Vilmar Schneider. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 15.

e sociais de um país e as relações de poder a uma direção democrática, participativa e igualitária”⁷⁰.

Há um compromisso com o amanhã, com as futuras gerações, pois tudo o que se faz, na maior parte das vezes, não é desfrutado por quem iniciou esta marcha, mas por pessoas que, beneficiadas por esta iniciativa, puderam dar continuidade à luta por direitos baseada na esperança e, então, viram a felicidade coletiva triunfar ao final.

A África do Sul mostrou que a esperança é uma emoção fundamental para um povo oprimido. Ela propicia o engajamento que mantém vivo o senso de comunidade, o que eles chamam de *ubuntu*, uma filosofia africana que foca nas alianças e relacionamento das pessoas. “Eu sou, porque nós somos”, dizem os sul-africanos. Essa concepção é dividida por Stéphane Hessel e Edgar Morin, para quem “o querer-viver alimenta o bem-viver, o bem-viver alimenta o querer-viver. Juntos, um e outro abrem o caminho da esperança”⁷¹.

Incorporado como um dos princípios fundamentais da África do Sul, o conceito do *ubuntu* também é utilizado para enfatizar a necessidade da união e do consenso nas tomadas de decisão, bem como na ética humanitária envolvida nessas decisões. A união do grupo com os laços de auto-ajuda contribui para a manutenção da harmonia e para a retomada da esperança.

Estamos colocando o medo de lado e marchando rumo às nossas aspirações legítimas por um governo menos cínico, um capitalismo mais humano, uma vida cultural que valorize o talento e o respeito à dignidade dos nossos concidadãos. Derrubamos o muro da inércia, enquanto os poderosos derrubam cidadãos inocentes. Levantaremos os inocentes, mas os poderosos jamais reconstruirão o muro da inércia.

Como previu Manuel Castells, estudar essas revoluções baseadas na esperança possibilita “identificar as sementes da mudança social espalhadas

⁷⁰ 136 KLARE, K. E. *Legal Culture and Transformative Constitutionalism* (1998) 14 SAJHR 146.

⁷¹ HESSEL, Stéphane. MORIN, Edgar. *O caminho da esperança*. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 61.

para outros contextos pelos ventos da esperança”⁷². A condição para que se forme uma massa, a partir dos membros casualmente unidos em uma multidão, é haver algo em comum nesses indivíduos. Estamos falando, segundo McDougall, de “um interesse partilhado num objeto, uma orientação afetiva semelhante em determinada situação e um certo grau de capacidade de influenciar uns aos outros”.

Citando uma “massa psicológica” e as manifestações de uma “alma coletiva”, McDougall chama a atenção para o mais importante fenômeno da formação da massa: o aumento de afetividade provocado no indivíduo. “Difícilmente os afetos dos homens se elevam, em outras condições, à altura que atingem numa massa, e é mesmo uma sensação prazerosa, para seus membros, entregar-se tão abertamente às suas paixões e fundir-se na massa, perdendo o sentimento da delimitação individual”⁷³, aponta.

Ele introduz, então, o que chama de “princípio de indução direta da emoção por meio da resposta simpática primitiva”, o que, para Freud, é o “contágio de sentimentos”, uma coação automática que torna-se tanto mais forte quanto maior for o número de pessoas em que pode ser notado simultaneamente o mesmo afeto. “A crítica do indivíduo silencia e ele se deixa levar por esse afeto. Mas nisso ele aumenta a excitação dos outros que agiram sobre ele, e assim a carga afetiva dos indivíduos se eleva por indução recíproca”⁷⁴, anota Freud.

A luta por direitos baseada na esperança é algo diverso de tudo o que o mundo já viu. É diferente dos forais na Inglaterra no século XIII, quando o que tivemos foi uma tensão extrema seguida de um acordo de cavalheiros. Também da Independência dos Estados Unidos, marcada pela liderança de um grupo com poder preocupado em defender a propriedade privada e encerrar o ciclo de submissão à monarquia. Distancia-se da Revolução Francesa, que abraçou a

⁷² CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 24.

⁷³ 139 MCDUGALL, William. The Group Mind, 1920, p. 24. A citação vem de Freud, no seu Psicologia das massas e análise do eu e outros textos.

⁷⁴ FREUD, Sigmund. FREUD, Sigmund. Psicologia das massas e análise do eu e outros textos. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 35-36.

violência generalizada e, posteriormente, a revanche. Até mesmo da Independência do Brasil esses movimentos da esperança se diferenciam, pois são constituídos por grandes multidões às ruas, organizadas, cujos líderes máximos são munidos de um propósito de reconciliação, de longo prazo, consolidado por décadas de atividade persistente.

Os movimentos que lutam pelo acesso a direitos e por uma vida melhor, baseados na esperança, são diferentes da índole do Estado do bem-estar social que deu azo às constituições mexicana (1917) e alemã (1919), no começo do século XX e, claro, do movimento que resultou na Constituição Federal de 1988. Nenhum desses ciclos de revoluções e grandes movimentos políticos se revestiu das características que marcam o processo de independência dos países africanos em meados do século XX e, no que diz respeito à África do Sul, do seu processo de transição para a democracia fundada pela Constituição de 1996. É, de fato, algo novo, porque insere, como lema, a reconciliação.

A esperança é um elemento fundamental de aglutinação e persistência, capaz de fazer com que a coletividade suporte privações difíceis de serem sustentadas pelo indivíduo isoladamente. Gustave le Bon diz que “quaisquer que sejam os indivíduos que a compõem, sejam semelhantes ou dessemelhantes o seu tipo de vida, suas ocupações, seu caráter ou sua inteligência, o simples fato de se terem transformado em massa os torna possuidores de uma espécie de alma coletiva”. Ele afirma ainda que “esta alma os faz sentir, pensar e agir de uma forma bem diferente da que cada um sentiria, pensaria e agiria isoladamente”. Para Le Bon, “certas idéias, certos sentimentos aparecem ou se transformam em atos apenas nos indivíduos em massa”⁷⁵.

O quê são direitos fundamentais? Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas),

⁷⁵ BON, Gustave le. *Psicologia das massas*. Traduzido pelo dr. Rudolf Eisler, 2ª edição, 1912, p. 13. A citação vem de Freud, no seu *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos*. A obra de Le Bon pode ser lida na tradução de Mariana Sérvulo da Cunha, publicada pela Martins Fontes, em 2009.

constitucionalizados, cujo caráter normativo é supremo e que visam limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual⁷⁶.

Oriunda de países com múltiplas feridas, esta aceção quanto ao que move o povo a lutar por direitos fundamentais nasce com o penoso processo de superação das dores do passado, por meio de uma luta perseverante, paciente, repleta de estratégias e apoios variados, principalmente de entidades como a Organização das Nações Unidas (ONU). Não custa lembrar que, na véspera da condenação de Nelson Mandela, a ONU determinou que a África do Sul sofresse sanções internacionais em razão da manutenção do regime do *apartheid*.

A conexão está feita: esperança e reconciliação, na construção da democracia.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A esperança uniu cidadãos extraordinários: Jawaharlal Nehru e Mahatma Gandhi na Índia; Nos Estados Unidos, Thomas Jefferson, Martin Luther King e Harvey Milk; e Albie Sachs e Nelson Mandela, na África do Sul. Eles são representações de milhares, milhões de pessoas que abraçaram essa emoção diante das muralhas de desespero que a força do poder colocou em seus caminhos. Não foi fácil.

O ensaio percorreu cenários diversos, lugares distantes e personagens desconhecidos para demonstrar que a esperança é uma emoção universal que tem dado o tom da construção contemporânea da democracia. Por meio dela, afasta-se o ódio do processo e possibilita-se que o resultado seja a reconciliação de uma gente que se divorciou do destino de união por circunstâncias cruéis alheias à sua vontade.

O ensaio apresentou lutas populares contra o *apartheid* na África do Sul, sob a liderança de Nelson Mandela, que culminou com a eleição presidencial quase 30 anos após sua prisão. Com a aprovação de uma Constituição generosa,

⁷⁶ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-47.

em 1996, o país deu início a um projeto de reconciliação, tentando curar as feridas não cicatrizadas que foram deixadas por um modelo que acreditava ser possível subjugar uns pelos outros.

O ensaio mostra que outras nações, como a África do Sul, se viram diante do chamamento por reconciliação, uma postura nobre que parte de líderes que acreditam na força da esperança como instrumento de união, deixando de lado o ódio e, conseqüentemente, a revanche. Esta é uma crença da qual não devemos nos afastar jamais: a possibilidade de o povo, unido por um desejo agregador, alcançar a felicidade coletiva. Uma felicidade pela qual já começamos a lutar.

EPÍLOGO: O FUNERAL DE NELSON MANDELA

Eu estava na Cidade do Cabo no final de 2013 e uma grande homenagem seria prestada durante o funeral de Nelson Mandela. O Grand Parade, diante da sede do Parlamento, era anunciado há dias. Estava decidido a acordar cedo naquele domingo, pegar a van que faz o transporte público e ir até o centro, deixar flores. Eu tinha levado uma bandeira do Brasil e achei por bem tê-la comigo.

“Grand Parade! Grand Parade!” – gritava o cobrador, abrindo a porta com o carro ainda em movimento.

“Eu irei!” – berrei, com a mão levantada, sob um sol digno de sertão brasileiro. O motorista freou bruscamente uma daquelas vans Toyota que fazem o transporte público na Cidade do Cabo. Enfronhei-me no meio do monte de gente. Antes que eu sentasse, a porta já havia sido fechada, o motorista arrancara bruscamente e o cobrador passava a gritar mais uma vez: “Grand Parade! Grand Parade!”.

Depois de me acomodar quase sobre o colo de uma senhora, sentada ao meu lado com flores nas mãos, voltei a pensar. Eu estava convencido de que a esperança é a emoção pulsante da trajetória constitucional da África do Sul e que essa marca será irradiada para muitas outras nações, estabelecendo um

novo caractere da luta por direitos fundamentais neste século. O processo foi marcado pela convicção de que o medo havia dado espaço para a superação das dores do passado.

“Thank you!” – eu terminava de falar, quando a porta da van foi fechada com força, fazendo um estrondo. O motorista, como de praxe, arrancou com o cobrador de pé, com a cara enfiada para fora da janela, gritando o trajeto seguinte. Paguei 4 rands pela corrida, o equivalente a R\$ 1,00. Saltei diante da estação central de trem, um lugar vibrante, barulhento e repleto de gente, como toda rodoviária ou estação de metrô nas grandes cidades. Era hora de prestar minhas homenagens.

Eu só trazia a bandeira do Brasil. Precisei comprar flores. Por trás do Parlamento, encontrei uma banca com as mais lindas delas. Comprei um belo ramalhete. Do campo, recém-colhidas, de cores fortes e um perfume natural, elas estabeleciam a transição do ar fúnebre de um enterro para a atmosfera sublime da chegada ao paraíso.

“É para Madiba?” – perguntou a senhora.

“Isso mesmo!” – respondi.

Ela, com um pano sobre a cabeça que me impedia de ver seus cabelos e vestindo saias longas de comprimento que alcançava os pés, se levantou da cadeira e foi vagarosamente até o fundo da banca. Era uma senhora negra, forte, como as mulheres que compuseram a minha infância, em Nazaré do Piauí. Ouvi que cantava algo que me fez recordar os cânticos religiosos com os quais eu estava acostumado. Ela atravessou a viela estreita que se formava dentro de sua banca cercada pelas flores e pelos vasos à venda. Caminhava lentamente, com as ancas largas em movimento. De lá voltou com um ramalhete maior e mais bonito.

“Take that one!” – diz, com um inglês tomado pelo sotaque africano.

Peguei o ramalhete, paguei 20 rands e parti.

No funeral de Madiba, pessoas apareciam por todos os lados, vindas das mais variadas direções. Não havia idade, cor, sexo, origem..., nada, capaz de separá-las. Eram casais, senhoras idosas, crianças no colo dos seus pais, estrangeiros, caravanas vindas de outros países africanos, trabalhadores..., enfim, muita, muita gente que, junta, dava o tom da diversidade da qual se revestia aquele funeral. O propósito era único: prestar as últimas homenagens. Eu acompanhei o fluxo.

No momento em que entrei na fila das condolências, senti um sincero sentimento de perda. Mandela não era meu avô, nem um ente querido, sequer o líder do meu país, mas era difícil não me conectar a suas ideias, ao seu legado e àquela atmosfera. A fila ficava à frente do Parlamento, na rua, separada por uma cerca posta antes de alcançar a praça. Um telão transmitia a solenidade espalhada por cidades da África do Sul, incluindo a partida do corpo rumo a Qunu, onde seria enterrado.

Eu vi flores, cartas, bandeiras de vários países, cartolinas com desenhos de crianças, muitas delas com corações feitos em lápis de cor. Vi também fotos de Mandela, cartazes com suas frases mais famosas e recortes de jornais. Era um mundo de coisas, papéis, objetos pessoais vindos dos mais distantes lugares do planeta, de pessoas que, por alguma razão, faziam questão de deixar ali suas manifestações.

Enquanto eu sentia o valor de todas aquelas demonstrações de afeto, um pai guiou sua filha pequena, branca como a neve e com lisos cabelos da cor de ouro, até o alambrado onde tudo estava depositado. A criança segurava um cão de pelúcia branco, sorridente, dentro de uma caixa plástica transparente. Ela deixou o cão ali, sobre um verdadeiro campo de flores. Então olhou para seu pai e seguiu, dando-lhe as mãos pequeninas. “Era o brinquedo predileto. Ela quis que Madiba não se sentisse sozinho no novo lar” – justificou-se o pai, diante do olhar que eu não consegui controlar.

Ao final da cerimônia de sepultamento, abri a bandeira do Brasil e a pus sobre as costas. Abaixei-me para deixar o ramalhete de flores que trazia comigo.

Olhei novamente para todas as demonstrações de afeto. Então, me levantei. Caminhei um pouco com a bandeira enquanto procurava um espaço para fixá-la de forma a ficar visível. Ninguém, ali, parecia vítima de coisa alguma. Todos eram livres, como devemos ser. Estavam celebrando a constituição de um legado, cuja participação de um homem extraordinário – porém humano, logo, sujeito a erros –, todos reconheciam. Tudo muito espontâneo. Era uma atmosfera digna.

“Por favor! O senhor poderia dar uma declaração?” – perguntou o apresentador da ETV, emissora de TV sul-africana. Ele estava do lado de fora do local reservado às homenagens, na Praça do Parlamento. Ao ver-me com a bandeira, chamou seu cinegrafista e veio discretamente em minha direção.

“Vou fixar essa bandeira e saio logo” – respondi.

“Fazemos questão que fale segurando sua bandeira” – retrucou.

Eu já havia assinado o Livro de Condolências e saído da área reservada às homenagens. Estava diante da *Houses of Parliament* e o jornalista da ETV pedia para que o cinegrafista destacasse a Bandeira do Brasil. Ele me ajudou a colocar a bandeira na frente do corpo. Queriam alternar a minha fala com imagens dela. Estávamos no meio da praça, sob os olhares de uma multidão curiosa em saber o que aquele sujeito enrolado numa bandeira de cores vibrantes teria a dizer.

“O que representa a morte de Nelson Mandela para os brasileiros?” – perguntou o apresentador da ETV. Eu não sabia bem o que responder. Estava um pouco envergonhado por notar tantas pessoas olhando e um número considerável de jornalistas e fotógrafos. Outros, percebendo a movimentação, se aproximaram, incluindo uma profissional do *Die Burger*, o conceituado periódico sul-africano.

“O que direi? Como falar em nome dos brasileiros numa ocasião como essa?” – pensei, olhando para a lente da câmera, enquanto o sujeito, segurando o microfone, começava a se impacientar com meu ar reflexivo. Por trás dele, o público, sem disfarçar a curiosidade, me fitava os olhos ansioso por algumas palavras.

Simplemente deixei sair: “Ele foi um líder mundial extraordinário. Os brasileiros têm ideais semelhantes aos de Mandela. A luta dele foi a luta da esperança, que é nossa também” – declarei.

Ele retrucou indagando a razão pela qual eu estava ali, naquela manhã de domingo, prestando minhas homenagens. “Eu antecipei minha viagem ao saber do falecimento. Agora, aqui, diante de tudo o que vi, percebo o legado que Mandela deixou. Um legado que não é só de esperança, mas uma verdadeira aliança, entre a esperança e a felicidade” – finalizei. O jornalista e seu cinegrafista agradeceram, me cumprimentaram, colheram meu nome e profissão e partiram.

Em seguida, a profissional do *Die Burger* me abordou. Ela também queria uma declaração. Eu disse: “Todo mundo no Brasil fala sobre a morte de Mandela. Ele era um líder excepcional e uma inspiração para o mundo”. Ela anotou e partiu. Dia seguinte, o jornal estampou a matéria com a minha foto na capa do caderno, grande, trazendo-me com o olhar reflexivo, mas guiado à frente, caminhando diante do campo de flores deixado para Madiba, com a bandeira do Brasil nos ombros.

Após a declaração à imprensa sul-africana, observando o conjunto arquitetônico ao redor de mim, as *Houses of Parliament*, recordei dos momentos que tive num lugar especial, sentado sobre grandes pedras, diante de um oceano infinito testado pelas fortes rajadas de vento, enquanto macacos babuínos, no topo das montanhas, me vigiavam com atenção e distância. Falo do Cabo da Boa Esperança.

O Cabo ficou conhecido pelos europeus por meio das viagens portuguesas que buscavam estabelecer uma rota marítima para as Índias. Bartolomeu Dias chegou em 1487, atribuindo-lhe o nome de Cabo das Tormentas, algo que inevitavelmente remete ao medo, decorrente de vários dias em que os marinheiros sofreram violentas tempestades (tormentas) durante a viagem. O governo português do rei João II, contudo, entusiasmado

com a possibilidade de chegar às Índias pela nova rota, não viu razão para o medo e passou a chamar o local de Cabo da Boa-Esperança.

Com Vasco da Gama, em 1497, o trajeto tornou-se o principal caminho para as viagens comerciais dos portugueses. Em 6 de abril de 1652, um século e meio depois, o mercador holandês, Jan van Riebeeck, estabeleceu um posto de reabastecimento no Cabo, que evoluiu para se tornar a Cidade do Cabo. Ele chegou em três navios: Dromedaris, Reiger e Boa-Esperança.

Após ter a experiência de passar uma temporada na África do Sul, achei por bem dividi-la, levando adiante um ideal pela qual devemos, sim, lutar. Penso ter sido uma boa oportunidade de conhecer esta fascinante nação, os líderes que em variadas esferas influenciaram a marcha pela igualdade, sua Constituição e como o país se tornou um rico laboratório para pesquisadores de todo o mundo que têm enxergado, no Constitucionalismo Global, uma área repleta de temas cativantes.

Por razões que só o tempo irá mostrar, a vida me guiou para a África do Sul quando era possível prestar minhas homenagens a Nelson Mandela. Ao longo da solenidade, minha mente só pensava na mensagem deste homem e no quanto ela foi fundamental para o constitucionalismo atual daquele país.

Achei que era hora de voltar para casa. Eu havia saído cedo, sem tomar café da manhã. Tudo o que queria era prestar minhas homenagens, deixar flores e fixar a bandeira do Brasil em algum lugar do funeral de Nelson Mandela. Aquele domingo me reservou algo muito maior. Pude expressar, como brasileiro, os sentimentos que nutríamos por aquele líder. Um homem de carne e osso, que sempre fez questão de registrar: “nunca fui santo”. Caminhei em direção à estação central da cidade. Novamente pegaria uma van, que me custaria outros 4 rands.

“Sea Point! Sea Point!” – gritava o cobrador. Era o meu trajeto.

“Eu irei!” – berrei. Sentado no meu banco, sacolejado pela forte arrancada do motorista, olhei mais uma vez para o funeral, com todas aquelas pessoas e com tantas demonstrações de afeto. Casais abraçados olhando para as

flores. Famílias sentadas na praça. Mulheres usando roupas com cores vibrantes, dançando e celebrando a partida de uma pessoa querida. Jornalistas, fotógrafos e escritores colhendo depoimentos. Crianças caminhando vagorosamente sob o olhar de seus pais. Senhoras de idade vendendo ramalhetes perfumados de flores do campo. Cânticos em coro homenageando a África. “Que coisa extraordinária!” – falei comigo mesmo.

Tendo ido embora da Praça do Parlamento, saltei da van em Clifton, uma praia paradisíaca encravada numa área residencial da Cidade do Cabo. Depois de ver, mais uma vez, o motorista arrancar com o cobrador do lado de fora da janela gritando o trajeto, fui caminhando em direção ao mar. Tirei o sapato para sentir a areia fria ultrapassando os dedos até cobrir a parte superior dos meus pés, escorrendo como uma cachoeira de micro-cristais.

Um sol extasiante tinha seus raios refletidos pelo mar frio de Clifton. Ondas já sem força banhavam a areia branca, enquanto casais caminhavam pela praia. Árvores mostravam um verde lindo e eram desafiadas pelas rajadas de vento. As laterais da vista eram premiadas com montanhas indescritíveis. O som das ondas do mar parecia uma orquestra natural, que me convidava a refletir: Quanto de sofrimento uma pessoa pode suportar pela esperança de que devemos viver num mundo igualitário? A esperança na luta pela construção dos direitos pode não ter limites.

O funeral de Nelson Mandela representou um daqueles raros momentos dos quais saímos melhores do que entramos. Percebi que uma chuva de perdão lavou o solo repleto manchado de sangue da África do Sul. Mandela costumava advertir: “Nós podemos ter prosperidade ou nós podemos ter vingança. Mas não podemos ter os dois. Vamos ter de escolher”⁷⁷. Enquanto isso, países como o Zimbábue são o retrato do rancor racista. Hoje, zimbabuanos migram para a África do Sul em busca de prosperidade. Não o contrário. Com razão, David Schmidtz recorda que “muitos dos responsáveis pelo apartheid estavam bem vivos nessa época e, de forma alguma, fora do alcance da lei. Todavia, mesmo

⁷⁷ 114 SCHMIDTZ, David. Os elementos da justiça. Tradução de William Lagos; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 322.

assim, o objetivo de Mandela (assim como o de Desmond Tutu) era a reconciliação e não a vingança. Ele queria evitar que o legado do apartheid continuasse a pairar sombriamente sobre as gerações futuras”⁷⁸.

Mandela, num percurso repleto de desacertos e que contou, na sua base, com muitos episódios violentos, inspirou um povo a seguir com esperança em busca de uma vida mais justa, abraçando o caminho da reconciliação. Esta é uma lição que devemos aprender e implementar, sempre que formos chamados a participar da jornada pela construção de direitos fundamentais.

De volta ao lugar onde deixou depositados seus momentos mais felizes, a aldeia de Qunu, Madiba, finalmente, descansou. Qunu era tudo o que ele conhecia e ele a amava do modo incondicional como que uma criança ama seu primeiro lar.

Eu vi as choupanas simples e as pessoas com seus afazeres; o riacho onde eu havia mergulhado e brincado com os outros garotos; os milharais e pastagens verdes onde manadas e rebanhos pastavam preguiçosamente. Imaginei meus amigos caçando pequenas aves, bebendo o leite doce do úbere da vaca e se divertindo na lagoa localizada no fundo do riacho. Acima de tudo, meus olhos se puseram sobre as três choupanas simples onde eu havia desfrutado o amor e a proteção da minha mãe. Eram a essas três choupanas que eu associava a toda a minha felicidade, à própria vida.

O trecho acima foi escrito por Nelson Mandela, em suas últimas anotações. Referia-se ao lugar para onde, tempos depois, seu corpo seria enviado, no sepultamento de um homem que, sem ser um santo, nem buscar a perfeição, manteve viva o quanto pôde a esperança por um amanhã mais justo. Um amanhã que é nosso também.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás. A caridade, a correção fraterna e a esperança. Questões Disputadas sobre a Virtude. Tradução de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Capinas: Ecclesiae, 2013.

⁷⁸ SCHMIDTZ, David. Os elementos da justiça. Tradução de William Lagos; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 323.

BON, Gustave le. *Psicologia das massas*. Traduzido pelo dr. Rudolf Eisler, 2ª edição, 1912.

BOWEN, Jeremy. *The Arab Uprisings: The People Want the Fall of the Regime*. London: Simon & Schuster, 2012.

CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução Sérgio Tellarolli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

COMTE-SPONVILLE, André. *A felicidade, desesperadamente*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

COUTO, Mia. *E se Obama fosse africano? E outras invenções*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DICKENS, Charles. *Grandes esperanças*. Tradução Daniel R. Lehman. São Paulo: Martin Claret, 2006, (Coleção a obra-prima de cada autor; 49. Série Ouro).

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DUBIN, Steve C. *Spearheading Debate: Culture Wars & Uneasy Truces*. Cape Town: Jacana, 2012.

BACON, Francis; SPEDDING, James (org), *The Letters and the Life of Francis Bacon*, vol. 4 (Londres: Longmans, Green, Reader & Dyer, 1868).

FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

GODWIN, Peter. *The Fear – The Last Days of Robert Mugabe*. London: Picador, 2010. HESSEL, Stéphane. MORIN, Edgar. *O caminho da esperança*. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

HESSEL, Stéphane. *Indignai-vos!* Tradução Marli Peres. São Paulo: Leya, 2011. HOLLAND, Heidi. *Dinner with Mugabe: The untold story of a freedom fighter Who became a tyrant*. Johannesburg: Penguin Books, 2009.

HONWANA, Alcinda. *Youth and Revolution in Tunisia*. London: Zed Books, 2013. HUME, David. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Tradução Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

- JAMISON, Christopher. Como encontrar a felicidade. Tradução Maria Silvia Mourão Netto. Revisão da Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- KLARE, K. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism (1998) 14 SAJHR 146.
- LLOSA, Mario Vargas. A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Tradução Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.
- LOCKE, John. Ensaio sobre o entendimento humano. Tradução, apresentação e notas Pedro Paulo Garrido Pimenta. São Paulo: Martins Fontes, selo Martins, 2012.
- MANDELA, Nelson. Longa Caminhada até a Liberdade. Tradução Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012.
- MCDUGALL, William. The Group Mind, 1920.
- MOLTMANN, Jürgen. Ética da Esperança. Tradução de Vilmar Schneider. Petrópolis: Vozes, 2012.
- MOORCRAFT, Paul. Mugabe's War Machine. Cape Town: Jonathan Ball Publishers, 2012.
- ROSSI, Paolo. Esperanças. Tradução Cristina Sarteschi. São Paulo: Editora Unesp, 2013.
- SACHS, Albie. The Strange Alchemy of Life and Law. London: Oxford University Press, 2009.
- SCHMIDTZ, David. Os elementos da justiça. Tradução de William Lagos; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- SPINOZA, Baruch de. Breve tratado de Deus, do homem e do seu bem-estar. Tradução e notas Emanuel Angelo da Rocha Fragoso, Luís César Guimarães Oliva. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.
- WALZER, Michael. Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão da tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

O FINANCIAMENTO DAS ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS NOS ESTADOS UNIDOS: DA DOUTRINA DO ONE MAN, ONE VOTE AO DOGMA DO ONE DOLLAR, ONE VOTE

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹

All revolutionary programs are made to seem utopian reveries, bound to end in despotism and disillusionment. Roberto Mangabeira Unger, Politics – The Central Texts, London and New York: Verso, 1997, p. 4.

1 INTRODUÇÃO E CONTORNOS DO PROBLEMA

O estudo do modelo norte-americano de financiamento de campanhas permite que se constate que em oposição a imaginária candura democrática² vive-se experiência empírica marcada por forte presença do poder econômico na definição dos detentores do poder político³. Não há, efetivamente, no jogo político norte-americano contemporâneo, uma efetiva igualdade de condições e de oportunidades⁴. Confirma-se concepção absolutamente realista que marca a

¹ Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Pós-doutor em Direito Comparado (Boston University) e em Teoria Literária (Universidade de Brasília). Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Professor pesquisador visitante na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia (Berkeley) e no Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu (Frankfurt). Professor do programa de pós-graduação em Direito do Uniceub. Consultor-Geral da União.

² Conferir, Boorstin, Daniel J., The Americans: the Democratic Experience, New York: Vintage Books, 1974.

³ Conferir Shapiro, Ian, The State of Democracy Theory, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2003, especialmente pp. 50 ss, no capítulo que trata do poder e da competição democrática.

⁴ Trata-se de questão central na discussão democrática contemporânea. Questiona-se a justiça das leis eleitorais, a igualdade de oportunidades nas campanhas, a certeza das pesquisas e a honestidade na contagem de votos. Conferir, Tilly, Charles, Democracy, New York: Cambridge University Press, 2007

prática política norte-americana⁵, substancializada filosoficamente pelo pensamento pragmático⁶.

Nesse sentido, e de um ponto de vista funcional, admite-se uma democracia possível⁷, simplesmente porque não há parâmetros de experimento histórico para uma comparação⁸, a menos que se retome discurso historiográfico que nos remete a uma não menos imaginária democracia dos antigos, cujas linhas gerais teriam influenciado os chamados pais fundadores do modelo norte-americano⁹.

Os arranjos institucionais do sistema eleitoral norte-americano propiciam manifesta ascendência do capital no processo político¹⁰. Há inegável preponderância de grupos econômicos que subvencionam o processo eleitoral, circunstância de algum modo também potencialmente legítima, à luz de uma investigação em torno do papel políticos dos grupos de interesse¹¹. Há um

⁵ Pode-se afirmar, nesse sentido, que o pragmatismo consiste efetivamente na filosofia nacional norte-americana. Conferir Menand, Louis, *The Metaphysical Club*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. Kuklick, Bruce, *A History of Philosophy in America (1720-2000)*, Oxford: Clarendon Press, 2001. Rorty, Richard, *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis: University of Minneapolis Press, 2003. Murphy, John P., *Pragmatism- from Peirce to Davidson*, Boulder: Westview Press, 1990.

⁶ Filosofia tipicamente americana, o pragmatismo conta com alguns ensaios clássicos, a exemplo de textos de Charles Sanders Peirce (*How to make our ideas clear*), de William James (*The will to believe*), de Oliver Wendell Holmes Jr. (*The path of law*) e posteriormente de Richard Rorty (*Philosophy as a kind of writing*). Em linhas gerais, o pragmatismo abandona modelos tradicionais de objetividade, verdade e racionalidade, promovendo nihilismo e ceticismo que subvertem a democracia liberal, a cogitarmos de imagem crítica para com essa corrente do pensamento norte-americano. O pragmatismo centra-se na questão da verdade e assume que o que se toma por verdadeiro é apenas o que se admite como tal. O pragmatismo identifica modo norte-americano de se pensar e de se fazer filosofia. Sob forte influência de Charles Darwin e do pensamento utilitarista de John Stuart Mill, o pragmatismo é também filosofia que se desenvolveu nos meios acadêmicos. Começou em Harvard com Charles Sanders Peirce e com William James. Emigrou para Chicago e Nova Iorque, quando se tornou filosofia nacional, sob forte influência de John Dewey. Subsiste contemporaneamente em Richard Rorty e em Richard Posner

⁷ Esse é o argumento central desenvolvido em Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York: Harper, 1975, especialmente pp. 269 e ss.

⁸ Nesse sentido, conferir, Lijphart, Arend, *Patterns of Democracy- Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven and London: Yale University Press, 1999.

⁹ Nesse tema, Richard, Carl J., *The Founders and the Classics- Greece, Rome and the American Enlightenment*, Cambridge and London: Harvard University Press, 1996.

¹⁰ Os contornos do processo político norte-americano são analisados por Woodrow Wilson, que foi inclusive presidente dos Estados Unidos. Consultar Wilson, Woodrow, *Congressional Government*, Mineola: Dover Publications, 2006. Para aspectos biográficos de Woodrow Wilson, consultar Cooper, Jr., John Milton, *Woodrow Wilson- a Biography*, New York: Vintage Books, 2009.

¹¹ Cf. Heinemann, Robert A., *Political Science- an Introduction*, New York: The McGraw-Hill Companies, Inc., 1996, pp. 102 ss.

caráter aristocrático que parece contaminar o processo eleitoral¹², o que confirma alguma suspeição para com a inocência imaginária da democracia representativa, e de seus defensores mais simbólicos, a exemplo de Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e John Stuart Mill¹³.

Essa relação já foi de algum modo denunciada em 1913 por Charles A. Beard, que em corajoso trabalho atentou para a preponderância de fatores econômicos no contexto de concepção da constituição norte-americana¹⁴. Beard fez um levantamento dos interesses econômicos que estavam em jogo em 1787, quando da discussão e da aprovação do texto da constituição dos Estados Unidos. Na premissa fundamental de que *o poder segue a propriedade*, Beard identificou interesses econômicos dos membros da convenção constitucional norte-americana, qualificando a constituição como um documento prioritariamente econômico. Isolou a participação popular e considerou os limites de um voto também popular.

Beard pinçou no texto constitucional norte-americano todas as questões econômicas que agitavam os Estados Unidos no século XVIII, a exemplo de proteção tarifária, comércio internacional, transporte, indústria, comércio, trabalho, agricultura, temas que não podem ficar à mercê dos falsos problemas trazidos pelas leituras analíticas do direito, que se perde em formalismos, campo discursivo que engendra todos os tipos de solução. Por exemplo, o delicado problema da escravidão não lhe passou despercebido, pelo que a saída que o texto constitucional norte-americano optou, lacônica, foi causa concorrente para conflito nacional que se alastrou de modo mais explícito a partir de 1861.

Essa percepção menos romântica do constitucionalismo norte-americano é também de algum modo compartilhada por Robert A. Dahl, para quem há dúvidas se a constituição dos Estados Unidos se revela como efetivamente

¹² Cf. Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, New York: Cambridge University Press, 1997, pp. 132 ss.

¹³ Nesse passo, conferir Urbinati, Nadia, *Representative Democracy, Principles & Genealogy*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2006.

¹⁴ Beard, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York: Free Press, 1986.

democrática. Questionando os porquês da necessidade de se cumprir a constituição, isto é, as justificativas de sua autoridade, Dahl intuiu que há alguma ilusão na compreensão do modelo norte-americano como substancialmente democrático¹⁵.

Robert Dahl é importantíssimo cientista político norte-americano, que pontificou na Universidade de Yale. A democracia é o tema central de suas preocupações, intervenções e opiniões. Concentrado nos aspectos mais empíricos da democracia, isto é, na dimensão real da ideia democrática, Dahl argumentou que as democracias contemporâneas são caracterizadas menos por uma imediata participação popular, e mais pelo controle que grupos exercem sobre líderes políticos e centros de decisão. A essa pulverização de influências Dahl denominou de *poliarquia*¹⁶.

Para Robert Dahl, nas *poliarquias* há eleições livres, que ocorrem regularmente. A competição eleitoral é regulada. Verifica-se amplo controle sobre o processo de escolha de representantes. O direito ao voto é universal. Não há limites de gênero ou de expressão censitária. Na percepção de Dahl, na *poliarquia* o direito de concorrer a cargos públicos é universal. Ainda, nas *poliarquias*, ao longo do processo eleitoral tem-se o direito de livre expressão, quanto a questões relevantes para a sociedade. Não há tabus ou proibições; tudo pode ser debatido. Nesse contexto, há também possibilidade para que o eleitor busque fontes alternativas de informação.

No entanto, a *poliarquia* nos remete a um modelo imaginário de *democracia procedimental*. A inclusão de todo cidadão deveria se desdobrar na igualdade do voto, na possibilidade de uma efetiva participação em fóruns de decisão, por intermédio, inclusive, da compreensão do andamento do processo eleitoral e das fórmulas de escolha. Do ponto de vista procedimental o modelo democrático se desdobra com pequenas nuances de imprestabilidade. Nesse

¹⁵ Dahl, Robert A., *How Democratic is the American Constitution?* New Haven and London: Yale University Press, 2003.

¹⁶ As linhas gerais da biografia e da obra de Dahl estão em Benewick, Robert e Green, Philip, *The Routledge of Twentieth-Century Political Thinkers*, London and New York: Routledge, 1998, pp. 48 e ss. O assunto aqui tratado é tema, entre outros, de Dahl, Robert, *Democracy and its Critics*, New Haven and London: Yale University Press, 1989.

sentido, é nessas nuances que se pode apreender as fragilidades do modelo. O ilimitado financiamento de campanhas, pelos detentores do grande capital, pode ser dessa suspeita uma prova eloquente.

Há um outro ponto que precisa ser considerado. O papel da imprensa na construção de opções políticas não pode ser negligenciado. Deve-se discutir a influência da imprensa, controlada pelo grande capital, que sobre a construção e divulgação de informações exerce enorme poder, promovendo candidatos, partidos e ideias, que refletem e defendem a ideia de seus patrocinadores. Nas discussões que se tem, a restrição ao financiamento eleitoral, por pessoas físicas ou jurídicas, passa ao largo da influência do capital sobre a construção da opinião pública, por intermédio da imprensa. Limita-se ou proíbe-se a doação de pessoas jurídicas, em favor de candidato, partido ou comitê, mas não se restringe a atuação da imprensa, que é também instrumento de interesses de vários grupos¹⁷. Desconsidera-se uma das causas do problema.

Nos Estados Unidos, com o fim da Guerra de Secessão (1861-1865)¹⁸ o pensamento progressista cravou a defesa da igualdade eleitoral, centrada em democrático mantra que nos dava conta de que a cada homem deveria corresponder um voto (*one man, one vote*)¹⁹, como corolário mesmo do significado da liberdade²⁰. O direito norte-americano enfrentou a crise de um pensamento jurídico ortodoxo, questionado em violenta guerra civil, concebendo arranjos institucionais que pretendiam ajustar rotinas e procedimentos a uma nova ordem²¹. A crise é uma constante, fomentada por

¹⁷ Para a discussão do assunto, no contexto brasileiro, a biografia de Assis Chateaubriand, escrita por Fernando Moraes, Chatô, o Rei do Brasil, São Paulo: Companhia das Letras, 1994, bem como o estudo de Nelson Werneck Sodré, História da Imprensa no Brasil, Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

¹⁸ Do ponto de vista mais especificamente jurídico o ponto de partida da discussão é o caso Dred Scott. Conferir Fehrenbacher, Don E., Slavery, Law and Politics, New York: Oxford University Press, 1981.

¹⁹ Conferir Zinn, Howard, A People's History of the United States- 1492-present, New York: Harper, 1995, pp. 167 e ss. Para uma compreensão do papel do historiador Howard Zinn na luta pelos direitos civis nos Estados Unidos, consultar Duberman, Martin, Howard Zinn- a life on the left, New York and London: The New Press, 2012. O tema da escravidão e da guerra civil também pode ser consultado em Johnson, Paul, A History of American People, New York: Harper Perennial, 1997, pp. 461 e ss.

²⁰ Foner, Eric, Give me Liberty - an American History, New York and London: W. W. Norton & Company, 2014, pp. 556 e ss.

²¹ É o tema de Horwitz, Morton J., The Transformation of American Law- 1870-1960, New York and Oxford: Oxford University Press, 1992.

complicadíssimas relações sociais, das quais a luta pela expansão dos direitos civis muito exemplifica²², especialmente no contexto do direito ao voto²³.

Nesse século, o tema da *audácia da esperança* (*the audacity of hope*) simbolizou as duas campanhas eleitorais de Barack Obama²⁴. Em 2008, Obama venceu John McCain por 365 a 173 no Colégio Eleitoral e por cerca de 69 milhões de votos contra 59 milhões, na contagem dos votos diretos. Em 2012, venceu Mitt Romney por 332 a 206 no Colégio Eleitoral e por cerca de 65 milhões de votos contra cerca de 60 milhões na votação popular. Obama (que fora senador estadual em Illinois – 1997-2004 – e senador federal – 2005-2008 –) contou com expressivas doações, o que garantiu intensa propaganda que o conduziu à vitória, por duas vezes²⁵.

Porém, o próprio Obama contestou o fim das restrições às doações de campanha, quando comentou decisão da Suprema Corte norte-americana proferida no caso *Citizens United v. FEC*, em pronunciamento feito ao país, em 2010. No *State of the Union* de 2010 Obama lamentou que a decisão da Suprema Corte proferida naquele caso revertia cem anos de jurisprudência. Pode-se invocar alguma contradição²⁶.

²² Nesse tema, é seminal a leitura da biografia de Thurgood Marshall. Conferir, Williams, Juan, *Thurgood Marshall- American Revolutionary*, New York: Three River Press, 1998.

²³ Cf. Currie, David P., *The Constitution of the United States- a Primer for the People*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1997.

²⁴ Conferir Donaldson, Gary A., *The Modern America- the Nation from 1945 to the presente*, Lanham: Rowman & Littlefield, 2012, pp. 323 e ss.

²⁵ Moore, Kathryn, *The American President- from George Washington to Barack Obama*, New York: Fall River Press.

²⁶ Nas palavras de Obama em tradução livre minha: “Com toda a deferência à separação de poderes, na última semana a Suprema Corte reverteu um século de jurisprudência. Acredito que serão abertas as comportas para interesses especiais – incluindo os interesses de empresas internacionais – no sentido de gastarem ilimitadamente em nossas eleições. Não acho que as eleições norte-americanas devam ser financiadas pelos mais poderosos interesses ou, pior, por empresas estrangeiras. Nossas eleições devem ser decididas pelo povo norte-americano. E eu exorto democratas e republicanos a aprovarmos uma lei que ajude a corrigir alguns desses problemas”. No original: “With all due deference to separation of powers, last week the Supreme Court reversed a century of law that I believe will open the floodgates for special interests — including foreign corporations — to spend without limit in our elections. I don't think American elections should be bankrolled by America's most powerful interests, or worse, by foreign entities. They should be decided by the American people. And I'd urge Democrats and Republicans to pass a bill that helps to correct some of these problems”. www.whitehouse.gov. acesso em 16 de março de 2015.

É que, de algum modo, simbolizando uma parcela oprimida da população norte-americana, justamente aquela para a qual a doutrina do *one man, one vote* representava alguma esperança, Obama também conduziu campanha milionária, que bem pode simbolizar um novo dogma, no sentido de que um dólar é que acaba valendo um voto, *one dollar, one vote*. A simbologia dessa mudança, positiva e negativa, pode indicar algum triunfo do capital no processo eleitoral, situação que subverte conceitos, premissas e esperanças do sonho democrático, e que pode sufragar uma moral infelizmente matizada pelo poder econômico²⁷.

2 O FEDERAL ELECTION COMMISSION E A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Nos Estados Unidos da América as regras financeiras aplicáveis às eleições presidenciais são de competência de uma agência federal independente, com poderes regulatórios, denominada *Federal Election Commission* (FEC)²⁸. Criada em 1975, em momento particularmente tenso na história política norte-americana²⁹, a missão dessa agência consiste na administração, fiscalização e cumprimento das normas que tratam das eleições norte-americanas, especialmente quanto a seus aspectos de financiamento.

As normas reguladoras do financiamento das campanhas políticas nos Estados Unidos estão consolidadas no *Federal Election Campaign Act* (FECA). A realidade dos fatos, no entanto, parece contrariar qualquer esforço quixotesco

²⁷ Nesse tema é fundamental o estudo de C. Wright Mills, *The Power Elite*, New York: Oxford University Press, 2000.

²⁸ Informações e dados sobre a Federal Election Commission foram colhidas junto ao sítio eletrônica dessa agência reguladora, www.fec.gov.

²⁹ Refiro-me aos problemas enfrentados pelo 37º presidente norte-americano, Richard M. Nixon, que governou de 1969 a 1974, quando renunciou, no contexto das denúncias do caso Watergate. O republicano Nixon venceu o democrata Hubert Humphrey, e depois o também democrata George McGovern, sempre com ampla margem de vantagem, tanto na votação popular, quanto nos colégios eleitorais. Há três relatos impressionantes de personagens que conviveram com Nixon nos conturbados dias do escândalo Watergate: Henry Kissinger, Abe Fortas e Robert Bork. Conferir, quanto a esses relatos: Kissinger, Henry, *Years of Upheaval*, New York: Simon and Schuster, 2011, pp. 1179 e ss. Kalman, Laura, *Fortas, Abe, a Biography*, New Haven and London: Yale University Press, 1990, Bork, Robert. *Impressões pessoais sobre esse delicado momento* são também colhidas nos diários de Arthur M. Schlesinger, Jr., *Journals-1952-2000*, New York: Penguin Books, 2007, pp. 373 ss.

para se regulamentar o financiamento de campanhas³⁰. Isto é, como se verá mais adiante, há um movimento norte-americano no sentido de se desregulamentar o modelo de financiamento das campanhas eleitorais³¹, que de algum modo encontro eco em recentes decisões da Suprema Corte. Esse movimento de desregulamentação favorece aos interesses do grande capital, na medida em que a ilimitada possibilidade de apoio econômico poderá definir uma definitiva aliança entre donos do capital e donos do poder.

Por trás da simplicidade aparente dessa equação esconde-se ameaça real de práticas de corrupção, na qual o financiador cobraria do candidato financiado o capital empregado no processo eleitoral. Trata-se da denominada corrupção *quid pro quo*, como se verá mais adiante, na qual o financiador de campanha pressiona e obtém favores do candidato que financiou. Em face dessa constatação opõe-se uma visão mais dulcificada dos fatos, para a qual a liberdade de expressão sufragaria a ilimitada possibilidade de financiamento financeiro de campanhas; essa percepção decorre de entendimento da Suprema Corte norte-americana. Esse tribunal tem recorrentemente se pronunciado sobre as regras do jogo político norte-americano, afirmação comprovada na célebre decisão que garantiu a vitória de George Bush contra Al Gore nas eleições de 2000³².

A legislação norte-americana sobre regulamentação das eleições remonta a uma lei de 1907, o *Tillmann Act*, proposta pelo senador Benjamin Tillmann, da Carolina do Sul. Esboçava-se uma reação às acusações de que a campanha presidencial de Theodore Roosevelt fora financiada pelos grandes

³⁰ Nesse sentido, Robert J. Samuelson, In politics, money is speech, The Washington Post, 6 de abril de 2014.

³¹ Conferir artigo de Jeffrey Toobin, The John Robert's Project, The New Yorker, 2 de abril de 2014.

³² Conferir, por todos, Dershowitz, Alan M., Supreme Injustice- How the High Court Hijacked Election 2000, New York: Oxford University Press, 2000. Em desfavor a essa absoluta supremacia do judiciário há intensa produção bibliográfica. Consultar, entre outros, Kramer, Larry D., The People Themselves- Popular Constitutionalism and Judicial Review, New York: Oxford University Press, 2004. O tema é tratado por Tushnet, Mark, Weak Courts, Strong Rights- Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law, Princeton: Princeton University Press, 2008 e, do mesmo autor, Taking the Constitution away from the Courts, Princeton: Princeton University Press, 1999.

negócios³³. O próprio Roosevelt teria se insurgido contra as inculpações que lhe pesavam, propondo que se discutisse o financiamento das campanhas, que deveria ser regulamentado³⁴.

O núcleo da lei que então foi aprovada consistia na vedação de contribuições, por parte de pessoas jurídicas, em favor de candidatos a cargos eletivos. Havia previsão de multas e, no limite, de prisão de responsáveis pelas pessoas jurídicas que eventualmente colaborassem com candidatos. Os bancos eram alcançados por essa regra; isto é, vedava-se o apoio financeiro dos bancos para quaisquer candidatos a cargos eletivos. Fora a primeira vez na qual legisladores norte-americanos se ocuparam com a grave e preocupante relação entre dinheiro e política (*money and politics*).

No entanto, somente na década de 1970 é que essa questão foi retomada. Promulgado em 1972, o acima referido FECA regulamentou as eleições federais. No modelo federalista norte-americano cada uma das unidades federadas detém competência para organizar e disciplinar os processos eleitorais locais. Quanto à disciplina do processo de escolha propriamente dito, as unidades estaduais regulam inclusive os modos operacionais das eleições federais. O FEC aplica a legislação do FECA, especialmente quanto ao levantamento de valores para o financiamento das campanhas, que nos Estados Unidos são efetivamente milionários. Em 1974 emendou-se a referida legislação. Naquela ocasião foram fixados limites para o financiamento das campanhas políticas norte-americanas.

Esses limites e parâmetros são recorrentemente ajustados pela FEC. Além do que, segundo informações constantes no sítio eletrônico da mencionada agência de regulação eleitoral, a legislação presentemente aplicável também exige que os candidatos disponibilizem aos eleitores dados sobre quantias recebidas e gastas, nas respectivas campanhas. Um forte componente de *disclosure* orienta a questão.

³³ Conferir Graubard, Stephen, *The Presidents- The Transformation of American Presidency from Theodore Roosevelt to George W. Bush*, New York: Penguin Books, 2005. Especialmente, pp. 86-126.

³⁴ Um apanhado da passagem de Theodore Roosevelt na Casa Branca é encontrado em Morris, Edmund, *Theodore Rex*, New York: Random House, 2002.

Quanto às eleições presidenciais, especificamente, há norma de regência, denominada de *Presidential Election Campaign Fund*, que trata, designadamente, do financiamento público dessas campanhas. Deve-se atentar para peculiaridades que há no modelo norte-americano de eleições presidenciais. O presidente é ordinariamente escolhido por um Colégio Eleitoral que se pulveriza pelos vários estados norte-americanos. O número de eleitores é igual ao número dos congressistas do Estado, o que reflete, assim, a população estadual. O estado da Califórnia, por exemplo, possui o maior número de delegados, cerca de 55, o que reflete os seus mais de 55 milhões de eleitores.

O vencedor na unidade federativa leva todos os votos, inclusive os sufrágios do candidato vencido, isto é, para efeitos de cômputo final de votos. É o estado que puxou a eleição de Richard Nixon e de Ronald Reagan. Cada unidade federada organiza sua legislação e modelo eleitorais, inclusive no que se refere às eleições presidenciais. Cada estado tem sua específica legislação eleitoral; não se trata de matéria de lei federal³⁵.

Há, inclusive, previsão para discussões e votos fechados, o que o jargão político norte-americano denomina de *caucus*. Não há eleições diretas para presidente nos Estados Unidos. Primeiramente, os partidos escolhem seus candidatos, a partir de indicações e votos de seus membros; são as chamadas *primárias*, que se realizam nos atuais 50 estados da federação. Nas primárias os partidos escolhem seus candidatos. É a primeira etapa a ser vencida.

Os eleitores são os delegados partidários. Depois de indicados os candidatos, os delegados nacionais depositam seus votos. Concomitantemente, ao lado dos votos dos 540 delegados (o Colégio Eleitoral) há eleições populares. Aqueles, os votos do Colégio Eleitoral, contam mais que os votos populares. Al Gore venceu Bush com cerca de um milhão de votos populares a mais; perdeu,

³⁵ Cf. Corwin, Edward S., cit., p. 39.

no entanto, no Colégio Eleitoral, por 271 votos a 266; a Suprema Corte garantiu a vitória de Bush³⁶.

Já se questionou se essa disputa revelou apenas controvérsia política ou se representaria a quebra de uma segurança jurídica e institucional dificilmente conquistada³⁷. A discussão na Suprema Corte suscitou abordagens tautológicas; o Juiz Antonin Scalia argumentou que uma nova contagem de votos traria novas dúvidas, que seriam resolvidas por nova contagem, de modo indefinido³⁸. O Juiz Presidente da Corte da Florida, cuja decisão foi revista pela Suprema Corte em Washington, justificou a intervenção, observando que “o papel final do Judiciário é resolver disputas [...] e é o que o Judiciário fez no caso *Bush v. Gore* [...] é pelo Judiciário que nos norte-americanos resolveram a transferência da titularidade da presidência dos Estados Unidos, sem nenhum medo de que as antenas de televisão nos caminhões da imprensa que estavam ao lado do Tribunal fossem substituídas por armas³⁹”. No entanto, houve protestos, no sentido de que os Estados Unidos precisariam de uma reforma eleitoral⁴⁰.

Esse modelo, porém, não é originariamente previsto pelos costumes e pela Constituição. De acordo com Woodrow Wilson, que foi presidente dos Estados Unidos, além de reconhecido jurista:

Tivemos que passar por diversos estágios de desenvolvimento até que o presente sistema de eleição por convenção fosse alcançado. Nas duas primeiras eleições presidenciais os eleitores podiam escolher livremente, de acordo com suas consciências porque a Constituição assim

³⁶ Cf. Dershowitz, Alan M., *Supreme Injustice- How the High Court Hijacked Election 2000*, Oxford: Oxford University Press, 2001. Conferir também Powe Jr., Lucas A., *The Supreme Court and the American Elite- 1789-2008*, Cambridge: Harvard University Press, 2008, pp. 336-339.

³⁷ Cf. Ackerman, Bruce (ed.), *Bush v. Gore, The Question of Legitimacy*, New Haven and London: Yale University Press, 2002, p. IX.

³⁸ Cf. Gillman, Howard, *The Votes that Counted- How the Court Decided the 2000 Presidential Election*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001, p. 125.

³⁹ Cf. Wells, Charley, *Inside Bush v. Gore*, Gainesville: University Press of Florida, 2013, p. 136. No original: “The

ultimate role of courts is to resolve disputes. That is what the courts did accomplished in *Bush v. Gore*. Through the courts, Americans accomplished settling the transfer of the power of the presidency of the United States without any fear that the television antennas on the truck parked across from our court would be changed to guns”.

⁴⁰ Cf. Zelden, Charles L., *Bush v. Gore- Exposing the Hidden Crisis in American Democracy*, Lawrence: University

Press of Kansas, 2010. No original: “There is no good reason why we cannot take up the cause and fight to save democracy by reforming our electoral system [...]”.

os permitia. E a Constituição permitia que votassem da forma que julgassem melhor, e não se exigia muita discricção para se votar no General Washington. Mas quando o General Washington não mais estava na disputa, e novos partidos começaram a dividir terreno com os federalistas, dirigentes partidários em nada ajudavam sentindo-se ansiosos em relação aos votos dos eleitores, e alguns daqueles que foram indicados para escolher o presidente eram aqueles que anteriormente já haviam se comprometido a votar de determinada maneira. Após a terceira eleição presidencial o Congresso começou a supervisionar o assunto. De 1800 a 1824 houve uma sucessão de reuniões fechadas (caucus) de membros republicanos do Congresso com o objetivo de dirigir a ação dos eleitores dos partidos; e indicações por reuniões fechadas desapareceram apenas quando o Partido Republicano tornou-se virtualmente o único partido no qual valia a pena confiar- o único partido para o qual uma indicação realmente valia a pena- e então a opinião pública começou a reclamar de tamanho monopólio de decisões secretas. Em 1796 os congressistas federalistas realizaram uma reunião secreta para convergir ideias, na medida em que as eleições se aproximavam; porém em seguida se recusaram a experimentar mais além, e se contentaram com reuniões eventuais até que não havia mais partido para reunir. Em 1828 houve indicações de legislaturas estaduais; e em 1832 houve a primeira grande convenção para indicação de candidato⁴¹.

Em 2002 houve nova alteração legislativa, por intermédio do *Bipartisan Campaign Reform Act* – BCRA, também conhecido como *McCain-Feingold Act*. Foram impostos novos limites à utilização de recursos privados nas campanhas

⁴¹ Wilson, Woodrow, *Congressional Government- A Study on American Politics*, Minola: Dover Publications, INC., 2006, p. 166. Tradução livre minha. No original: “We had to pass through several stages of development before the present system of election by convention was reached. At the first two presidential elections the electors were left free to vote as their consciences and the Constitution bade them; for the Constitution bade them vote as they deemed best, and it did not require much discretion to vote for General Washington. But when General Washington was out of the race, and new parties began to dispute the field with the Federalists, party managers could not help feeling anxious about the votes of the electors, and some of those named to choose the second President were, accordingly, pledged beforehand to vote thus so. After the third presidential election there began to be congressional oversight of the matter. From 1800 to 1824 there was an unbroken succession of caucuses of the Republican members of Congress to direct the action of the party electors, and nomination by caucus died only when the Republican party became virtually the only party worth reckoning with, - and then public opinion began to cry out against such secret direction of the monopoly. In 1796 the Federalist congressmen had held an informal caucus to ascertain their minds as to the approaching election; but after that they refrained from further experiment in the same direction, and contented themselves with now and then a sort of convention until they had no party to convene. In 1828 there was a sort of dropping fire of nominations from state legislatures; and in 1832 sat the first of the great national nominating government”.

eleitorais norte-americanas. Combate-se o uso do *soft money*, conjunto de recursos não alcançado pelas limitações das legislações anteriores. Há controle e intensa limitação à possibilidade de levantamento e uso de fundos particulares, por parte dos partidos políticos. Nesse contexto, recursos privados são chamados de *soft money*, enquanto que recursos públicos, sobre os quais há um controle maior por parte do FEC, são denominados de *hard money*. O BCRA emendou o FECA.

O BCRA fixou dois conceitos que são utilizados nos cálculos de limites de doações. Há o *base limit*, por intermédio do qual se calcula quanto um doador pode contribuir para um determinado candidato ou comitê, individualmente considerados. E há também o *aggregate limit*, por meio do qual se calcula quanto o doador pode contribuir com um número total de candidatos ou comitês. Esse último referencial é restritivo e foi questionado na Suprema Corte norte-americana.

Assim, no *base limit* fixa-se quanto se pode doar a um determinado candidato ou comitê. No *aggregate limit* determina-se quantos candidatos ou comitês pode um financiador de campanhas apoiar. Esse último limite foi questionado na Suprema Corte norte-americana, que o entendeu inconstitucional porque mitigaria o pleno exercício da liberdade de expressão.

O *aggregate limit* tinha por objetivo não permitir que um doador contribuísse com um número ilimitado de candidatos, os quais iriam subsequentemente reunir os valores e encaminhá-los a um candidato único, que concorreria, assim, em desigualdade de condições com candidatos que não teriam utilizado esse esquema. Trata-se do traçado da *circumvention*. É justamente nesse modelo que se tem toda a raiz do problema.

O chamado *hard money* é alvo de intenso controle, o que demanda permanente atenção por parte de partidos e candidatos. O *soft money* permite a exploração de *loop-holes* (brechas da legislação), o que de fato resulta na extinção de limites e restrições, a exemplo da destinação subsequente de valores originariamente recolhidos para vários candidatos. Com o argumento

de que se pretende apoiar ideias e atividades partidárias, haveria possibilidade de que as empresas financiassem propagandas, o que resulta em apoio concreto a candidatos e partidos.

Teme-se que financiadores de campanhas cobrem posteriormente dos beneficiários de recursos as colaborações que possibilitaram o sucesso eleitoral. Pretender de modo inverso é atitude reveladora de ingenuidade. Para identificar essa anomalia os norte-americanos utilizam uma locução latina – *quid pro quo* – que inclusive foi várias vezes citada e invocada no caso McCutcheon. A locução sugere uma barganha, algo que se dá, em permuta de algo que se pede, e que não pode ser negado.

A legislação e a jurisprudência norte-americanas substancializam arranjos institucionais de enfrentamento a essa política de troca de favores. Deve-se acrescentar que o direito norte-americano também diferencia contribuições diretas feitas a candidatos, comitês e partidos, do pagamento indireto de despesas. Na contribuição direta os recursos são diretamente entregues ao candidato, que pode usá-los na conveniência da campanha. Nas contribuições indiretas os recursos são utilizados para o pagamento de despesas do candidato, a exemplo de programas de televisão, cartazes e anúncios de jornal.

3 A SUPREMA CORTE E O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS

A legislação sobre o financiamento das campanhas suscitou várias discussões e alcançou diversas vezes a Suprema Corte dos Estados Unidos. Houve uma acomodação judicial desses problemas, no contexto da discussão de alguns casos, que fixaram os novos padrões. Entre esses casos, as discussões em *McConnell v. FEC* (2003), *Citizens United v. FEC* (2008) e *McCutcheon v. FEC* (2014). A esses casos deve-se acrescentar uma discussão anterior ao BCRA, *Buckley v. Valeo* (1976). Nesse sentido, a matéria não é de exclusiva definição

normativa. Vigê a regra do precedente, e por consequência toda a lógica que lhe é própria.⁴²

4 O CASO BUCKLEY V. VALEO

No caso *Buckley v. Valeo*⁴³ definiu-se que se poderia impor limites a contribuições para partidos, comitês e políticos, especialmente se os valores não fossem diretamente encaminhados aos beneficiários. A possibilidade de doação era garantida para o patrocínio de propagandas de apoio ou de crítica a candidatos e partidos. O núcleo conceitual da decisão consistiu na defesa do direito constitucional de liberdade de opinião. O apoio e o patrocínio eram permitidos, desde que indiretamente.

Discutido em plenário em 10 de novembro de 1975, o caso foi decidido em 30 de janeiro de 1976. Buckley ganhou a decisão da Suprema Corte por sete votos a um. A decisão foi apresentada em sua forma per curiam, isto é, em bloco, e em nome dos juizes vencedores, sem identificação do autor do voto condutor⁴⁴. Nesse caso, *Buckley v. Valeo*, a Suprema Corte norte-americana decidiu pela constitucionalidade dos limites impostos pelo FECA. À época já se avaliou a questão no contexto da primeira emenda (o que será retomado no caso *McCutcheon*), entendendo-se que os limites às doações de campanha se ajustavam a um razoável direito de manifestação política. Definiu-se que o propósito do FECA consistia no combate à corrupção política, revelando-se como arranjo institucional válido e importante.

Entre os vários autores da ação estavam James Buckley, Eugene McCarthy e a *American Civil Liberties Union*. No polo passivo, Francis Valeo, um secretário do Senado, eportanto membro do FEC. A discussão remontava a 1974, quando o então presidente Gerald Ford divergiu do Senado quanto a uma

⁴² Entre outros, em tema de hermenêutica do precedente, conferir Gerhardt, Michael J., *The Power of Precedent*, New York: Oxford University Press, 2008. Hansford, Thomas G. e Spriggs II, James F., *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.

⁴³ 424 U.S. 1 (1976).

⁴⁴ A composição da Corte era muito distinta da composição atual. Entre os juizes da época, Warren B. Burger, William J. Brennan, Thurgood Marshall e William Rehnquist.

reforma que se discutia no texto do FECA, que era de 1971. O tema do financiamento de campanha foi então intensamente debatido. Cogitava-se da necessidade de se limitar as quantias que os candidatos poderiam receber de seus doadores, o que resultaria no fato de que teriam uma maior liberdade, não atrelando suas decisões às orientações dos financiadores de campanhas.

Um mecanismo de *accountability* era de algum modo exigido, na medida em que se pretendia regulamentar a disclosure, isto é, a efetiva transparência no sentido de que se informasse quem e o quanto doou, e para quem. Os defensores do financiamento público de campanhas insistiam que esse modelo permitiria um maior controle da relação entre o capital e o voto, substancializando e qualificando o processo democrático.

Discutia-se também a composição da agência reguladora, o FEC, em cuja legislação originária havia previsão de oito membros dirigentes, sendo que dois deles não detinham direito e prerrogativa de voto. Eram eles o secretário do Senado e o secretário da Câmara (*House of Representatives*). Os demais seis dirigentes eram apontados pelo Senado, pela Câmara e pela chefia do Executivo Federal, nos quadros da fórmula seguinte.

Senado e Câmara indicariam, cada uma das casas, dois representantes, conquanto que não fossem do mesmo partido. A rígida divisão entre democratas e republicanos permitia o arranjo. Ao chefe do Executivo Federal cabia sugerir os dois membros restantes, sem restrições de afiliação partidária. Esse modelo foi objeto de deliberação por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Buckley v. Valeo*.

Atualmente, não obstante a proliferação de muitos partidos menores, há duas agremiações principais: o Partido Republicano e o Partido Democrata. O Partido Republicano é conhecido como o *G.O.P.*, ou o *Grand Old Party*, isto é, o Velho Grande Partido. O partido foi fundado em 1854; fora formado por antiescravistas, a exemplo de Abraham Lincoln. Hoje identificado com setores

mais conservadores da sociedade⁴⁵, o Partido Republicano defende agenda restritiva da atuação estatal; prega-se Estado mínimo, bem como a diminuição de impostos⁴⁶.

Entre os mais expressivos representantes do Partido Republicano na presidência dos Estados Unidos, além de Lincoln, pode-se citar Theodore Roosevelt, Dwight David Eisenhower, Richard Nixon, Ronald Reagan e Bush, pai e filho. Nascido no sul dos Estados Unidos, e identificado com a causa antiescravista, o Partido Republicano afastou-se de seu ideário originário, representando setores mais conservadores da sociedade, especialmente na década de 1980⁴⁷.

O Partido Democrata remonta a 1792, quando então era denominado de *Democratic Republican Party*, isto é, Partido Democrata Republicano. O partido se apresenta como progressista, num contexto norte-americano, e identifica-se com minorias e sindicatos de trabalhadores. Entre seus principais expoentes à frente da presidência dos Estados Unidos, indica-se Thomas Jefferson, Woodrow Wilson, Franklyn Delano Roosevelt, Harry Truman, John Fitzgerald Kennedy, Jimmy Carter, Bill Clinton e Barack Obama⁴⁸. Esses traços, limites e distinções são centrais no contexto de compreensão das discussões políticas norte-americanas.

A decisão ateuve a constitucionalidade da doação para candidatos, comitês e partidos, como mecanismo de proteção da liberdade de expressão, ainda que essa possibilidade fosse restrita a vários limites. Afinal, está contida na prerrogativa constitucional de liberdade de expressão a liberdade de afiliação política, que se realiza também no financiamento de candidatos, comitês e partidos. Entendeu-se também que a fórmula de composição da direção do FEC não respeitava o dogma da tripartição dos poderes.

⁴⁵ Entre outros, o pensador conservador republicano norte-americano é estudado por Dean, John W., *Conservatives Whitout Conscience*, New York: Viking, 2006.

⁴⁶ Conferir, por todos, Rutland, Robert Allen, *The Republicans- From Lincoln to Bush*, Columbia: University of Missouri Press, 1998.

⁴⁷ Cf., Rutland, Robert Allen, cit.

⁴⁸ Para a história do Partido Democrata, conferir, Rutland, Robert Allen, *The Democrats, From Jefferson to Clinton*, Columbia: University of Missouri Press, 2002.

5 O CASO MACCONNELL V. FEC

No caso *McConnell v. FEC*⁴⁹ a Suprema Corte sustentou a constitucionalidade do BCRA, decidindo pela adequação da legislação de restrição ao financiamento das campanhas eleitorais, bem como para com o uso de amplos limites para o *soft money*. A ação fora proposta pelo senador Mitch McConnell, republicano, que representava o estado de Kentucky. As discussões em torno da constitucionalidade do financiamento de campanhas políticas, com foco na liberdade de expressão, parece ser mais traço que divide republicanos e democratas.

Em princípio, a defesa da possibilidade do financiamento ilimitado de candidatos, comitês e partidos parece ser recorrente na agenda do partido republicano. Nesse caso específico, havia também outros interessados, também ligados a um ideário mais conservador, a exemplo da *National Rifle Association* – NRA, entidade que defende o direito constitucional do porte de armas.

Forte na tese de que qualquer limitação ao financiamento de campanhas afrontava a liberdade de expressão, o senador Mitch McConnell era um teimoso opositor da legislação do BCRA. Inclusive, ao longo da discussão dessa lei, de autoria dos senadores John McCain e Russell Feingold (de onde também o nome McCain-Feingold Act), o senador Mitch McConnell por várias vezes utilizou a técnica do *filibuster*.

A legislação questionada extinguiu a possibilidade irrestrita do uso eleitoral do chamado *soft money*, diretamente, por parte dos partidos políticos. O BCRA também restringia a participação de sindicatos e empresas no debate eleitoral, nos sessenta dias que antecediam as eleições.

A discussão chegou à Suprema Corte norte-americana onde os argumentos foram deduzidos em plenário em 8 de setembro de 2003. No dia 10 de dezembro do mesmo ano foi anunciada a decisão, longa, na qual, por cinco

49 540 U.S. 93 (2003).

votos (Breyer⁵⁰, O'Connor, Souter, Stevens e Ginsburg) decidiu-se pela constitucionalidade da norma questionada. Entendeu-se que não havia incompatibilidade relevante entre o direito constitucional à liberdade de expressão e as restrições ao financiamento de campanhas, tal como regulamentados no BCRA.

A Suprema Corte, naquela ocasião, constatou que a legislação garantia um legítimo interesse de combate à corrupção, enfrentando-a em sua provável origem, isto é, nas relações entre doadores e candidatos, partidos e comitês beneficiados. Divergindo, o juiz Clarence Thomas, anunciava posterior posicionamento da Corte, ao qual aderiria, e que mais tarde seria vitorioso. Insistiu que era inconstitucional qualquer forma de limitação de financiamento de campanhas, e que desde a guerra civil norte-americana não se via padrão legislativo mais restritivo da liberdade de expressão.

6 O CASO CITIZENS UNITED V. FEC

No caso *Citizens United v. FEC*⁵¹ discutiu-se o financiamento da divulgação de um filme que criticava a então senadora Hillary Clinton (*Hillary: The Movie*). Em apertada decisão, cinco a quatro, decidiu-se que empresas e sindicatos poderiam financiar filmes e programas que tivessem por objetivo a defesa ou a crítica de algum candidato, partido ou comitê.

Nesse rumoroso caso esboçou-se uma doutrina de reconhecimento da personalidade jurídica de pessoas jurídicas (*doctrine of corporate personhood*), o que estende direitos de expressão às pessoas morais. O caso foi julgado em 9 de setembro de 2009. No núcleo da decisão a afirmação de que disposição do BCRA que proibia sindicatos e empresas de transmitir programas sobre eleições no período de sessenta dias antes das eleições gerais, e de trinta dias antes das eleições primárias violava a cláusula de liberdade de expressão da primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos.

⁵⁰ As linhas gerais do pensamento constitucional de Stephen Breyer estão em seu livro *Active Liberty - Interpreting our Democratic Constitution*, New York: Alfred A. Knopf, 2006.

⁵¹ 558 U.S. 310 (2009).

A ação fora proposta pela *Citizens United*, um grupo de ideologia conservadora que tinha por objetivo fazer propaganda de um filme que criticava a democrata Hillary Clinton. Ao que consta, essa associação também iria custear a transmissão do filme, pela televisão. Ainda em 2004, ao longo de campanha presidencial, a mesma *Citizens United* pretendeu obstruir a divulgação de um filme que criticava o presidente George Bush.

Tratava-se de *Fahrenheit 9/11*, dirigido por Michael Moore, um documentário que criticava a atuação do presidente Bush no desdobramento do ataque terrorista às torres gêmeas de Nova Iorque. Administrativamente, junto ao FEC, a *Citizens United* não conseguiu obstruir a propaganda e a divulgação da película. Os dirigentes da agência reguladora entenderam que não havia provas que confirmavam que empresas, sindicatos ou organizações privadas teriam financiado Michael Morre, seu filme, transmissão e propaganda.

Em 2008 foi a vez da *Citizens United* pretender divulgar um outro filme, que criticava Hillary Clinton. A matéria foi judicializada. A corte federal do Distrito de Columbia vedou a iniciativa, proibindo a divulgação do referido filme, determinando que se respeitasse os trinta dias que antecederiam as eleições primárias. A questão chegou à Suprema Corte, que ouviu os argumentos em 24 de março de 2009.

Vários rumores sobre o dissenso dos juízes da Corte, quanto a essa questão, foram veiculados pela imprensa. Ao longo das discussões aposentou-se o juiz Souter, que havia acusado que o presidente da Corte, Roberts, de tentar dirigir e influenciar na decisão, em favor dos autores. Sonia Sotomayor, de origem porto-riquenha, o substituiu⁵². Pelo FEC argumentou Elena Kagan, então advogada-geral, que mais tarde irá compor a Suprema Corte como juíza.

Em favor de *Citizens United* decidiu-se que o BCRA era inconstitucional nas disposições que limitava o direito de empresas e sindicatos de difundirem propaganda política (ainda que indireta, e por meio de filmes e programas) nos sessenta dias que antecedia as eleições gerais e nos trinta dias que

⁵² Leitura essencial para compreensão da notória trajetória de Sonia Sotomayor está em sua autobiografia, *My Beloved World*, New York: Vintage Books, 2012.

antecipavam as eleições primárias. A Corte reconheceu que empresas visam lucros, que essa pretensão é legítima, e que qualquer atuação política, em conexão com a atividade empresarial, seria possível, como liberdade de expressão, no contexto protetivo da primeira emenda à constituição norte-americana.

Empresas e sindicatos, à luz dessa importante decisão, poderiam abertamente pedir votos, bem como financiar candidatos, mantendo-se apenas os limites fixados pela legislação. O tema da extensão de direitos constitucionais às pessoas jurídicas foi retomado, reconhecendo-se às pessoas morais a titularidade de várias prerrogativas políticas, a exemplo do direito à livre expressão, nos termos da primeira emenda. O juiz Stevens não concordou com essa posição. Insistiu que pessoas jurídicas não detém esses direitos, especialmente porque não estão contempladas na cláusula de abertura do constitucionalismo norte-americano; isto é, a frase *We, the people* (*Nós, o povo*), não alcançaria as pessoas morais, justamente porque não compreendidas no conceito de *povo*.

Ainda que não se tenha permitido que empresas e sindicatos doassem direta e ilimitadamente para candidatos, comitês e partidos, julgou-se inconstitucional a limitação da fruição de direitos da primeira emenda, por parte das pessoas jurídicas. Emblematicamente, observou-se que a legislação não poderia redundar em intervenção estatal no mercado das ideias.

7 O FUNCIONAMENTO DO MODELO NORTE-AMERICANO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS

Os valores gastos nas campanhas eleitorais norte-americanas, com recursos públicos, são muito expressivos. De acordo com informações disponíveis no sítio eletrônico do FEC, gastou-se cerca de 73 milhões de dólares em 1976, quantia que variou e atingiu cerca de 240 milhões de dólares no ano de 2000. Há notícias de que alguns candidatos chegaram a receber fundos públicos que excedem a 20 milhões de dólares, a exemplo do democrata Bill Clinton e dos republicanos Ronald Reagan, George H. W. Bush, Robert Dole e Pat

Buchanan⁵³. O conjunto de recursos públicos utilizado em campanhas denomina-se de *Public Funding Program*.

Nos termos do já acima mencionado *Presidential Election Campaign Fund* recursos públicos para financiamento de campanhas são primeiramente obtidos com contribuições diretas de pessoas físicas, lançadas concomitantemente ao registro de débitos fiscais. Ao preencherem declarações de imposto de renda (*income tax returns*) contribuintes podem optar pela doação para um fundo de financiamento de campanhas eleitorais.

Trata-se do *check off dollar*, um adicional que se recolhe ao fisco norte-americano, para formação de um fundo público de campanha; hoje, o valor da doação é de três dólares. Informou-se que nos últimos cinco anos cerca de 33 milhões de contribuintes norte-americanos optaram por essas doações. Não há possibilidade de obtenção da redução da base de cálculo do imposto de renda devido, por meio de compensação do referido *check off dollar*, o que imediatamente revela que não há qualquer incentivo fiscal em favor dessa doação. Os valores compõem um fundo, que é distribuído entre candidatos e comitês partidários. Recursos que eventualmente não foram encaminhados ou utilizados pelos candidatos são mantidos pelo FEC, que os distribuirá no ciclo eleitoral subsequente⁵⁴.

Por outro lado, se recursos obtidos dessas doações de três dólares não forem suficientes para atender as despesas de campanha pagas pelo fundo, o Secretário do Tesouro poderá alocar recursos do orçamento geral com o objetivo de suprir as diferenças necessárias. Por disposição legal há prioridade para convenções partidárias para indicação de candidatos. Segundo se lê no sítio eletrônico do FEC, na hipótese de insuficiência de fundos do Tesouro para as eleições primárias, o aporte feito pelo Governo é apenas parcial⁵⁵.

Esses valores podem ser disponibilizados a candidatos indicados pelos partidos que concorrem às eleições gerais, que participam das chamadas

⁵³ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015

⁵⁴ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

⁵⁵ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

convenções primárias, bem como das convenções partidárias nas quais os candidatos são originariamente escolhidos. O objetivo que orientou a criação desses fundos decorria de movimento para diminuição da dependência dos candidatos para com doações de particulares.

No entanto, há restrições para acesso a essas importâncias. Valores desse fundo somente são distribuídos a candidatos que comprovem que recebem apoio nacional (broad national support) e que se comprometem a não usar mais do que 50 mil dólares de recursos próprios em suas campanhas. Por outro lado, os candidatos podem renunciar a utilização de recursos públicos, a partir de quando os limites acima descritos não seriam ao candidato aplicáveis⁵⁶.

No comando da lei que regula o uso de recursos públicos pelos candidatos, há previsão de que possam gastar esses recursos com propaganda, com o pessoal e viagens de campanha, vedando-se a utilização desses valores com despesas pessoais ou não relacionadas com a campanha política. Ao FEC compete monitorar e sindicat esses gastos.

Os candidatos devem devolver ao fundo os valores que não utilizaram em suas respectivas campanhas. Informações disponibilizadas pelo FEC dão conta de que desde 1976, aproximadamente 8,7 milhões de dólares foram devolvidos ao fundo. Ao FEC compete, então, administrar esse fundo público, certificando a elegibilidade dos candidatos quanto ao recebimento de valores, auditar comitês de campanha que recebem os referidos fundos, publicar informações financeiras sobre as várias campanhas, bem como investigar violações à utilização do fundo, e que podem ensejar propostas de ações de reparação⁵⁷.

Informações do FEC também explicam que os valores que compõem esse fundo não são utilizados para cobrir despesas de administração do programa. Essas despesas são atendidas com recursos orçamentários do FEC, do modo como fixados pelas leis orçamentárias. Os valores que compõem o fundo não

⁵⁶ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

⁵⁷ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

são segregados de uma conta pública geral; fazem parte do saldo do tesouro norte-americano⁵⁸.

Assim, tem-se recursos provenientes dessas doações diretas feitas com o encaminhamento de declarações de imposto de renda, bem como suplementarmente, um fundo eleitoral composto de recursos do tesouro (previstos em orçamento), alocado por ordem do Secretário do Tesouro.

Com o já mencionado objetivo de se reduzir o peso das contribuições privadas nas campanhas eleitorais norte-americanas o programa para financiamento público da disputa eleitoral também é calculado em relação a quantias individuais eventualmente recebidas pelocandidato, o que consiste em mecanismo que os norte-americanos denominam de *matching funds*.

O beneficiário de valores deve atender a algumas determinações legais, nomeadamente: demonstrar a utilização dos recursos apenas com despesas efetivas de campanha; manter e apresentar (quando solicitado) documentação comprovadora dos gastos com despesas efetivas de campanha e responsabilizar-se pelo ressarcimento de valores ao fundo nas hipóteses de utilização indevida de recursos disponibilizados. Valores recebidos de doações individuais, no início do processo de indicação de um candidato, são utilizados como referência de cálculo para valores pretendidos, no contexto do mencionado mecanismo de *matching funds*⁵⁹.

Recursos desse fundo também são destinados diretamente aos partidos. Ajustes aplicáveis aos valores distribuídos são calculados de acordo com os índices de inflação, que os norte-americanos, no caso, vinculam ao custo de vida (cost of living). Convenções para indicação definitiva de candidatos à presidência da república podem receber até 4 milhões de dólares. Candidatos apontados para eleições presidenciais pelos grandes partidos (Partido

⁵⁸ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

⁵⁹ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

Democrata e Partido Republicano) podem receber de imediato um aporte de até 20 milhões de dólares para uma determinada eleição⁶⁰.

Lê-se no sítio eletrônico dessa agência reguladora de financiamento de campanhas que no ano de 2012 esses dois partidos receberam 18,2 milhões de dólares (cada um deles) para a realização de suas respectivas convenções para indicação do candidato. Em seguida, cada um dos candidatos habilitou-se para receber 91,2 milhões de dólares de fundos públicos, para cobrir despesas de campanha⁶¹.

De acordo com as tabelas vigentes, fixadas pelo FEC, uma pessoa física pode doar, por eleição, 2.600 dólares a um determinado candidato a um comitê, bem como, anualmente, 32.400 dólares a um comitê partidário nacional, 10.000 dólares a um comitê partidário estadual, distrital ou local, bem como 5.000 dólares para qualquer outro comitê político para o qual pretenda contribuir.

Comitês partidários nacionais podem doar 5.000 dólares por candidato, a cada eleição. Podem usar ilimitadamente os recursos que possuem; de igual modo, podem financiar comitês estaduais, distritais e locais. No entanto, há limite de doação anual de 5.000 dólares para quaisquer outros comitês⁶². Para o ciclo eleitoral de 2013-2014, em linhas gerais, pode o particular doar cerca de 123 mil dólares, com um limite de 48.600 dólares para os candidatos que pretenda apoiar, respeitados os limites acima indicados.

A legislação norte-americana é muito rigorosa para com contribuições de cidadãos que não sejam norte-americanos. Aos estrangeiros é vedado contribuir financeiramente para candidatos e partidos políticos nas eleições norte-americanas. Para esse efeito, enfatiza-se no conjunto de informações do sítio eletrônico do FEC, não se proíbe contribuições de estrangeiros autorizados a viver e trabalhar nos Estados Unidos, detentores do chamado *green-card*⁶³.

⁶⁰ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

⁶¹ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

⁶² Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

⁶³ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

Além de contribuições financeiras diretas os cidadãos norte-americanos também podem contribuir com candidaturas prestando serviços voluntários a candidatos e partidos, pagando indiretamente o custo de propagandas de apoio ou de ataque a candidatos e partidos⁶⁴.

No modelo de financiamento de campanhas eleitorais norte-americano há ainda o *Political Action Committee* – PAC. Trata-se de comitê de campanha e que pode ser organizado com dois tipos de formulação. Há um padrão no qual se recolhe contribuições de pessoas jurídicas, sindicatos e associações comerciais, e que constitui fundo financeiro a ser utilizado em campanhas; são os denominados *Separate Segregated Funds* – SSF. O segundo modelo é denominado de *Nonconnected Committees*, no qual não há restrições para que se busque fundos financeiros junto ao público em geral⁶⁵.

O PAC permite contribuições financeiras por parte de empresas, sindicatos e fornecedores (inclusive do Governo). Não há, assim, contribuição direta por parte das pessoas jurídicas. É por intermédio dos PACs que essas pessoas atuam nos regimes norte-americanos de financiamento de campanhas. A generalização do uso desse modelo resultou na criação dos *SUPERPACs*, financiados por grupos que se definem como independentes, o que permite a constante migração na escolha e apoio a vários candidatos.

Bem entendido, os *SUPERPACs* não podem doar diretamente a candidatos e partidos. Atuam intensamente no patrocínio desses, de modo indireto, financiando propagandas, filmes, programas de televisão. Aparentemente, defendem causas, e não candidatos ou partidos. Lançam dúvidas e suspeitas sobre os *SUPERPACs* a inegável ligação com lobistas (ainda que essa atividade seja legalizada nos Estados Unidos) e a exploração de meios indiretos de propaganda. É visível o potencial de corrupção que esse modelo possibilita.

Desde 2010 permite-se que os *SUPERPACs* recebam contribuições ilimitadamente, o que na prática flexibiliza as regras gerais de limitação, do

⁶⁴ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

⁶⁵ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

modo como monitorado pela agência reguladora. E também do ponto de vista mais prático, ainda que se possibilite a utilização de recursos e fundos públicos, como acima explicitado, tem-se uma maior utilização de recursos privados, por conta do menor número de restrições. E também do ponto de vista empírico, tem-se que o candidato que se socorre de recursos públicos está submetido a várias limitações e constrangimentos, situação que não se verifica quando o candidato opta pelo uso exclusivo de recursos privados.

Em linhas gerais, comitês eleitorais devem ser registrados junto ao FEC quando disponibilizem contribuições para campanhas presidenciais que ultrapassem o valor de 1.000 dólares em um determinado ano calendário. O funcionamento de um comitê eleitoral é escrutinado pelo FEC. A essa agência compete decidir se um comitê detém natureza nacional ou local⁶⁶.

Comitês nacionais são reconhecidos quando indicam candidatos para a campanha presidencial ou para o Congresso. Devem funcionar em vários estados. Devem comprovar que participam de algumas atividades, a exemplo de campanha para alistamento eleitoral. O FEC ainda exige que o comitê realize convenção nacional, que mantenha um escritório também nacional e tenha afiliados em vários estados⁶⁷.

Essas entidades que participam do processo eleitoral mediante doações são conhecidas como 527 Organizations. O nome se deve ao art. 527 do Regulamento de Imposto de Renda dos Estados Unidos, o qual considera como organizações políticas os partidos, comitês e associações que funcionam com o propósito de influenciar na seleção, indicação e apoio a indivíduos que concorram a cargos públicos eletivos⁶⁸.

8 O CASO MCCUTCHEON V. FEC

O limite de doações por particulares para partidos e candidatos foi nos Estados Unidos flexibilizado por conta de decisão de Suprema Corte no caso

⁶⁶ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

⁶⁷ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

⁶⁸ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

McCutcheon v. FEC, julgado em 2014. O autor da ação, Shaun McCutcheon, é um comerciante e engenheiro elétrico do estado do Alabama, ligado ao partido republicano. Dirigente da Coalmount Electrical Development Corporation, McCutcheon fora estimulado para judicializar a questão dos limites às doações por Dan Backer, advogado ligado ao partido republicano.

A Suprema Corte julgou o caso, opinando em favor de McCutcheon, com fundamento na primeira emenda à constituição norte-americana, que dispõe sobre a liberdade de expressão. Como se verá, a limitação e o controle excessivo de doações financeiras para partidos e candidatos seriam medidas de cerceamento da liberdade de expressão, que a Suprema Corte historicamente entende como muito ampla.

O vínculo da proteção do direito de abonar candidatos, comitês e partidos decorre de uma compreensão alargada do conteúdo da primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos. Trata-se de excerto da declaração de direitos dos Estados Unidos da América, documento ratificado em 15 de dezembro de 1791, composto por dez emendas ao texto constitucional original. Radica em concepções federalistas e fora originalmente concebido como instrumento de proteção do indivíduo em face do poder central, de modo que “[...] as primeiras oito emendas da declaração dos direitos resultam da intenção do primeiro Congresso e dos estados para que fossem aprovadas medidas para proteção de direitos específicos contra invasão do governo federal⁶⁹”.

Governos estaduais não estavam inicialmente vinculados a declaração dos direitos. Na proteção da pessoa contra esses governos estaduais recorria-se às respectivas constituições locais. Somente após a ratificação da Emenda 14, em 1868, é que se construiu entendimento de que a declaração de direitos também se aplicaria aos estados; em 1965 a Suprema Corte julgou inconstitucional lei de Connecticut que proibia uso de anticoncepcionais, com base na declaração de direitos de 1791. Trata-se da *doutrina da incorporação*.

⁶⁹ Rice, Charles, *The Bill of Rights and the Doctrine of Incorporation*, in Eugene W. Hickok, Jr., (ed.), *The Bill of Rights – Original Meaning and Current Understanding*, p. 12.

Esse documento original é sintetizado em dez emendas, que codificam várias ideias, cuja aplicação indubitavelmente suscita a necessidade de se enfrentar vários custos⁷⁰. Abre-se a declaração dos direitos com a proteção da liberdade de crença, amplia-se para a liberdade de se comunicar o que se acredita e o que se pensa e termina-se com ações coletivas para a consubstanciação dessas crenças em lei.

A adição da declaração de direitos no texto constitucional decorreu da proposta de delegados como George Mason e Elbridge Gerry, que haviam se recusado a assinar a Constituição, invocando inexistência de cláusula protetora de direitos individuais. A ideia radicava nos *artigos federalistas* e decorria de desdobramento da declaração de independência e do texto original da constituição. A declaração combatia o mal-estar que a constituição causava ao não identificar especificamente proteção para direitos individuais.

A primeira emenda garante *liberdade de expressão*, é disposição também encontrada nas constituições estaduais. “*Expressão*” é palavra tomada em sentido amplo, lato, projetada em vários campos da atividade humana, modelada no pensamento da classe dominante no novo país, encharcada no ideário iluminista, projeto que oxigenou a luta dos chamados pais da pátria, os *founding fathers*.

Amparava-se liberdade de religião, tema afeto à época e as condições que marcaram a formação do país, no qual não havia uniformidade nas relações entre Igreja e poder secular, a par também de relações interestaduais. É

⁷⁰ Nomeadamente: proibição de religião oficial, livre exercício de religião, liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, direito de petição, de usar armas, de não ser obrigado a alojar tropas, de não se ver importunado por investigações absurdas, necessidade de ordem judicial para buscas em domicílio, especificação da busca na ordem judicial, direito ao júri, de não ser processado mais de uma vez pelo mesmo crime, de não se auto incriminar, devido processo legal, direito de não se ter propriedade confiscada para uso privado, justa compensação em caso de desapropriação para uso público de propriedade privada, julgamento criminal por júri imparcial, julgamento rápido e público, julgamento no distrito da culpa, regular intimação de acusação penal, direito de contradita, procedimento compulsório para réus em ações penais, direito de consulta e acompanhamento de advogado em casos penais, júri em causas cíveis, razoável estipulação de fiança e multas, proibição de penas cruéis, declaração de que direitos concedidos não excluem outros direitos e de que poderes não expressamente delegados ao governo central pertencem aos estados e seus habitantes. Todos esses direitos, na medida em que substancialmente exercidos, exigem ativa participação do Estado.

justamente essa compreensão alargada da palavra “expressão” que irá justificar que se julgue financiamentos de campanhas a partir do exercício da referida liberdade.

Quanto ao direito de voto, por exemplo, que é indicativo de participação política de modo mais expressivo, Stephen Holmes e Cass Sunstein sustentam que a prerrogativa de nada vale se não se tem um sistema eleitoral, eficiente, custeado pelo Estado⁷¹. O direito de voto custa ao Erário e, conseqüentemente, ao contribuinte.

No caso *McCutcheon*, o autor venceu apertado, por cinco votos a quatro. Em favor do fim das restrições votaram o presidente da Corte, John G. Roberts, e os juízes Antonin Scalia⁷², Anthony Kennedy, Samuel Alito e Clarence Thomas. Os argumentos foram deduzidos em seção de 8 de outubro de 2013. A decisão é de 2 de abril de 2014.

O voto de Thomas foi ainda mais contundente, no sentido de que opinou pela total extinção das limitações ao direito de contribuir com candidatos e partidos, forte no argumento da liberdade de expressão. Para Clarence Thomas, o direito de expressão de opinião política (que se dá também pela contribuição em favor de candidato e partido) seria o núcleo e o objeto de proteção contido na primeira emenda.

Metaforicamente, Thomas identificou esse direito como o sangue vital de um povo, que recebe ampla proteção da primeira emenda. Firme em suas posições convergentes com as ideias do partido republicano, Clarence Thomas entendeu pelo absoluto direito de se fazer doações para candidatos e partidos

⁷¹ Os Custos dos Direitos – Por que a liberdade depende dos tributos (*The Cost of Rights- Why liberty depend on Taxes*), de Stephen Holmes e Cass Sunstein é provavelmente um dos mais importantes livros de direito e políticas públicas publicado nos Estados Unidos no fim do século passado. Stephen Holmes leciona em Nova Iorque (New York University Law School) e Cass Sunstein é professor em Chicago (University of Chicago). Ainda que seus autores tenham derivado e avançado para outros campos temáticos, persiste, como livro de referência, esse interessantíssimo texto. Holmes e Sunstein influenciaram vários pesquisadores brasileiros, a exemplo de Cristiano Carvalho, Paulo Caliendo, Flávio Galdino e Gustavo Amaral.

⁷² Os contornos ideológicos da ação interpretativa do juiz Antonin Scalia podem ser conferidos em ensaio de sua autoria, *A Matter of Interpretation – Federal Courts and the Law*, New Jersey: Princeton University Press, 1997. Entre outros, Amy Gutmann, Laurence H. Tribe e Ronald Dworkin comentaram o texto de Scalia.

políticos. Votaram contra McCutcheon os juízes Stephen Breyer, Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor e Elena Kagan.

No entender da Suprema Corte, a primeira emenda protegeria a participação do cidadão no processo democrático, também por intermédio de contribuições financeiras em favor de candidatos e de políticos, ainda que tenha se reconhecido que esse direito não seja absoluto. Entendeu-se que ao Congresso é permitido regular contribuições para campanhas como um meio de combate à corrupção. Não se poderia, entretanto, restringir as contribuições, com a redução da quantidade de recursos que possam ser doados, o que redundaria na própria restrição de participação política.

McCutcheon questionou os *aggregate limits*, tal como fixados pelo BCRA. Desafiou comando legislativo que limitava o número de candidatos com os quais um doador poderia contribuir. No ciclo eleitoral de 2011-2012 McCutcheon contribuiu financeiramente com dezesseis candidatos que disputaram eleições federais. Sustentou que os *aggregate limits* limitavam e obstruíram substancialmente seu direito potestativo de expressar opinião política. Circunstancialmente, argumentou os *aggregate limits* não permitiram que contribuísse com outros doze candidatos, com cujas ideias e programas se identificava. Pretendia continuar contribuindo, e queria fazê-lo, tão somente, com os referenciais dos *base limits* e não dos *aggregate limits*, cuja constitucionalidade impugnava.

Seu questionamento judicial se deu com o apoio do Comitê Nacional Republicano, que também é parte na ação originária. O objetivo do Comitê Nacional Republicano consistia em obter autorização judicial para receber doações que McCutcheon queria fazer. A ação foi ajuizada em corte distrital, com o caso direcionado para três juízes. O argumento central sustentava-se na premissa de que os *aggregate limits* não passam pelo teste da constitucionalidade, cotejados com as disposições da primeira emenda à constituição norte-americana.

No caso concreto, McCutcheon havia doado cerca de 33 mil dólares para dezesseis candidatos a cargos eletivos federais, calculando individualmente os valores de acordo com o sistema dos *base limits*. Alegou que queria distribuir mais 1.776 dólares para mais doze candidatos, e que não poderia fazê-lo por causa dos *aggregate limits*. Havia doado também cerca de 27 mil dólares para comitês políticos. Afirmou que pretendia doar mais 25 mil dólares para esses comitês, mas que havia a restrição legal imposta pelo sistema dos *aggregate limits*.

McCutcheon perdeu em primeira instância. Os juízes da corte distrital entenderam que os *aggregate limits* e a regra questionada seriam mecanismos importantes para o combate à corrupção, fulminando suas raízes nas relações espúrias entre doadores e políticos. A fórmula contestada passaria pelo teste da primeira emenda porque seria apenas um mecanismo de prevenção contra a extrapolação de limites razoáveis de contribuição financeira. Submetida à Suprema Corte, essa decisão foi revista.

Fez-se referência ao precedente fixado na decisão proferida no caso *Buckley v. Valeo*, na qual havia apenas um parágrafo que tratava dos *aggregate limits*. Segundo o juiz Roberts, nesse parágrafo encontram-se apenas três frases que objetivamente enfrentavam o assunto. Entendeu-se no caso *Buckley* que os *aggregate limits* seriam apenas um corolário dos *base limits*.

Segundo o voto do juiz Roberts, no caso *McCutcheon* emergiam vários interesses, todos na esfera conceitual da primeira emenda. Assim, questionava-se se contribuição financeira para um determinado candidato seria (ou não) o exercício de um direito individual de participação no processo eleitoral e, conseqüentemente, de expressão e de associação políticas. Entendeu-se que a restrição quanto ao número de candidatos e de comitês com os quais se poderia contribuir não seria uma medida moderada, o que refletia no pleno exercício do direito de participação, de expressão e de participação políticas.

Para o juiz Roberts (seguido por mais quatro magistrados) não se poderia restringir o número de candidatos que um doador poderia apoiar.

Invocou-se que essa medida restritiva seria equivalente à limitação do número de candidatos que um determinado órgão de imprensa estaria autorizado a apoiar. De tal modo, assentou-se que exigência legal para que doadores contribuam com valores menores porque pretende apoiar um maior número de candidatos seria uma forma indevida de se penalizar e limitar o exercício dos direitos previstos na primeira emenda à constituição norte-americana.

A discussão nos indica que dois valores estavam em jogo. De um lado, a favor de McCutcheon, o direito constitucional de se engajar politicamente. De outro lado, em favor da legislação contestada, uma concepção coletiva de bem comum, no sentido de que o combate à corrupção exige arranjos institucionais firmes de controle.

O juiz Roberts considerou que o ponto mais importante da primeira emenda é a proteção da fala individual. Essa também se materializa com opções de escolha política, que se revelam pelo direito de voto e pelo direito de contribuir com candidatos e partidos. Nesse sentido, havia restrições a esse direito, por parte da legislação contestada. Os *aggregate limits* não instrumentalizariam adequadamente um interesse coletivo de contar com mecanismo eficiente de combate à corrupção decorrente do vínculo entre financiador de campanha e financiado candidato, nada obstante a não menos reconhecida legitimidade do combate a esse vínculo pernicioso.

A maioria da Corre então entendeu que o gasto de expressivos valores monetários em conexão com as eleições não redundaria – necessariamente – no controle, por parte do financiador, nos atos de agente público eleito. Não haveria a necessária comprovação de que o financiador exerceria uma influência direta e inquestionável em relação ao financiado. A decisão fiou-se na premissa de que não há um modo seguro de se avaliar a subjetividade de um doador.

Tratou-se, então, do tema da corrupção *quid pro quo*. Esta deveria ser abordada a partir também de um interesse geral de se preservarem os direitos da primeira emenda, o que exigiria premissa que discutisse a corrupção *quid*

pro quo como exceção a ser combatida, e não como regra a ser incontestavelmente admitida.

Na defesa dos *aggregate limits* o advogado-geral que atuou no caso – Donald Vernilli Jr – insistiu que esse modelo é construção legislativa eficiente e necessária no combate à corrupção. Argumentou também que a oportunidade para a corrupção existe na medida em que se permite que o doador financie ilimitadamente um candidato, ainda que esses recursos sejam pulverizados com comitês e com demais candidatos.

O advogado-geral argumentou que fórmulas de limitação são preventivas, e que a mera solicitação de contribuições generosas, por parte de um candidato, seria um indicativo de iminente perigo de corrupção. Assim, para o defensor do FEC, a mera solicitação de contribuição para a campanha, por parte de candidato ou partido, seria indício de corrupção.

A publicidade (*disclosure*) que deve ser dada às doações feitas a candidatos e partidos igualmente seria mecanismo para redução do potencial descomedimento no financiamento de campanhas. Para a Corte, a tecnologia moderna fortalece o uso de mecanismos de publicidade de doações, o que também qualifica fórmula eficiente para combate à corrupção. Além do que, prosseguiu o juiz Roberts, a simples e imediata vinculação entre doação de campanha e corrupção decorrente seria uma expansão de algum modo dramática do poder governamental de regular o processo político.

Para o juiz Roberts não há no direito constitucional norte-americano um direito básico de feição democrática maior do que a possibilidade de participação no processo eleitoral. Essa se dá pela liberdade de pedir votos, pelo direito de concorrer, pelo próprio e fundamental direito de voto, pela faculdade de trabalhar voluntariamente em favor de candidatos e partidos e, especialmente, pelo direito de contribuir financeiramente com a campanha de um ou de vários candidatos.

Esses direitos são protegidos pela primeira emenda, ainda que de modo não absoluto, facultando-se ao Congresso fixar limites e referências. No entanto,

seguiu o juiz Roberts, não poderia o Congresso intervir negativamente, restringindo a quantidade de dinheiro que poderia ser transferida por particulares, em favor de candidatos e partidos.

Retoma-se dogma central hoje dominante em setores do direito constitucional norte-americano, no sentido de que contribuições financeiras sejam instrumentos de expressão geral de apoio a candidatos, partidos, ideias e programas políticos. As contribuições de campanha vinculam os doadores aos candidatos. Deve-se traçar a exata linha de limite entre a corrupção *quid pro quo* e a influência geral do doador em relação ao político eleito, exercício que é vago e extremamente difícil. Assim, entendeu-se que restrições normativas à liberdade de manifestação política (por intermédio de limitação a doações) tem como contrapartida o ônus da prova da constitucionalidade da barreira.

O juiz Roberts argumentou que o dinheiro na política possa parecer repugnante para alguns, ainda que o direito a essa constatação também seja garantido pela correta interpretação da primeira emenda. Observando que a primeira emenda protege que se queime a bandeira norte-americana, que se faça protestos em funerais, bem como que se façam paradas neonazistas, não obstante as ofensas graves que esses espetáculos causam, há também que se reconhecer o direito de se exercer a liberdade de expressão nas campanhas políticas, a despeito de ampla oposição popular⁷³.

Para o juiz Roberts, em vários casos nos últimos quarenta anos, vem a Corte fixando uma linha de interpretação que transita da possibilidade e da necessidade de se combater a corrupção no processo político, à pretensão de se limitar e restringir a faculdade constitucional de exercício da chamada fala política. Uma característica central da democracia (como vivida nos Estados Unidos) seria a possibilidade de se apoiar candidatos e partidos, com os quais o cidadão partilha crenças e interesses.

⁷³ Ainda que não expressamente referido pelo juiz Roberts, a questão nos remete também à relação entre opinião pública e atuação judicial assunto tratado em Zagrebelsky, Gustavo, *A crucificação e a democracia*, São Paulo: Saraiva, 2011. Tradução de Monica de Sanctis Viana. Apresentação de Inocêncio Mártires Coelho.

O cidadão teria legitimidade para esperar que o candidato eleito atenda às suas expectativas. Essa perspectiva nos oferece uma antropologia positiva da relação entre doador e candidato. Não leva em consideração aspectos empíricos que efetivamente matizam acordos entre o financiador de campanha e o financiado beneficiário.

O problema está no efetivo combate à chamada corrupção *quid pro quo*. Nessa maliciosa forma de troca de favores tem-se a ação de um político comprada pelo dinheiro do doador interessado. É o que os norte-americanos denominam de troca de dólares por favores políticos (*dollars for political favors*).

No caso McCutcheon o juiz Roberts concluiu que os *aggregate limits* restringem injustificadamente o direito do cidadão exercer os direitos da primeira emenda à constituição norte-americana. Contrariou-se a decisão do caso Buckley, na qual a Corte havia declarado a constitucionalidade de leis que impõem limites à quantia total que uma pessoa pode contribuir com candidatos, partidos e comitês, tomados em conjunto. A decisão de McCutcheon permite que se tenha uma brecha para que se contribua individualmente de modo ilimitado com candidato, partido ou comitê.

A Suprema Corte norte-americana definiu que não é constitucional a legislação que limite o direito do cidadão fazer doações a tantos quantos candidatos queira apoiar. Derrubou-se o constrangimento do *aggregate limits*, que efetivamente funcionava como a justificativa para o cerceamento de patrocínios ilimitados.

Na prática, desconsiderou-se o limite até a decisão vigente, para o qual um doador não poderia dispor mais de um total de 48.600 dólares para os candidatos que apoiasse. O limite de contribuição partidária era de 74.600 dólares, o que indicava um limite total de 123 mil dólares por doador. A decisão proferida em McCutcheon derrubou esse limite total. Persistem, no entanto, os limites individuais. Por isso, não há liberdade para doação ilimitada para um

determinado candidato, comitê ou partido, porquanto persiste o regime do *base limit*.

Nesse sentido, com base nessa decisão, e para o ciclo eleitoral vigente, mantem-se um limite de doação de 2.600 dólares por candidato, por eleição, o que significa um total de 5.200 dólares contando-se as eleições primárias e as eleições finais, de acordo com o calendário eleitoral norte-americano. Partidos nacionais podem receber até 32.400 dólares de um determinado doador.

Percebe-se no voto vencido (subscrito por quatro juízes) que há perigo que se decidam os pleitos eleitorais sem que se leve em conta o mérito do candidato ou o efetivo desejo do eleitor. O traço definidor da opção política vitoriosa passa a ser a orientação do financiador das campanhas. O fim dos limites para doação, que o sistema do aggregate possibilitava, permite que alguns candidatos possam receber quantias que irão desequilibrar o certame eleitoral.

A decisão tomada, de acordo com o argumentado no voto vencido, não levou em conta que havia uma proporção entre o resultado pretendido (combate à corrupção *quid pro quo*) e o meio escolhido (fixação de limites para doação para candidatos, partidos e comitês).

Aqueles que contribuírem mais significativamente certamente exercerão uma influência maior em relação aos candidatos que apoiam. Antes da decisão proferida no caso *McCutcheon* havia um limite de apoio para dezoito candidatos em uma eleição federal; esse número pode exceder a cinquenta candidatos, aplicando-se a decisão da Suprema Corte aqui estudada. Pode ter-se como consequência também um significativo aumento do poder e da influência de comitês que levantam fundos para as campanhas, a exemplo do *Obama Victory Fund*, que operou nas últimas eleições presidenciais norte-americanas⁷⁴.

⁷⁴ Nesse sentido, artigo de Sean Sullivan, Everything you need to know about *McCutcheon v. FEC*, The Washington Post, 2 de abril de 2014.

A decisão proferida em McCutcheon permite o funcionamento dos *fund raising committees*⁷⁵, isto é, a coleta de doações feitas a vários candidatos, que será em seguida drenado para um único candidato. Cria-se a figura de um guarda-chuva, que reúne grandes valores originariamente distribuídos a vários candidatos, pulverizando-os em um número menor de candidaturas. Pode-se ter a prática da circumvention, ensejadora de possíveis fraudes, por meio das quais limites máximos de doação seriam desrespeitados.

9 CONCLUSÕES

A expressiva extensão do capital no processo eleitoral norte-americano indica desigualdade de oportunidades no jogo político. A ascendência dos financiadores de campanha sobre candidatos, comitês e partidos sugere que interesses econômicos influenciam na fixação de valores, rotinas e procedimentos da política, ainda que essa constatação não revele novidade nos debates que se desdobram nas ciências sociais⁷⁶.

Por outro lado, deve-se levar em conta também a legitimidade de todos os grupos de interesse, o que não exclui do processo político a manifestação da vontade das chamadas pessoas morais. Ainda que o processo eleitoral seja contaminado por imódica orientação plutocrática, essa não pode ser descartada sem uma reflexão mais alongada, porquanto a negativa dessa possibilidade de influência suscitaria uma contraproducente desconsideração de um dado real. Nesse campo incide o conceito de poliarquia, proposto por Robert A. Dahl, como variante empírica de arranjos institucionais democráticos. Multiplicam-se fontes e blocos de poder, que também refletem as várias instâncias e influências da ordem econômica.

⁷⁵ Esses comitês foram muito importantes nas eleições presidenciais de 2012. Barack Obama e Mitt Romney articularam esses comitês e receberam doações individuais de 75.800 dólares.

⁷⁶ É o que se colhe, essencialmente, em Mill, John Stuart, *The Basic Writings of John Stuart Mill*, London: Random House, 2002, pp. 238 e ss. Engels, Frederick e Marx, Karl, *The German Ideology*, London: Lawrence & Wishart, 1982, pp. 68 e ss. Tradução do alemão para o inglês de C. J. Arthur. Weber, Max, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, London and New York: Routledge, 1997. Tradução do alemão para o inglês de Talcott Parsons.

A discussão do financiamento de campanhas deve também focar a influência da imprensa. Os grandes órgãos são integrantes de grandes conglomerados econômicos em relação aos quais, nesse pormenor, o modelo norte-americano de controle não consegue regular, restringir ou monitorar.

Nos Estados Unidos o financiamento de campanhas é ordinariamente regulado por uma agência federal. A legislação de regência data de 1972, com emendas em 1974 e com expressiva alteração em 2002. Os textos normativos produzidos pelo Congresso (FECA e BCRA) vedam contribuições diretas por pessoas jurídicas e limitam as contribuições, diretas e indiretas, por parte das pessoas físicas. Exclui-se, sempre, a possibilidade de doação e financiamento, por parte de pessoas estrangeiras, ressalvado, no caso das pessoas físicas, os portadores de autorização de residência (*green-card*).

Nos Estados Unidos da América há também o financiamento público de campanhas. Origina-se de contribuições diretas de pessoas físicas, na ordem de três dólares, autorizada quando de preenchimento de opção na declaração de imposto de renda. Na insuficiência eventual desses recursos, por conta de excesso de demanda, pode o Secretário do Tesouro autorizar parcial suprimento, mediante uso de recursos orçamentários.

Em sua formulação normativa de 2002, a possibilidade de doação e financiamento por particulares é calculada com base em duas ordens. Em valores atuais, há limitações para doação direta (2.600 dólares por candidato para cada uma das fases eleitorais, o que leva o total para 5.200 dólares, contada a segunda etapa). Essa é a ordem do base limit. A legislação também limitou o número de candidatos que se poderia financiar, ao estabelecer um limite total de contribuições; trata-se do *aggregate limit*. Esse último foi derrubado pela Suprema Corte, em decisão de 2014.

Com o fim do *aggregate limit* teme-se que o doador possa multiplicar o número de beneficiários, os quais poderiam drenar os recursos para um menor número de candidatos, explorando-se a brecha (loop-hole) que a decisão da Suprema Corte permite que seja explorada, realizando a técnica da

circumvention, ensejadora de fraudes. Pessoas jurídicas financiam candidatos, comitês e partidos de modo indireto, valendo-se de comitês, que recebem e administram os valores doados.

A legislação norte-americana de regulação de financiamento de campanhas tem por objetivo primário combater a chamada corrupção *quid pro quo*, isto é, dólares encaminhados a partidos, comitês e candidatos que serão posteriormente cobrados em forma de demandas. De fato, é ingênua a admissão de que doadores e candidatos não se vinculam. Por outro lado, é também essência da democracia essa conexão, que não deixa de ser, na ótica do doador, uma fórmula de participação indireta no processo eleitoral.

Nos Estados Unidos uma tese defensora do ilimitado direito de engajamento político por intermédio do financiamento de campanhas colide com uma concepção coletiva de bem comum, para a qual a corrupção *quid pro quo* deve ser combatida, mesmo com sacrifício de direitos sufragados pela primeira emenda.

Assim, pode-se presumir que o modelo de financiamento de campanhas nos Estados Unidos tem alterado uma concepção política original de que a cada homem cabia um voto (*one man, one vote*), em favor de uma nova concepção, plutocrática, para a qual a cada dólar é que corresponde um voto (*one dollar, one vote*). Consta-se de algum modo a preocupação de Roberto Mangabeira Unger, para quem programas revolucionários forjados em sonhos utópicos encerram-se no despotismo e na desilusão.

REFERÊNCIAS

Beard, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York: Free Press, 1986.

Benewick, Robert e Green, Philip, *The Routledge of Twentieth-Century Political Thinkers*, London and New York: Routledge, 1998.

Boorstin, Daniel J., *The Americans: the Democratic Experience*, New York: Vintage Books, 1974. Breyer, Stephen, *Active Liberty- Interpreting our Democratic Constitution*, New York: Alfred A. Knopf, 2006.

Cooper, Jr., John Milton, Woodrow Wilson- a Biography, New York: Vintage Books, 2009.

Currie, David P., The Constitution of the United States- a Primer for the People, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1997.

Dahl, Robert A., How Democratic is the American Constitution? New Haven and London: Yale University Press, 2003.

Dahl, Robert, Democracy and its Critics, New Haven and London: Yale University Press, 1989. Dershowitz, Alan M., Supreme Injustice- How the High Court Hijacked Election 2000, New York: Oxford University Press, 2000.

Donaldson, Gary A., The Modern America- the Nation from 1945 to the present, Lanham: Rowman & Littlefield, 2012.

Duberman, Martin, Howard Zinn- a life on the left, New York and London: The New Press, 2012.

Engels, Frederick e Marx, Karl, The German Ideology, London: Lawrence & Wishart, 1982. Tradução do alemão para o inglês de C. J. Arthur.

Fehrenbacher, Don E., Slavery, Law and Politics, New York: Oxford University Press, 1981.

Foner, Eric, Give me Liberty- an American History, New York and London: W. W. Norton & Company, 2014.

Graubard, Stephen, The Presidents- The Transformation of American Presidency from Theodore Roosevelt to George W. Bush, New York: Penguin Books, 2005.

Hansford, Thomas G. e Spriggs II, James F., The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court,

Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.

Heinemann, Robert A., Political Science- an Introduction, New York: The McGraw-Hill Companies, Inc., 1996.

Horwitz, Morton J., The Transformation of American Law- 1870-1960, New York and Oxford: Oxford University Press, 1992.

Johnson, Paul, A History of American People, New York: Harper Perennial, 1997.

Kalman, Laura, Fortas, Abe, a Biography, New Haven and London: Yale University Press, 1990. Kissinger, Henry, Years of Upheaval, New York: Simon and Schuster, 2011.

Kramer, Larry D., The People Themselves- Popular Constitutionalism and Judicial Review, New York: Oxford University Press, 2004.

Kuklick, Bruce, A History of Philosophy in America (1720-2000), Oxford: Clarendon Press, 2001. Lijphart, Arend, Patterns of Democracy- Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries, New Haven and London: Yale University Press, 1999.

Manin, Bernard, The Principles of Representative Government, New York: Cambridge University Press, 1997.

Menand, Louis, The Metaphysical Club, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. Mill, John Stuart, The Basic Writings of John Stuart Mill, London: Random House, 2002. Mills, C. Wright, The Power Elite, New York: Oxford University Press, 2000.

Moore, Kathryn, The American President- from George Washington to Barack Obama, New York: Fall River Press,

Moraes, Fernando, Chatô, o Rei do Brasil, São Paulo: Companhia das Letras, 1994. Morris, Edmund, Theodore Rex, New York: Random House, 2002.

Murphy, John P., Pragmatism- from Peirce to Davidson, Boulder: Westview Press, 1990.

Richard, Carl J., The Founders and the Classics – Greece, Rome and the American Enlightenment,

Cambridge and London: Harvard University Press, 1996.

Rorty, Richard, Consequences of Pragmatism, Minneapolis: University of Minneapolis Press, 2003. Scalia, Antonyn, A Matter of Interpretation- Federal Courts and the Law, New Jersey: Princeton University Press, 1997.

Schlesinger, Jr., Arthur M., Journals-1952-2000, New York: Penguin Books, 2007.

Shapiro, Ian, The State of Democracy Theory, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2003. Sodr e, Nelson Werneck Sodr e, Hist ria da Imprensa no Brasil, Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

Sotomayor, Sonia , My Beloved World, New York: Vintage Books, 2012. Tilly, Charles, Democracy, New York: Cambridge University Press, 2007.

Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press, 1999.

Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights- Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press, 2008

Urbinati, Nadia, *Representative Democracy, Principles & Genealogy*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2006.

Weber, Max, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, London and New York: Routledge, 1997. Tradução do alemão para o inglês de Talcott Parsons.

Williams, Juan, *Thurgood Marshall- American Revolutionary*, New York: Three River Press, 1998. Wilson, Woodrow, *Congressional Government*, Mineola: Dover Publications, 2006.

Zagrebelsky, Gustavo, *A crucificação e a democracia*, São Paulo: Saraiva, 2011. Tradução de Monica de Sanctis Viana.

Zinn, Howard, *A People's History of the United States- 1492-present*, New York: Harper, 1995.

REFORMA POLÍTICA NO BRASIL: OS CONSENSOS POSSÍVEIS E O CAMINHO DO MEIO

Luís Roberto Barroso¹

1 INTRODUÇÃO

Há pouco menos de 10 anos, em 2006, eu escrevi e publiquei um texto com uma proposta de reforma política para o Brasil. Reuni um grupo de jovens estudiosos, e realizamos uma extensa pesquisa acerca da experiência brasileira e dos diferentes modelos de sistema político existentes no mundo. Com base nesses elementos, apresentei um conjunto de ideias e de sugestões concretas que me pareciam positivas para o Brasil. Ninguém me encomendou ou me pediu o trabalho. Por isso mesmo, ele não servia a qualquer objetivo que não fosse o de pensar o melhor modelo para o país. Eu devo dizer, como um fato da vida e sem qualquer presunção, que outros textos acadêmicos que escrevi, sobretudo nesses tempos de *internet*, motivaram debates relevantes, com apoios e divergências. Pois neste caso, não foi o que aconteceu. Embora eu tenha tido a preocupação de enviar *separatas* a todos os atores relevantes, na academia e no Legislativo, o retorno foi zero. Indiferença total. Àquela altura da vida, eu já havia feito anos de análise freudiana, de modo que superei, sem grande abalo, o absoluto desinteresse pelo meu trabalho. Mas a verdade, é que não era nada pessoal. Diversas outras propostas tiveram o mesmo destino. A despeito do consenso de que o Brasil precisa de uma urgente reforma política, o fato é que há muito pouco debate substantivo sobre o tema.

Naturalmente, desde que me tornei Ministro do Supremo Tribunal Federal, eu já não participo mais desse debate público. Porém, os pontos de

¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

vista que exponho aqui são essencialmente os mesmos sobre os quais já escrevi amplamente, na qualidade de professor de direito constitucional. Ademais, este é um evento estritamente acadêmico, e ainda por cima fora do Brasil. De modo que tenho muito prazer e muita honra de compartilhar algumas ideias e reflexões com todos.

2 O SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO E SEUS PROBLEMAS

2.1 O sistema de governo

O sistema de governo adotado no Brasil tem o formato hiper-presidencialista da tradição latino-americana. Na minha proposta, referida na Introdução a este texto, eu defendia a atenuação desse modelo, pela implantação do *semipresidencialismo*, como praticado na França e em Portugal. Nesse novo arranjo, o presidente continuaria a ser eleito por voto direto e conservaria uma série de poderes políticos importantes, embora limitados, incluindo: a indicação do Primeiro-Ministro, que dependeria de aprovação do Legislativo; a indicação de ministros dos tribunais superiores, dos comandantes das Forças Armadas e dos embaixadores; a condução das relações diplomáticas; a iniciativa de projetos de leis, em meio a outras competências. O primeiro-ministro, por sua vez, seria o chefe de governo e da administração pública, atuando no varejo das disputas políticas e nos embates do avanço social. O presidente da República, com mandato fixo, seria o garantidor da continuidade e da estabilidade institucional. Já o primeiro-ministro, em caso de perda do suporte político, poderia ser substituído, sem abalo para as instituições. Não é o caso de detalhar essa proposta e explorar suas potencialidades. Este não é um tema que esteja na agenda política ora em discussão. Mas fica o registro de que considero que esta fórmula poderia atenuar dois crônicos problemas que assinalam a nossa história: o autoritarismo do Executivo e a instabilidade institucional.

2.2 O sistema eleitoral

O sistema eleitoral brasileiro é uma usina de problemas. Deixo de lado as eleições para o Senado Federal e a Presidência da República, em relação às quais vigora o sistema majoritário. E concentro-me nas eleições para Deputado Federal, onde residem os maiores problemas. O sistema adotado é o proporcional com lista aberta. Os candidatos fazem campanha e podem ser votados no território de todo o Estado e o eleitor escolhe qualquer nome das listas partidárias. Cada partido ou coligação elege o número de Deputados correspondente à sua votação, com base no quociente eleitoral e no quociente partidário. Há problemas muito visíveis nessa fórmula, entre os quais: a) o custo elevadíssimo da campanha em todo o território do Estado; b) o fato de menos de dez por cento dos candidatos se elegerem com votação própria (elegem-se por transferências dos votos obtidos pelo partido); e c) o principal adversário do candidato do partido A é o outro candidato do partido A. Em suma: o sistema é caríssimo, o eleitor não sabe quem está elegendo e o debate público não é programático, mas personalizado (o candidato precisa convencer o eleitor de que é melhor do que o seu colega de partido).

2.3 O sistema partidário

O sistema partidário é caracterizado pela multiplicação de partidos de baixa consistência ideológica e nenhuma identificação popular. Surgem, assim, as chamadas legendas de aluguel, que recebem dinheiro do Fundo Partidário – isto é, recursos predominantemente públicos – e têm acesso a tempo gratuito de televisão. O dinheiro do Fundo é frequentemente apropriado privadamente e o tempo de televisão é negociado com outros partidos maiores, em coligações oportunistas e não em função de ideias. A política, nesse modelo, afasta-se do interesse público e vira um negócio privado.

Devo dizer, a bem da verdade, que quando estive no Congresso Nacional por ocasião da minha sabatina para ingressar no Supremo Tribunal Federal, em junho de 2013, estive com as principais lideranças partidárias. E esse diagnóstico que estou aqui apresentando era compartilhado por quase todos os parlamentares com os quais estive.

3 OS PRINCIPAIS OBJETIVOS DE UMA REFORMA POLÍTICA

Uma Reforma Política capaz de superar os problemas descritos até aqui deve ter em vista alguns objetivos inafastáveis. Entre eles, é possível destacar três, que são analisados a seguir.

3.1 Aumentar a legitimidade democrática do sistema político

A política majoritária tem enfrentado algum grau de descrédito em quase todo o mundo nas últimas décadas. No Brasil, particularmente durante o regime militar, a atividade política foi tratada como algo menor, um espaço para oportunismo e corrupção. Não tem sido fácil superar este estigma, e o sistema político brasileiro tampouco ajuda muito. É cada vez mais difícil atrair novas vocações, movidas por idealismo e interesse em servir. A primeira preocupação de uma Reforma Política deve ser a de aumentar a legitimidade democrática do sistema, reforçando a relação entre eleitores e representantes. Para tanto, é indispensável: (i) *no que diz respeito ao sistema eleitoral*, um modelo que favoreça uma maior aproximação e identificação entre cidadãos e agentes políticos eleitos, com visibilidade e *accountability* reforçadas; (ii) *no que diz respeito aos partidos políticos*, um sistema capaz de assegurar um mínimo de conteúdo e coerência ideológicos no seu programa e na sua prática, com drástica redução do número de partidos e a imposição de padrões mínimos de fidelidade partidária; e (iii) *no que diz respeito ao eleitorado*, uma cidadania mais consciente e ativa, disposta a acompanhar com um mínimo de interesse o desempenho de seus representantes.

3.2 Baratear o custo das eleições, para reduzir a centralidade do dinheiro no processo eleitoral

O custo das campanhas e o papel que o dinheiro tem desempenhado na política brasileira precisam ser significativamente reduzidos. Naturalmente, não se deve cultivar a ingenuidade de negar a importância dos interesses econômicos privados em uma sociedade capitalista e aberta. Eles sempre

existirão e é inevitável que seja assim. A questão aqui é de se imporem limites, trazendo transparência e *accountability* também para a relação entre dinheiro e política. As consequências desafortunadas do modelo atual são muito evidentes para não serem percebidas: (i) *desigualdade*: candidatos sem recursos financeiros relevantes têm poucas chances de se elegerem, o que contribui para um ambiente político plutocrático (nem ao menos aristocrático); (ii) *antirepublicanismo*: a agenda política se torna refém dos grandes interesses privados, sacrificando muitas vezes o verdadeiro interesse público; e (iii) *corrupção*: a necessidade de financiar campanhas milionárias e a ausência de disciplina legal adequada das relações entre empresas doadoras e agentes públicos eleitos estão por trás dos sucessivos casos de corrupção que têm abalado a política brasileira no passado recente.

3.3 Assegurar a formação de maiorias políticas que assegurem a governabilidade e relações republicanas entre Executivo e Legislativo

Todo governo precisa de apoio no Congresso para aprovar suas leis e propostas e, como consequência, a negociação política entre Executivo e Legislativo é um traço comum e regular em qualquer democracia. O que faz a diferença nas democracias mais maduras é a qualidade e a agenda dessas negociações. Seja como for, é desejável que o presidente eleito saia das eleições com uma maioria capaz de assegurar que o programa de governo vitorioso seja posto em prática ou que pelo menos permita a negociação de um governo de coalizão por mecanismos institucionais e republicanos. No Brasil, porém, a fragmentação do quadro partidário e a falta de conteúdo programático na atuação dos partidos faz com que as negociações gravitem em torno dos interesses políticos individuais dos parlamentares, quando não de seus interesses privados. Este modelo de relação entre a presidência e o Legislativo degenera, com frequência, em clientelismo, patrimonialismo (uso de recursos públicos para fins privados) e corrupção. Para aprimorar a governabilidade e as relações entre o presidente e o Congresso, é preciso introduzir mudanças no sistema de governo, no sistema eleitoral e no sistema partidário.

4 AS DIFERENTES PROPOSTAS EXISTENTES

Ao longo dos anos, foram dezenas as propostas de Reforma Política apresentadas no Congresso Nacional, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal. Há propostas de diferentes origens: apresentadas pelo governo ou por grupos de trabalho nas casas legislativas; outras que foram encampadas formal ou informalmente por partidos políticos; diversas resultantes de iniciativa parlamentar; e há as que têm origem na própria sociedade civil. A seguir se faz um levantamento de algumas dessas propostas, com foco em quatro pontos específicos: sistema eleitoral, coligações partidárias, cláusula de barreira e financiamento de campanha. A descrição que se segue se beneficia da pesquisa conduzida por Murillo Aragão em seu livro recente, intitulado *Reforma Política: O Debate Inadiável* (2014), e por Aline Rezende Peres Osório, mestranda em direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Em 1999, o Senado Federal *aprovou* proposta de Reforma Política que incluía (i) sistema eleitoral misto e (ii) proibição de coligações partidárias em eleições proporcionais (para deputados federais, estaduais e vereadores). A matéria não chegou a ser votada na Câmara dos Deputados, onde terminou arquivada. Anos depois, em 2013, o Grupo de Trabalho da Reforma Política da Câmara dos Deputados propôs o seguinte: (i) sistema eleitoral misto para a eleição de deputados; (ii) voto em lista partidária fechada ou preordenada; (iii) fim das coligações partidárias em eleições proporcionais; e (iv) limite para doações de pessoas físicas e jurídicas a campanhas. Atualmente, Comissão Especial constituída pela Câmara dos Deputados utiliza como texto base a PEC 352/2013, que propõe, entre outras, as seguintes alterações: (i) sistema eleitoral misto, com a eleição em distritos (de 4 a 7 por Estado) e combinando aspectos da eleição proporcional (o número de lugares do partido é determinado pela votação em cada distrito) e da eleição majoritária (se o candidato que entraria pelo critério partidário não tiver obtido 10% do quociente eleitoral do distrito, sua vaga é preenchida pelo candidato mais votado, independentemente do partido); (ii) proibição de coligações para a

eleição de deputado federal, salvo o caso de formação de federação de partidos; (iii) estabelece cláusula de barreira ou de desempenho; e (iv) prevê financiamento público e privado de campanhas, com doações somente aos partidos, vedadas doações diretas aos candidatos.

Em 2009, o Governo Lula, eleito pelo **PT**, encaminhou ao Congresso sua proposta de Reforma Política, que incluía: (i) lista partidária fechada ou preordenada; (ii) proibição de coligações partidárias para eleições proporcionais; (iii) cláusula de barreira ou de desempenho; e (iv) financiamento público de campanha. Em 2013, pesquisa sobre Reforma Política feita com parlamentares do **PMDB**² apontaram: (i) sistema eleitoral majoritário não distrital para a eleição de deputados e vereadores (“Distritão”); (ii) expressiva maioria contra a possibilidade de coligação nas eleições proporcionais; (iii) 76% defendem a criação de cláusula de barreira ou de desempenho; e (iv) a maioria (apertada) defende financiamento público e privado, inclusive por empresas, mas somente para os partidos (45% no entanto apoiaram o financiamento exclusivamente público). Recentemente, em março de 2015, o partido reafirmou sua posição em favor do “Distritão” e do financiamento privado, sendo que nas eleições majoritárias só é possível doar a um dos candidatos. Em julho de 2013, o **PSDB**, por seu presidente, Senador Aécio Neves, apresentou as propostas do partido para a Reforma Política, que incluíam: (i) sistema eleitoral distrital misto; (ii) fim das coligações proporcionais; e (iii) cláusula de barreira ou de desempenho.

O Deputado Henrique Fontana, um dos estudiosos do tema na Câmara dos Deputados, apresentou proposta que defendia: (i) sistema eleitoral de lista flexível (a lista partidária é preordenada e prevalecerá se o eleitor votar na legenda; porém, o eleitor tem a faculdade de votar no candidato de sua preferência); (ii) fim das coligações partidárias nas eleições proporcionais; (iii) cláusula de barreira ou de desempenho; (iv) financiamento exclusivamente público. O então deputado Ronaldo Caiado, hoje senador, apresentou igualmente proposta que inclui: (i) voto em lista preordenada; (ii) fim das

² V. Murillo Aragão, Reforma Política: O Debate Inadiável, 2014, p. 50-54.

coligações nas eleições proporcionais (admitidas federações de partidos com aliança estável); e (iii) cláusula de barreira ou de desempenho. Por fim, a proposta vinda de entidades da sociedade civil, como CNBB, OAB e do Movimento por Eleições Limpas, defende os seguintes pontos: (i) sistema proporcional em lista preordenada e em dois turnos (no primeiro, o eleitor vota no partido; no segundo, vota no candidato); e (ii) financiamento misto de campanha, que veda a doação de pessoas jurídicas e estabelece teto de R\$ 700,00 para doações de pessoas físicas.

Existem numerosos outros projetos sobre os temas aqui selecionados. Diversas outras questões são igualmente objeto de discussão, como a proibição de reeleição, a coincidência de datas entre eleições federais, estaduais e municipais, a mudança de data da posse nos cargos eletivos, o voto facultativo, entre outros. As circunstâncias me impuseram circunscrever minha análise a alguns pontos específicos.

5 CONSENSOS, DENOMINADORES COMUNS E CONCILIAÇÕES POSSÍVEIS

5.1 Os consensos existentes: proibição de coligações e cláusula de desempenho

Das diferentes propostas descritas acima, dois pontos obtiveram praticamente consenso: a proibição de coligações na eleição de deputados federais e a imposição de cláusula de barreira ou de desempenho aos partidos políticos. A questão em aberto, quanto às coligações, é a permissão de formação de federações de partidos, em “união estável” e não apenas circunstancial. Que, de resto, não parece ser uma concessão extremamente grave. Na falta de consensos mais amplos, somente a aprovação desses dois pontos já terá um impacto positivo relevante sobre o sistema partidário. Poderiam ser aprovados desde logo, destacadamente, por já representarem um avanço.

5.2 Financiamento eleitoral: o caminho do meio

No tocante ao financiamento de campanhas, o dissenso é grande. Mas parece haver uma inclinação no sentido contrário ao financiamento exclusivamente público. Este parece ser igualmente o sentimento social. Minha posição, desde antes de ir para o Supremo Tribunal Federal (STF), era favorável ao financiamento público e privado, admitido este, no entanto, somente às pessoas físicas. As eleições devem ser uma mobilização da cidadania, não do grande capital. Mas esta é uma questão política, a ser decidida pelo Congresso Nacional. Como se sabe, a matéria está posta perante o STF, com o julgamento suspenso por um pedido de vista.

Meu voto foi na seguinte linha: cabe ao Congresso Nacional decidir se empresa pode ou não participar do financiamento de campanha. Porém, a disciplina atual da matéria é inconstitucional. Isso porque não impede que a mesma empresa contribua para a campanha de candidatos que concorrem entre si. Se isso acontece, não é possível falar que se trata do exercício de direitos políticos ou de liberdade de expressão (para quem acha que pessoas jurídicas podem ser titulares desses direitos). Na prática, como demonstram as regras de experiência, ou a empresa foi achacada ou está comprando favores futuros. Em segundo lugar, a empresa que financiar a campanha não deve poder ser contratada pelo poder público após as eleições. Não é legítimo que o governante eleito retribua o favor privado (doação de campanha) com dinheiro público (contrato com a Administração).

Qual o caminho do meio aqui? A matéria deveria ser levada à votação em plenário com o seguinte acordo: se a maioria optar pela admissão de financiamento eleitoral privado por empresa, a lei disciplinará o limite máximo de doação e imporá restrições, como a impossibilidade de doar a candidatos rivais e a impossibilidade de que a empresa que financiar a campanha seja contratada pelo poder público após as eleições.

5.3 Sistema eleitoral: conciliação de propostas ou votação

A maior complexidade, em relação à Reforma Política, reside na definição do sistema eleitoral. Ainda assim, é possível extrair um consenso: o sistema

atual, proporcional com voto em lista aberta, não é bom e deve ser aprimorado. Existem, então, as seguintes alternativas:

(i) proporcional com lista fechada, defendido, por exemplo, pelo PT;

(ii) distrital misto – metade das cadeiras preenchidas com voto majoritário no distrito e a outra metade de acordo com a votação proporcional do partido –, defendido, por exemplo, pelo PSDB;

(iii) “distritão”, em que o Estado seria um distrito único, sem subdivisões, com as vagas obtidas pelos candidatos mais votados.

Existem prós e contras em relação cada uma das três soluções. O *voto em lista fechada* ou *preordenada* limita a capacidade de livre escolha do eleitor. Embora isso seja verdade, na prática o sistema em lista aberta é ilusório: como dito, menos de dez por cento dos candidatos se elegem com votação própria. Quase todos se elegem com transferência de votos do partido. Portanto, no mundo real, o eleitor não elege quem ele quer e nem fica sabendo, em rigor, quem ele elegeu. Já o chamado “distritão”, embora resolva o problema da transferência de votos, não realiza dois outros objetivos aqui tidos como importantes para a Reforma Política: não barateia a eleição nem aproxima o eleitor de seu representante. A disputa em todo o Estado será caríssima e a eleição altamente personalizada e não programática: cada candidato contra todos os outros. Além de representar um retrocesso no que se refere à representação de minorias no parlamento. O voto distrital misto, por sua vez, também apresenta dificuldades, sobretudo no tocante à definição dos distritos. Nada obstante isso, por permitir a combinação do sistema proporcional e do majoritário, pode ser um bom caminho conciliatório. Ou, pelo menos, capaz de obter maioria expressiva, quer em combinação com o voto em lista preordenada (proposta do PT), quer em combinação com o “distritão” (proposta do PMDB).

De fato, é possível conciliar a proposta do PSDB com a do PT da seguinte forma. No sistema distrital misto, a Câmara dos Deputados tem metade dos seus membros eleita por critério majoritário nos distritos e a outra metade por

critério proporcional à votação de cada partido. O eleitor, portanto, tem dois votos: um no candidato de sua preferência no distrito (onde cada partido lança um único candidato) e outro no partido de sua preferência. Pois bem: em relação a este segundo voto, pode-se adotar o sistema de lista preordenada ou, para atenuá-lo, o sistema de lista flexível (o eleitor tem a opção de votar apenas na legenda ou no candidato que escolher). Também é possível combinar a posição do PSDB com a do PMDB: basta que este segundo voto, em lugar de ser em lista, seja em qualquer candidato, vencendo o mais votado. Essa última fórmula parece ser negativa para a representação das minorias, pois o sistema seria majoritário tanto no primeiro voto quanto no segundo. Mas muitos países democráticos do mundo adotam modelos puramente majoritários, como Estados Unidos e Reino Unido, por exemplo. Qualquer dessas combinações permite alternativas ao modelo atual, que produziu um perigoso descolamento entre a sociedade civil e a classe política. Como tudo na vida, pode dar certo ou não. Mas na frase feliz do Amir Klink, “o maior naufrágio é não partir”.

6 CONCLUSÃO

Procurei expor, nessa breve apresentação, as dificuldades enfrentadas pelo sistema político brasileiro, os objetivos que devem nortear uma Reforma Política e as diferentes propostas existentes, relativamente ao sistema eleitoral, ao sistema partidário e ao financiamento de campanha. Considerando as ideias em debate, se coubesse a mim a escolha, eu continuaria fiel à minha proposta de dez anos atrás: sistema distrital misto, com voto em lista preordenada/flexível na parte proporcional, bem como impor a vedação às coligações partidárias e instituiria cláusula de desempenho. Quanto ao financiamento eleitoral, tema sobre o qual não havia me manifestado, prefiro o modelo misto, com financiamento público e privado, limitado às pessoas físicas. Essa é apenas a minha opinião como cidadão e eleitor.

Mas eu não fiz esta apresentação para dizer a minha posição. Essa matéria tem de ser decidida pelo Congresso. Minha exposição foi para demonstrar que as ideias já estão na mesa. E que talvez seja possível construir,

na tradição brasileira, um caminho do meio, capaz de atender um pouco de cada um dos interesses legítimos em questão. Caso não seja possível, deve-se decidir a matéria mediante votação majoritária. E alguém irá ganhar e alguém irá perder. É assim nas democracias. A única coisa que não é boa em uma democracia é não jogar o jogo, deixando-o parado contra a vontade da cidadania. Por fim, para atenuar o peso dos interesses eleitorais imediatos, alguns aspectos da Reforma Política podem ser aplicáveis somente depois das próximas eleições federais.

O NECESSÁRIO EQUILÍBRIO ENTRE CONTROLE E GESTÃO DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Valdir Moysés Simão*

“Não é a ocasião que faz o ladrão, dizia ele a alguém; o provérbio está errado. A forma exata deve ser esta: A ocasião faz o furto; o ladrão nasce feito”.

Conselheiro Aires¹

1 INTRODUÇÃO

A Corrupção é um problema global. O Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional de 2016², divulgado no último 25 de janeiro, demonstra que mais de dois terços dos 176 países pesquisados estão abaixo da média de 43 pontos da pesquisa, numa escala que vai de zero (muito corrupto) a 100 (altamente limpo). O relatório destaca a conexão entre corrupção e desigualdade, uma se alimentando da outra para criar um círculo vicioso que fomenta a má distribuição de riqueza e de poder na sociedade. Nas palavras do presidente da entidade, José Ugaz: “In too many countries, people are deprived of their most basic needs and go to bed hungry every night because of

¹ Personagem de Machado de Assis, na obra Esaú e Jacó.

² *Transparency International Corruption Perceptions Index 2016*. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016. Acesso em 19.mar., 2017.

corruption, while the powerful and corrupt enjoy lavish lifestyles with impunity.”³

O Brasil aparece na 79ª posição do relatório, com 43 pontos, o que caracterizaria corrupção endêmica. Corretamente, a Transparência Internacional ressalta os recentes avanços conseguidos no enfrentamento da corrupção nas américas e especialmente no Brasil.⁴

De fato, a corrupção é reconhecida pelos brasileiros como um dos principais problemas do país, segundo apontam as pesquisas realizadas pelo Instituto Datafolha. Apesar de sempre lembrada em pesquisas anteriores, juntamente com saúde, educação, desemprego e segurança, a corrupção destacou-se como principal problema nas pesquisas realizadas em novembro de 2015 e março e julho de 2016. Na última pesquisa, em dezembro de 2016, cedeu lugar à saúde, ficando na segunda posição.⁵

São conhecidos os efeitos da corrupção. Ela distorce a concorrência e a economia de mercado, afasta investimentos, drena recursos de serviços públicos essenciais para a estabilidade social do país, como saúde, educação e segurança e outras políticas públicas, dissemina no seio da sociedade a descrença num futuro melhor.

A boa notícia é que o fenômeno passou a ser enfrentado com maior determinação nos últimos anos. O fortalecimento institucional de órgãos como a Polícia Federal e o Ministério Público, associado à introdução de novas ferramentas de investigação, como a colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013, estão permitindo ao Estado combater a corrupção com efetividade nunca antes alcançada. A Lei de Acesso à Informação⁶ ampliou a

³ “Em muitos países, as pessoas são privadas de suas mais básicas necessidades e todas as noites vão dormir com fome por causa da corrupção, enquanto poderosos e corruptos desfrutam impunes de generoso estilo de vida.” (tradução livre)

⁴ *Américas: Sometimes bad news is good news*, Transparency International. Disponível em <http://www.transparency.org/news/feature/americas_sometimes_bad_news_is_good_news>. Acesso em 19. mar., 2017.

⁵ Instituto Datafolha. Data da pesquisa: 7 e 8. dez, 2016. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/12/12/9ffc4ad9818828f87f2908fcf52e9ce08aee7daa.pdf>>. Acesso em 19. mar., 2017.

⁶ Lei nº 12.527/2011.

transparência, o monitoramento das ações governamentais pelo cidadão e a capacidade investigativa da imprensa. A Lei Anticorrupção⁷ passou a responsabilizar objetivamente as empresas por atos lesivos praticados por pessoas em seu nome ou proveito, além de introduzir o acordo de leniência como instrumento negocial para obtenção de provas de ilícitos praticados e identificação dos responsáveis, públicos e privados.⁸

O sucesso da Operação Lava Jato e a efetiva punição de responsáveis por desvios renovam a crença da sociedade no fim da impunidade e amplia exponencialmente a intolerância com a corrupção.

No setor privado, as empresas estão buscando aprimorar seus controles com a adoção de programas de *compliance*. No setor público, observa-se a procura por melhoria da governança de empresas estatais⁹ e a adoção de políticas de gestão de riscos na administração direta e indireta¹⁰.

Mas casos recentes – como a Operação Carne Fraca deflagrada pela Polícia Federal em março de 2017 – demonstram o quanto ainda teremos que caminhar para alcançarmos um patamar de integridade na administração pública e de hígidez nas relações do Estado com a sociedade. Não basta, apenas, melhorar o ambiente e as normas que regem as relações das agências públicas com o setor privado. É importante continuar na trajetória de aperfeiçoamento dos controles e fortalecimento das instituições responsáveis pelo enfrentamento da corrupção sem, contudo, criminalizar a indispensável participação social na formulação de políticas públicas ou lançar permanente suspeição na relação entre agentes públicos e cidadãos e empresas.

O controle exacerbado, assim como as drogas adequadamente prescritas, mas ministradas em dosagem errada, tem efeito tóxico na gestão. Num ambiente em que impera o medo e a desconfiança, as decisões são postergadas

⁷ Lei nº 12.846/2013.

⁸ Sobre esse tema ver: SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

⁹ O novo Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303/2016) definiu requisitos para indicação de administradores e estabeleceu políticas de transparência, conformidade, integridade e conduta.

¹⁰ Ver: Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 1/2016.

ou não acontecem. Gestores públicos deliberam considerando os reflexos da decisão ao olhar dos órgãos de controle, buscando proteger-se de eventuais sanções. Se o caso concreto não é previsto em detalhe na norma, afasta-se a tentativa de qualquer interpretação favorável ao requerente. A tendência é dizer não à requisição, gerando no cidadão uma sensação de desamparo e injustiça, que passa a questionar a legitimidade da obrigação de pagar tributos que, a seu ver, não são revertidos em serviços de qualidade.

Esse círculo vicioso afasta o cidadão do Estado e dilacera o tecido social. Nas repartições, inibe a inovação, fragiliza a identificação dos servidores com a missão institucional do órgão e deteriora o compromisso com a cultura de bem servir ao público. Este artigo pretende explorar o necessário equilíbrio entre as ações de controle e de fomento da cultura da integridade na gestão pública.

2 O CONTROLE NA GESTÃO PÚBLICA

Daniel Blake é um carpinteiro inglês, de 59 anos, morador de Newcastle. Após sofrer um ataque cardíaco que, por ordem médica, o impede de trabalhar, busca junto às agências do governo britânico, pela primeira vez em sua vida, os benefícios de auxílio-doença e seguro desemprego a que tem direito. O excelente e premiado filme de Ken Loach¹¹ explora com maestria a jornada de um cidadão em busca de seus direitos previdenciários e trabalhistas.

Ao deparar-se com a necessidade de requerer benefício que o ampare durante o período de convalescença, Daniel Blake confronta-se com um Estado burocratizado, mecanizado e desumano. Vivencia uma situação kafkiana ao ter seu requerimento negado após uma “perícia” feita por telefone (na verdade respostas a um questionário padrão que não considera as peculiaridades de sua doença), por uma senhora que não é médica e que se identifica como “profissional de saúde”. Após a perícia, em consulta à central de atendimento telefônico da agência, descobre que o benefício foi indeferido. Entretanto, para recorrer da decisão deve aguardar um telefonema do setor responsável pela

¹¹ *EU, Daniel Blake*. Direção: Ken Loach. Reino Unido, 2016. 100 minutos. Ganhador da Palma de Ouro do Festival de Cannes, 2016.

análise, comunicando formalmente o indeferimento. Impedido de recorrer da decisão e precisando de recursos financeiros (não antes de vender toda a mobília de seu apartamento) tenta acessar outro benefício, de seguro desemprego, mas para obtê-lo tem que demonstrar que está à procura de trabalho, apesar de impedido de exercer qualquer atividade por recomendação médica.

Finalmente é comunicado da decisão de indeferimento do benefício solicitado e decide recorrer. Minutos antes de sua audiência de recurso, Daniel Blake sofre um outro ataque cardíaco, desta vez fulminante.

Na trama, o excessivo controle dos procedimentos para o exercício do direito do personagem, as penalidades desarrazoadas, a dificuldade em lidar com a plataforma digital de acesso aos serviços públicos¹² e seus formulários eletrônicos e a difícil relação com a agência governamental na busca de orientação para acesso ao benefício, onde a iniciativa de humanizar o atendimento e oferecer ajuda é prontamente repreendida, apontam para o colapso do sistema de proteção idealizado por William Beveridge¹³.

Sutilmente, Ken Loach insinua haver uma estratégia governamental de redução de gastos públicos mediante a criação de barreiras burocráticas para restringir o acesso aos benefícios sociais, transferindo ao cidadão a responsabilidade pela situação de necessidade em que se encontra. Se você é pobre, é por sua culpa. Explora também que os “governos digitais”, na tentativa de aproximar o Estado do cidadão, excluem parcela significativa da população que ainda é analógica.

Ao assistir ao filme, não há como evitar a imediata identificação com o personagem e com a situação vivenciada por ele. Por aqui, enfrentamos as mesmas agruras não só ao exercer direitos sociais, mas também para cumprir

¹² O portal <www.gov.uk>, do governo britânico é uma das mais modernas plataformas integradas de serviços públicos. É utilizado como referência por vários países, inclusive o Brasil.

¹³ Autor do *The Beveridge Report*, publicado em dezembro de 1942, que lançou as bases para o sistema de proteção social britânico, posteriormente adotado por diversos países. Disponível em: <http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/brave_new_world/welfare.htm>. Acesso em 23. Mar., 2017.

obrigações. A agenda de desburocratização, tão importante para a melhoria do ambiente de negócios, caminha a passos lentos. Nessa atmosfera de desconfiança e de priorização do enfrentamento da corrupção, normas de controle proliferam rapidamente, às vezes sem a menor racionalidade.

A prática cotidiana na gestão pública demonstra que, ao tornar mais complexa a relação do Estado com a sociedade, o controle não necessariamente contribuirá para evitar a fraude ou a corrupção. Em certos casos, quando não corretamente dosado, restringe o acesso aos serviços públicos obrigando os usuários a buscar apoio na atuação de intermediários.

A simplificação das regras contribui para a transparência na relação do Estado com a sociedade e para a ampliação do controle social. Reduz custos para governos e empresas. Em via inversa, sistemas complexos por excesso de controle podem ocultar brechas que viabilizam a fraude e a corrupção, dificultando sua detecção.

Política, Burocracia e Controle

Não se advoga aqui a fragilização do controle e do accountability. Ao contrário, um bom sistema de freios e contrapesos é efetivo na prevenção de desvios de conduta. O controle recíproco, inspirado no modelo de separação dos Poderes de Montesquieu, garante maior responsabilização de políticos e burocratas, que devem prestar contas de sua atuação.

A literatura é farta na discussão do papel de cada um deles na formulação das políticas, na execução dos planos e programas que viabilizam as políticas formuladas e no controle e avaliação de resultados. É certo que deve caber também aos burocratas participar da formulação das políticas e não somente executá-las. Quanto aos políticos, é legítimo seu interesse em garantir que as políticas públicas estejam alinhadas aos seus programas de governo e que sua execução garanta os resultados planejados, que serão cobrados pelo eleitor, no exercício do controle democrático.

O conflito se instaura quando as estruturas burocráticas são utilizadas para angariar apoio político. Desde o advento do DASP¹⁴, de inspiração weberiana, procurou-se dotar o Brasil de uma burocracia profissional capaz de executar políticas públicas em larga escala, até então encontrada somente nas Forças Armadas e no Itamaraty (Abrucio et al., 2010). Por óbvio, não foi possível afastar completamente o clientelismo característico da administração patrimonialista que vigorava até então.

Algumas organizações públicas daspianas, essenciais para o projeto de modernização administrativa do varguismo, foram blindadas do clientelismo, fenômeno chamado de “insulamento burocrático” (Nunes, 1997). Esse insulamento, ao tempo que protegeu algumas agências de governo de interferências clientelistas, impediu a universalização do profissionalismo e da meritocracia na administração pública. Por outro lado, o modelo daspiano privilegiou os procedimentos burocráticos em detrimento dos princípios da boa gestão. Nas palavras de Abrucio *et al.*:

Interessante notar que na reforma daspiana o modelo burocrático relacionado à ênfase em normas e procedimentos espalhou-se mais pela administração pública do que os princípios do mérito e do universalismo. Sua valorização nesse contexto de ambígua modernização do Dasp levou à maior valorização dos meios em si do que dos fins relacionados à burocracia weberiana. Cabe frisar que esse resultado se vincula a uma lógica mais profunda do Estado brasileiro, desde o período colonial: o formalismo, isto é, a maior força da formalidade vis-à-vis à prática efetiva, conceito originalmente formulado por Guerreiro Ramos (1966). O formalismo não só atrapalha a eficiência do Estado como também permite que formas patrimoniais sejam travestidas de burocracia impessoal, por meio da utilização das normas e procedimentos com camuflagem universal, mas cuja implantação é efetivamente particularista.

Apesar dos importantes avanços introduzidos pelo Decreto-Lei nº 200/196¹⁵, esse tipo de controle voltado para os processos perdurou até recentemente. Somente a partir da Reforma Bresser passou-se a falar em

¹⁴ Departamento Administrativo do Serviço Público, criado em 1938 e extinto em 1986.

¹⁵ Cite-se como exemplo o art. 14, que estabeleceu que “o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”.

administração gerencial, orientada para e por resultados, que buscasse a melhoria do desempenho na gestão pública. Priorizou-se o planejamento das ações governamentais, a estruturação de carreiras estratégicas e alguns sistemas de recompensa. Entretanto, o planejamento e avaliação dos programas de governo sempre estiveram focados na gestão orçamentária e metas físicas de execução de ações mensuráveis, como, por exemplo, o monitoramento físico de obras ou indicadores de tempos e movimentos em agências de atendimento. Até hoje, pouco se avançou na avaliação da efetividade das políticas públicas.¹⁶

Registro aqui a importância do aperfeiçoamento do controle interno no governo federal, com a criação da Controladoria-Geral da União, também instrumento de accountability horizontal. O novo órgão inovou ao centralizar a coordenação das ações de controle interno, correição, fomento à transparência e combate à corrupção e ouvidoria. O distanciamento físico do controle em relação às ações de gestão foi compensado pela especialização da carreira de finanças e controle nos temas de competência de cada órgão ou unidade jurisdicionada.

Na perspectiva do controle externo, Tribunais de Contas e Ministério Público ganharam musculatura e competências que se traduziram num monitoramento mais presente das ações governamentais e dos gestores públicos. O Tribunal de Contas da União (TCU), órgão responsável pela dimensão técnica do controle externo exercido pelo Congresso Nacional, vem sintonizando sua atuação ao que chama de “boas práticas de governança pública”. Nardes (2016) defende que são cinco os pilares da governança pública (5P’s): propósitos; pessoas; papéis; processos; e prestação de contas. Segundo ele, a qualidade das ações nessas cinco dimensões define o padrão de governança exercida em um ente, política, programa ou projeto público. Recentemente, o TCU publicou um interessante referencial para avaliação da

¹⁶ Sobre o monitoramento de políticas públicas do governo federal ver: Programas sociais tem que sair do piloto automático, afirma ministro. Folha de São Paulo, 01.02.2016. <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/02/1735764-programas-sociais-tem-de-sair-do-piloto-automatico-diz-ministro.shtml>>. Acesso em 24. Mar., 2017.

governança pública, com o objetivo de orientar as ações de controle interno e externo¹⁷.

Ao analisar o momento mais adequado para o controle, classificado como prévio, posterior ou concomitante, Nardes considera que o primeiro, realizado antes da prática do ato administrativo, tem a vantagem da correção de eventual problema antes de sua materialização, evitando que recursos sejam desperdiçados. Porém, corre-se o risco de engessar a administração pública, além de transformar o controlador em corresponsável, ferindo-se o princípio da segregação de funções¹⁸. O controle posterior, por sua vez, é de baixa efetividade nos casos em que a irregularidade é detectada após a efetuação dos pagamentos. Os processos de ressarcimento são lentos e, por vezes, infrutíferos quando o responsável não detém patrimônio suficiente para reparar o dano. Assim, o controle concomitante seria o ideal, por ser realizado num momento próximo à prática do ato administrativo, o que permite que a irregularidade seja detectada a tempo de corrigir o problema antes que o dano seja materializado.

A mudança de direcionamento estratégico da atuação do Tribunal fundamenta-se na constatação de que, apesar do aprimoramento das ações de fiscalização voltadas para o controle concomitante, é impossível atuar, qualquer que seja o momento do controle, na totalidade dos atos e contratos administrativos. Assim, sugere Nardes que:

Para corrigir essas limitações, é imprescindível que o controle se debruce sobre uma nova dimensão: a atuação nas causas estruturais dos problemas e não em suas consequências. Por esse motivo, reputamos a discussão da contribuição do controle para o aprimoramento da governança tão importante.

E continua o ex-presidente do TCU, explicitando o novo direcionador estratégico da Corte de Contas:

¹⁷ *Referencial para avaliação de governança em políticas públicas / Tribunal de Contas da União*. Brasília: TCU, 2014. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-para-avaliacao-de-governanca-em-politicas-publicas-1.htm>>. Acesso em 25.Mar., 2017.

¹⁸ Apesar do reconhecimento de sua inadequação, o TCU ainda exerce o controle prévio em diversas situações, como nos casos das Instruções Normativas nºs 52/2007, 27/2008 e 74/2015.

Por sua vez, a legitimidade extrapola a visão formal do cumprimento da lei e incorpora aspectos mais amplos afetos às reais expectativas da sociedade. Releva notar o destaque trazido pelo legislador constituinte aos órgãos de Controle Externo, transformando-os em algo mais do que meros fiscais da ação administrativa em relação aos preceitos legais, por meio de orientação para que atuem na verificação da finalidade e motivação dos atos e do alcance dos resultados esperados pela sociedade. Cremos que essa seja a diretriz que melhor traduza a preocupação com a governança por parte das Cortes de Contas e as induza na procura de novos caminhos de atuação.

Esse reposicionamento estratégico do TCU introduz um novo ator no cenário anteriormente descrito de aparente conflito entre políticos e burocratas no ciclo de planejamento, execução e controle de políticas públicas. Essa aproximação entre controle e gestão seria positiva se imperasse um ambiente de confiança mútua, o que não acontece na prática, ao menos nos dias atuais. Isso porque, apesar da alvissareira diretriz de mudança de foco de sua atuação, agora voltada para o aperfeiçoamento da governança pública, o TCU ainda exerce forte poder sancionador na avaliação das contas dos gestores públicos.

A necessária transição para o moderno modelo de controle externo detalhado por Nardes ainda não se completou. Assim, auditores de controle externo, bem como de controle interno, ainda direcionam suas conclusões, em grande medida, para os atos praticados pelos gestores públicos e não para a avaliação da governança e a adoção e efetividade de ferramentas de controle em cada um dos órgãos auditados. É o que chamo de fulanização do controle.

O modelo de fiscalização idealizado pelo legislador constituinte importa num sistema composto pelo controle externo, a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do TCU, e por controle interno em cada um dos Poderes¹⁹. O foco do controle externo nos atos do gestor, mencionado no parágrafo anterior, deriva de comando constitucional que atribui competência ao TCU para julgar

¹⁹ Constituição Federal.

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

contas dos administradores públicos²⁰. Daí ser considerável a inovação proposta pelo ex-presidente da Corte, de um controle externo voltado para a governança.

Já quanto ao controle interno, o legislador foi explícito ao atribuir-lhe a finalidade de avaliar o cumprimento de metas, a execução de programas e os resultados alcançados, devendo ainda apoiar o controle externo e comunicar qualquer ilegalidade ou irregularidade constatada.²¹

Alguns gestores públicos veem nesse novo posicionamento do controle externo uma intromissão indevida na gestão, potencializando os conflitos. Não concordo com essa visão. Entendo que é papel do controle interno e externo fomentar um ambiente adequado de governança, gestão de riscos e controle, avaliando a adequação dos órgãos jurisdicionados a melhores práticas e às políticas estabelecidas pelos órgãos de controle, como TCU e CGU no âmbito federal.

Nesse sentido, o já referenciado Referencial para Avaliação de Governança em Políticas Públicas do TCU e a política de gestão de riscos dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, aprovada pela Portaria Conjunta nº 1/2016²² do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Controladoria-Geral da União, orientam o administrador público sobre o

²⁰ Constituição Federal.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:...

II - A julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

²¹ Constituição Federal.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

²² Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_mpog_01_2016.pdf>. Acesso em 25.Mar., 2017.

caminho que deve trilhar na busca do aperfeiçoamento do ambiente institucional para a melhoria da gestão e, conseqüentemente, para a realização dos resultados planejados a serem entregues à sociedade.

Concorda-se que, ao aproximar temporalmente o controle do momento da prática do ato da administração, corre-se o risco de certa confusão de papéis, vendo-se o administrador tentado ou compelido a consultar o órgão de controle sobre qual é a melhor decisão. Ou, ao seu turno, o agente de controle imiscuir-se na decisão administrativa. Em certa medida isso já ocorre, como no controle prévio ou ainda nas recomendações emanadas pelas controladorias e Tribunais de Contas após uma auditoria. Uma boa prática é a implantada pela Secretaria Federal de Controle Interno da CGU, onde as soluções para os achados de auditoria não negociadas conjuntamente entre controle interno e unidade jurisdicionada, transformando-se em um plano de providências, com ações, prazos e responsáveis, que será objeto de monitoramento quanto à sua total implementação.

Para Loureiro, Abrucio e Pacheco, 2010, falta uma efetividade sistêmica dos diversos instrumentos de controle, pela falta de coordenação ou, ao menos, articulação do chamado *accountability* horizontal, em que pese as possibilidades proporcionadas pelo marco constitucional e legal para a responsabilização de agentes públicos e aprimoramento de políticas públicas. Para eles:

O arcabouço institucional faculta ao Poder Legislativo, ao Tribunal de Contas da União e ao Ministério Público agirem como instâncias de controle da administração pública, mas a atuação de todos esses órgãos se dá muito mais no combate à corrupção do que no controle da qualidade das políticas implementadas pela administração pública. No caso do TCU e do MP, o controle da probidade é mesmo uma função precípua dos órgãos; já no caso do Legislativo, a passividade no controle político da administração aparece como mais uma faceta do predomínio do Executivo nas relações entre os poderes no Brasil.

De fato, a falta de articulação do sistema de controle no Brasil amplia a insegurança na tomada de decisão. E o predomínio do Executivo nas relações

entre os Poderes, constatada pelos autores, deixou de existir nos últimos anos. Ao contrário, observa-se certa submissão do Executivo por um ativismo gerencial dos demais Poderes e também do sistema de controle. Por outro lado, a necessária priorização do enfrentamento da corrupção aponta que ainda estamos “olhando pelo retrovisor” para identificar desvios cometidos no passado e recuperar recursos desviados.

Num cenário ideal, órgãos de controle deveriam atuar precipuamente na avaliação da adoção ou não pelos órgãos jurisdicionados, das práticas e políticas por eles disseminadas, bem como sobre sua efetividade na melhoria da gestão. Como resultado dessa avaliação teriam os insumos para a atualização contínua dessas práticas e políticas e dos referenciais de governança e gestão de riscos, em verdadeiro círculo virtuoso, resgatando-se a mútua confiança entre formuladores, executores e controladores de políticas públicas.

Nesse novo paradigma de controle, eventual prejuízo na execução de determinada política pública, financeiro ou não, deve ser analisado à luz dos instrumentos utilizados para o planejamento, execução e controle da política e sua adesão aos referenciais de governança e risco dos órgãos de controle. Assim, diferentemente do que acontece hoje, apurar-se-ia a responsabilidade do gestor à justa medida de sua contribuição para a ocorrência do dano, inclusive numa eventual ação de improbidade administrativa de iniciativa do Ministério Público. Se todas as medidas gerenciais e de controle foram tomadas e ainda assim a execução da política não trouxe os resultados esperados, a responsabilidade deve ser compartilhada, e não recair somente no gestor. Órgãos de controle devem identificar onde falharam e atualizar suas doutrinas.

Essa nova visão mitigaria o risco em ocupar cargos de confiança na administração pública. No dia-a-dia da gestão pública, a execução das políticas requer do gestor a tomada de decisão para casos concretos nem sempre explicitados na norma abstrata. Sem a mínima segurança de que seus atos, mesmo que bem fundamentados, serão interpretados como corretos pelo controle interno e externo e pelo Ministério Público, pode optar o gestor por não decidir ou decidir contrariamente ao requerido pelo interessado. Essa

anomalia, nem sempre aparente, é nociva para o ambiente de negócios e para a qualidade dos serviços públicos prestados à população. Consequentemente, amplia a descrença da sociedade no Estado do bem-estar social.

Ao analisar a discricionariedade e vinculação dos atos administrativos, Di Pietro (1996) conclui que:

A atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.

Segundo a autora, a fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Para não ser arbitrária, a decisão discricionária deve se enquadrar em três situações possíveis:

a) a lei expressamente confere à Administração a possibilidade de decidir de acordo com sua conveniência;

b) a lei é omissa, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico; e

c) a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada.

Certa dose de liberdade na aplicação das normas é importante para respaldar a decisão do administrador em casos concretos peculiares, mas não deve estar desacompanhada da contínua profissionalização da gestão pública, principalmente em relação ao preenchimento de cargos de direção. O perfil das pessoas à frente das organizações públicas tem papel central no potencial de alcance de resultados. De Bonis e Pacheco (2010) apontam para uma lacuna no debate sobre a dinâmica das relações entre burocratas e políticos: o papel dos dirigentes públicos.

Servidores de carreira ou *outsiders*²³ devem ser submetidos a critérios de seleção e nomeação, formação gerencial (servidores de carreira são recrutados para serem técnicos e não gestores, enquanto outsiders não tem familiaridade com as ferramentas de gestão pública) e avaliação de resultados. Com isso, neutraliza-se eventual responsividade do dirigente ao *feedback* do agente político que o nomeou.

Não será fácil construir esse novo modelo. Estamos muito longe de substituir o chamado “comando e controle” por um ambiente organizacional público que ative a iniciativa e a criatividade na busca de soluções “fora da caixa” e no qual o feedback seja mais importante que a medição burra que não internaliza o aprendizado (WHEATLEY, 2006).

A nova gestão pública, em evolução ao gerencialismo, além de depender da restauração da confiança mútua entre os atores envolvidos no ciclo das políticas públicas e do aperfeiçoamento dos modelos de gestão e do sistema de freios e contrapesos, precisará atrair para o processo decisório o destinatário da ação estatal. A administração gerencial, com foco no cidadão, já não é suficiente. A nova gestão pública precisará ter o foco do cidadão.

Participação e Controle Social

A Constituição Federal de 1988 introduziu vários instrumentos de participação popular na definição dos rumos do país, como os conselhos temáticos, as audiências públicas e a consulta direta por meio de plebiscito e referendo. Nos últimos anos ampliou-se significativamente a possibilidade de opinar na formulação e avaliação de políticas com a criação de conselhos setoriais, conferências e fóruns nas diversas áreas de atuação dos governos. A transparência passou a ser regra e obrigou os governos a colocar à disposição da sociedade informações atualizadas de sua atuação.²⁴ A democratização do acesso à internet torna a informação instantânea e estimulou a participação

²³ Ocupantes de cargos em comissão sem vincula efetivo com a administração pública.

²⁴ Ver: Lei Complementar nº 131/2009, chamada de “Lei da Transparência” e Lei de Acesso à Informação, de nº 12.527/2001.

cidadã no controle social e a formação de organizações não governamentais voltadas para fiscalizar os governantes. A política de dados abertos permite que a comunidade digital desenvolva aplicativos com informações obtidas diretamente dos bancos de dados públicos, até então inacessíveis. As redes sociais são utilizadas para o monitoramento e troca de informações sobre serviços públicos e, do lado dos governantes, para avaliar o nível de satisfação dos cidadãos.

Nesse cenário, o controle social passou a ter um protagonismo não visto até o momento. Por outro lado, é notória a insatisfação da sociedade com a qualidade dos serviços públicos e com a incapacidade do sistema de controle em dar respostas efetivas a esse problema. Ainda, os escândalos de corrupção recentes, envolvendo autoridades públicas de diversos Poderes e em vários níveis de governo, inclusive de órgãos de controle, provocam sentimento de descrença com as instituições e de que é preciso ir às ruas e ampliar a fiscalização feita diretamente pelo cidadão. As manifestações populares de junho de 2013 e durante o processo de impedimento da Presidente Dilma Rousseff são exemplos disso.

Nenhum controle é mais legítimo que aquele exercido pelo destinatário da política pública. O *accountability* vertical fortalece a democracia e sintoniza a atuação do dirigente público para o que é, de fato, importante e transformador para a sociedade.

O Portal da Transparência do Poder Executivo Federal²⁵ é um exemplo do crescente interesse da sociedade no acompanhamento das ações governamentais. Ano após ano, ampliam-se o número de visitas, apesar de o portal ainda ser pouco amigável àqueles não familiarizados com a nomenclatura do setor público. Em 2016, foram mais de 21,6 milhões de visitas,

²⁵ Disponível em: <www.transparencia.gov.br>. Acesso em 25.Mar., 2017.

crescimento de 32,5% em relação a 2015²⁶. Interessante observar que 48,7% dessa audiência estão relacionadas ao tema “Servidores”²⁷.

A Lei de Acesso à Informação também tem sido utilizada para obter informações não disponibilizadas na chamada “transparência ativa”. Desde que entrou em vigor, em maio de 2012, foram registrados 476 mil pedidos de consulta ao governo federal. Em 2016, foram 111,6 mil pedidos²⁸. Outro exemplo de ferramenta de participação é o portal “participa.br”, de consultas públicas do governo federal.

Por seu turno, Estados e municípios e os demais Poderes também estão aperfeiçoando sua transparência e colocando à disposição da sociedade, pela internet, suas informações.

Essa participação ativa da sociedade deve ser canalizada para o aperfeiçoamento das políticas públicas. Não basta, ao cidadão, saber se determinado equipamento público foi construído e instalado dentro do prazo previsto, com a qualidade esperada e com preço justo. Ele quer discutir também a necessidade daquele equipamento, e não de outro, em seu município. Trazer a sociedade para a mesa de decisão transformará o controle em participação e legitimará a ação governamental.

3 A GESTÃO DA ÉTICA NO SETOR PÚBLICO

Como defendido até aqui, o sistema de freios e contrapesos necessário na gestão pública deve considerar também ações de transformação organizacional voltadas para a cultura da ética. Ao modelo tradicional de controle associa-se a nutrição de um ambiente de respeito às normas e de integridade. Com isso, evita-se o excesso de controle que pode paralisar as organizações públicas e, em alguns casos, introduzir o “império do medo”. Propostas como o chamado “teste

²⁶ *Portal da Transparência do Governo Federal registra recorde de acessos em 2016*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/01/portal-da-transparencia-do-governo-federal-registra-recorde-de-acessos-em-2016>>. Acesso em 25.Mar., 2017.

²⁷ O Portal permite identificar informações cadastrais dos servidores públicos efetivos e comissionados de todos os órgãos da administração pública federal, inclusive sua remuneração.

²⁸ Disponível em: <www.acessoainformacao.gov.br>. Acesso em 25.Mar., 2017.

de integridade”²⁹, que compõe as dez medidas contra a corrupção³⁰, do Ministério Público Federal, ou ainda a constante do PLS 446/2016³¹, refletem o clima de desconfiança que paira sobre os agentes públicos e, certamente, não contribuem para a melhoria da gestão pública.

Mas é possível gerir a ética? E de que ética estamos falando? Ética como caráter (virtude) ou como conduta (deontológica)? Para Klitgaard (2016), a ganância é como a gravidade: pode-se direcioná-la, mas não mudá-la. Defende o especialista em corrupção que, ao invés de pensar em pessoas, deve-se focar nas estruturas e incentivos que levam à corrupção.

Mesmo que se tome todo o cuidado nos processos de seleção, recrutamento e formação profissional, não é possível garantir que todas as pessoas em determinada organização tenham a virtude de agirem, sempre, de forma ética. É preciso, portanto, estimular a conduta a ser guiada por um conjunto de princípios, valores e regras. Tais princípios, valores e regras devem ser disseminados e internalizados na cultura organizacional. Devem fazer parte do DNA da organização.

Por óbvio, não se defende aqui que as medidas de proteção contra a corrupção contem somente com comportamento ético voluntário das pessoas. O que se propõe é que os mecanismos de controle e de promoção da integridade componham um sistema único e integrado.

No setor privado, nunca se falou tanto em *compliance*. Após a Lei Anticorrupção e motivadas pelos recentes escândalos, em especial aqueles investigados pela operação Lava Jato, as empresas estão intensificando investimentos para implantar ou aperfeiçoar seus programas, mitigando os

²⁹ Trata-se de simulação de situações, sem o conhecimento do agente público ou empregado, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer crimes contra a Administração Pública.

³⁰ Disponível em: <www.dezmedidas.mpf.mp.br/>. Acesso em 28.Mar., 2017.

³¹ Sujeita à Lei de Acesso à Informação a declaração do imposto de renda de pessoa física dos agentes públicos que ocupem cargos em comissão ou que sejam ordenadores de despesa. A meu ver, o autor do PLS, Senador Otto Alencar, erra no desenho proposto. Opino que a transparência deveria estar restrita aos dados de renda, bens, direitos e obrigações, respeitando-se assim a intimidade do agente quanto às informações, por exemplo, de despesas médicas que devem ser invioláveis. Por outro lado, a transparência proposta deveria ser estendida a todos os agentes públicos, de todos os Poderes.

riscos de eventual prática de ato lesivo à administração pública e consequente responsabilização. Esses programas seguem receita inspirada nas melhores práticas de outros países, como Estados Unidos e Reino Unido e, de fato, são eficazes para a proteção da reputação empresarial. Interessante é notar que o legislador brasileiro, ao tratar da aplicação das sanções previstas na Lei 12.846/2016, determina considerar na modulação da multa a existência, na empresa que praticou ato ilícito, de mecanismos e procedimentos internos de *integridade*.

Conclui-se que, para a legislação brasileira, não basta apenas cumprir – *to comply* – regras e obrigações. Integridade vai além do compliance, entrando no campo da ética e da moral. Determinado comportamento ou atitude pode ter respaldo na lei, sem, contudo, ser considerado ético aos olhos da sociedade.

Os programas de *compliance* empresariais serão cada vez mais importantes para evitar ou diminuir o risco da prática de ilícitos e para higienizar as relações entre os setores público e privado. Mas a administração pública não pode contar somente com a atitude ética de cidadãos, contribuintes e fornecedores de bens e serviços. Os programas de integridade, quando adaptados, podem e devem ser implementados na própria organização pública, como o objetivo de torná-la menos vulnerável à corrupção e à fraude.

Esse movimento já teve início. Em 2015, a Controladoria-Geral da União publicou dois importantes guias para a implantação de programas de integridade na administração direta e indireta³² e nas empresas estatais³³. Recentemente, o Tribunal de Contas da União divulgou um bem elaborado referencial de combate às fraudes e à corrupção que orienta a adoção de medidas de proteção institucional em entidades públicas.³⁴

³² *Guia de Integridade Pública*. Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia-de-integridade-publica.pdf>>. Acesso em 26.Mar., 2017.

³³ *Guia de Implantação de Programa de Integridade nas Empresas Estatais*. Controladoria-Geral da União. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf>. Acesso em 26.Mar., 2017.

³⁴ *Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública*. Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, 2017. Disponível em:

Em síntese, os programas de integridade na administração pública são fundamentados em cinco pilares: (i) adequação do ambiente organizacional; (ii) análise de riscos; (iii) políticas e procedimentos; (iv) comunicação e treinamento; e (v) monitoramento e remediação. Vejamos cada um deles.

Adequação do ambiente organizacional

Este é o pilar mais importante e verdadeiro alicerce para os demais pilares. É o fundamento do programa de integridade e a semente para fomentar a ética e transformar a cultura da organização. Importa no compromisso e patrocínio inequívocos da alta administração do órgão ou empresa pública, que deve dar o tom sobre o que se espera de todos em relação à ética. Esse compromisso se materializa com a participação efetiva das autoridades nos eventos de divulgação do programa, em mensagens aos componentes da organização e, mais importante, pelo exemplo. Sem esse compromisso, impossível será implantar um programa efetivo. Além disso, devem ser garantidos independência e recursos necessários para a instância responsável pela gestão do programa.

Análise de riscos

Deve-se mapear onde estão os riscos de corrupção e de cometimento de fraudes contra a organização pública. Esse mapeamento é específico para cada órgão ou entidade e deve considerar sua finalidade legal, o nível de maturidade no relacionamento com cidadãos e empresas, usuários dos serviços públicos e com fornecedores, identificando eventuais vulnerabilidades existentes nessas relações. Deve ainda considerar o nível de maturidade da gestão, o perfil das pessoas que compõem a organização, critérios utilizados para escolha e nomeação de dirigentes, o tempo médio de permanência em cargos em comissão, a descentralização ou não de atividades, a terceirização de atividades meio, entre outros. No âmbito do governo federal, observar ainda as orientações constantes da Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 1/2016

<<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-de-combate-a-fraude-e-corrupcao-1.htm>>. Acesso em 25.Mar., 2017.

quanto à política de gestão de riscos e os referenciais do Tribunal de Contas da União.

Políticas e procedimentos

Aqui se encontram os instrumentos de mitigação dos riscos, de controle e de orientação da conduta, considerados os riscos mapeados na organização. Um Código de Conduta é essencial e deve deixar claro o que não é permitido. Ele complementa as disposições do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal³⁵ e do Código de Conduta da Alta Administração Federal³⁶. A transparência e o acesso à informação devem ser princípios norteadores da gestão. Outra medida essencial é a instituição de um canal de denúncias, que garanta a confidencialidade e proteja o denunciante de boa-fé contra retaliações. Ainda, deve-se dar tratamento a todos os riscos mapeados, bem como instituir política de relacionamento com fornecedores e contribuintes, de audiências e reuniões com terceiros, de participação em eventos, de diligências na contratação de terceiros, de preenchimento e permanência nos cargos de direção e assessoramento, de conflito de interesses e de nepotismo. É recomendável desenvolver instrumento de acompanhamento da evolução patrimonial de servidores e gestores.

Comunicação e treinamento

O programa de integridade deve ser amplamente divulgado, interna e externamente, para que todos conheçam seus fundamentos e diretrizes, internalizem as regras de conduta e saibam como reportar ilícitos e acompanhar sua apuração. A divulgação deve alcançar servidores e empregados, terceirizados, partes relacionadas, fornecedores e usuários de serviços públicos, utilizando-se de todos os meios disponíveis para isso (internet, cartazes, redes sociais, publicidade institucional, etc.). Um programa de treinamento deve ser elaborado para que, periodicamente, todos da

³⁵ Aprovado pelo Decreto no 1.171/1994.

³⁶ Publicado no Diário Oficial da União em 22/08/2000.

organização, inclusive a alta administração, recebam instruções sobre as medidas de integridade e se atualizem sobre o programa.

Monitoramento e remediação

O programa de integridade não é estático. Os ambientes interno e externo mudam de tempos em tempos, riscos inéditos aparecem, novos gestores e servidores entram na organização periodicamente. Portanto, o programa deve ser constantemente atualizado. O monitoramento também tem como objetivo testar a efetividade do programa na prevenção da corrupção e das fraudes. Por outro lado, todas as denúncias devem ser prontamente investigadas e, se identificados desvios, deve-se garantir que a conduta inidônea seja prontamente cessada e que as sanções previstas sejam aplicadas, buscando-se inclusive a reparação de eventuais danos.

4 CONCLUSÃO

O enfrentamento da corrupção entrou, definitivamente, na agenda nacional. A sociedade está, a cada dia, menos tolerante com o comportamento não ético e exige de políticos e agentes públicos uma nova postura, mais transparente e de retidão. O país também está melhor preparado para esse combate, em decorrência do fortalecimento institucional de órgãos como a Polícia Federal e o Ministério Público e da introdução no ordenamento jurídico de novas ferramentas de investigação.

A transparência também avançou e hoje cidadãos e entidades não governamentais podem fiscalizar com detalhes cada ato de gestão dos administradores públicos, ampliando o *accountability* vertical. Contam, também, com instrumentos para participar ativamente da formulação das políticas públicas, opinando sobre quais as prioridades na aplicação dos recursos orçamentários, cada vez mais escassos.

Sob a ótica da gestão, a utilização de ferramentas gerenciais como o planejamento estratégico e respectivos planos de ação com metas, indicadores, responsáveis e avaliação dos resultados, elevam a percepção de

profissionalização do setor público, ainda que se avalie que há muito o que avançar, em especial nos critérios de preenchimento das funções de confiança, na acessibilidade e qualidade dos serviços públicos e na avaliação da efetividade das políticas públicas.

Os órgãos de controle, interno e externo, apesar de ainda terem demasiado foco na pessoa do gestor, estão atualizando suas doutrinas para anteciparem-se aos fatos e evitar a concretização de danos e prejuízos ao erário. Essa mudança de posicionamento estratégico contribuirá para o aperfeiçoamento da governança pública.

Entretanto, a percepção crescente de uma corrupção endêmica no Brasil não pode traduzir-se em desconfiança mútua entre os atores centrais no ciclo de formulação, execução e avaliação das políticas públicas, incluindo-se também o destinatário da ação governamental.

Esse clima de desconfiança faz proliferar e enrijecer os controles que, em alguns casos, restringe o acesso aos serviços públicos, impacta o processo decisório e paralisa as organizações públicas, ampliando ainda mais o descontentamento da sociedade.

No dia-a-dia das organizações públicas, nas diversas funções governamentais, inclusive de prestação direta de serviços aos cidadãos e empresas, servidores e gestores vivenciam dilemas éticos ao aplicar a norma abstrata ao caso concreto. Devem ter certa discricionariedade para decidir quando a situação que se apresenta não é prevista nos manuais de procedimentos. Mas, para isso, devem ter a segurança que o seu ato será visto, até prova em contrário, como correto. Não sendo assim, tenderão a decidir contrariamente ao requerido pelo cidadão, mesmo que esse tenha o direito pleiteado.

Os controles são necessários no âmbito das organizações públicas, mas devem fazer parte de um sistema que atue também no comportamento das pessoas e dissemine a cultura da ética. Os programas de integridade, típicos do setor privado, podem ser adaptados para essa finalidade, tornando os órgãos da

administração direta e indireta, inclusive estatais, menos vulneráveis à corrupção e à fraude.

A restauração da confiança mútua entre formuladores e executores das políticas públicas, órgãos de controle, bem como da sociedade nesses atores, será essencial para avançarmos na simplificação das relações do Estado com a sociedade, ampliar o acesso aos serviços públicos, reduzir custos de transação no setor público e privado, melhorar o ambiente de negócios, aumentar a competitividade e atrair investimentos.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; PEDROTI, Paula; PÓ, Marcos Vinicius. A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas. In.: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia (Orgs.). Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Guia de Integridade Pública. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia-de-integridade-publica.pdf>>. Acesso em 26.Mar., 2017.

_____. Controladoria-Geral da União. Guia de Implantação de Programa de Integridade nas Empresas Estatais. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf>. Acesso em 26.Mar., 2017.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Controladoria-Geral da União. Portaria Conjunta nº 1/2016. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_mpog_01_2016.pdf>. Acesso em 25.Mar., 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Referencial para avaliação de governança em políticas públicas / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, 2014. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-para-avaliacao-de-governanca-em-politicas-publicas-1.htm>>. Acesso em 25.Mar., 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, 2017. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-de-combate-a-fraude-e-corrupcao-1.htm>>. Acesso em 25.Mar., 2017.

DE BONIS, Daniel; PACHECO, Regina Silvia. Nem político nem burocrata: o debate sobre o dirigente público. In.: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia (Orgs.). Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1997.

KLITGAARD, Robert. Americano especialista em corrupção chama Lava Jato de “sucesso notável”. Folha de São Paulo, 25.08.2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1673366-americano-especialista-em-corrupcao-chama-lava-jato-de-sucesso-notavel.shtml>>. Acesso em: 27 mar., 2017.

LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia (Orgs.). Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

NARDES, João Augusto Ribeiro. Governança pública: o desafio do Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2016.

NUNES, Edson. A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

WHEATLEY, MARGARET J. Liderança para tempos de incerteza: a descoberta de um novo caminho. São Paulo: Cultrix, 2006.

LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LEI 12.846/2013): UMA VISÃO DO CONTROLE EXTERNO

Benjamin Zymler

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também denominada Lei Anticorrupção Empresarial, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Segundo consta da exposição de motivos de seu projeto de lei (PL 6.826/2010), a lei “tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos”.

A Lei Anticorrupção também busca atender diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil: Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), Convenção Interamericana contra a Corrupção e Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais¹. Ou seja, a Lei Anticorrupção coloca o País dentro dos esforços internacionais de combate à corrupção.

Com efeito, nosso ordenamento jurídico não dispunha de mecanismos efetivos para que as pessoas jurídicas fossem responsabilizadas por atos contra a administração pública.

Esse vazio normativo, entretanto, não era absoluto, pois a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) já previa a possibilidade de

¹ Promulgadas, respectivamente pelos Decretos 5.687/2006, 4.410/2002 e 3.678/2000.

responsabilização de pessoas jurídicas quando concorressem com agentes públicos para a prática de ato de improbidade administrativa. Ou seja, embora dirigida precipuamente à apreciação de condutas de pessoas físicas, eventualmente as disposições da norma poderiam refletir sobre pessoas jurídicas.

Eram patentes, entretanto, as fragilidades dessa lei acerca da responsabilização das pessoas jurídicas. A uma, porque as sanções nelas previstas, em larga medida, somente se aplicam a pessoas físicas. A duas, porque, se não houver a prática de ilícito em coautoria com algum agente público, a pessoa jurídica não se enquadra nas disposições da norma.

Outro exemplo preexistente de responsabilização das pessoas jurídicas pode ser vislumbrado na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8443/1992), nas limitadas hipóteses de causarem a prejuízos ao erário ou contribuírem para a ocorrência de fraude em licitações. Nessas situações, podem sofrer as sanções de multa de até 100% do dano causado e de declaração de inidoneidade para participar de licitações por até cinco anos.

Veio, então, a Lei nº 12.846/2013 em boa hora para lidar com esta fragilidade de nosso ordenamento jurídico e contribuir para que nosso país disponha de mecanismos adequados para lidar com todos aqueles que de alguma forma buscam se apropriar ilicitamente de recursos públicos ou tirar proveito indevido de suas relações com a administração pública.

Trata-se, contudo, de uma norma complexa que apresenta dificuldades de interpretação e aplicação. Isso porque abrange diversos institutos que possuem caráter inovador em relação ao ordenamento jurídico. Como consequência, surgem diferentes dúvidas acerca da aplicação desses institutos, as quais devem ser sedimentadas à luz dos casos concretos. Ou seja, de acordo com o amadurecimento interpretativo ínsito a todos os novos diplomas legislativos.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei Anticorrupção busca atingir seus objetivos por meio de dois eixos principais de atuação.

O primeiro eixo de inspiração da lei é o seu caráter preventivo, que visa estimular a criação de uma política interna de *compliance* – compreendida como conjunto de mecanismos e procedimentos internos adotados pela pessoa jurídica para evitar desvios, fraudes e irregularidades. Nesse caso, busca-se estimular boas práticas empresariais com o intuito de que eventual ato de corrupção extinga-se em seu nascedouro, pois os próprios agentes empresariais refutariam a sua prática. (art. 7º, inciso VIII, da Lei nº 12.846/2013)

O segundo deles constitui na possibilidade de aplicação de sanções. Nesse caso, busca-se desencorajar a prática de atos lesivos à administração pública com a possibilidade de aplicação de fortes sanções. Com a lógica própria do direito penal, desestimula-se a prática do ilícito pelo agente ante a possibilidade de ele ser penalizado. Esse desestímulo, por certo, ocorrerá de maneira proporcional à dose da sanção e à possibilidade de sua aplicação. (Capítulos III e VI da Lei nº 12.846/2013)

De qualquer forma, independentemente do aspecto preponderante aplicável a cada caso concreto – punitivo ou preventivo – sempre caberá ao particular ressarcir o dano causado ao patrimônio público (art. 13 da Lei nº 12.462/2011).

Acerca dos procedimentos a serem seguidos na aplicação da norma, insta observar que a responsabilização administrativa (aplicação de sanções) e a responsabilização civil (reparação do dano) poderão ocorrer nos âmbitos administrativo e judicial. Já as medidas preventivas ocorrerão somente no âmbito administrativo.

Âmbito de aplicação da lei

A lei não consignou expressamente a extensão de sua aplicabilidade aos estados, Distrito Federal e municípios. Contudo, diversos dispositivos da Lei nº 12.846/2013 permitem antever que a intenção do legislador foi editar, ao

menos em parte, uma norma de caráter nacional, ou seja, aplicável a todos os entes da Federação (União, estados, Distrito Federal e municípios).

Neste sentido, veja-se o teor nas seguintes disposições da lei:

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, *a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios*, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, *poderão ajuizar ação.*

Art. 16. *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios* poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte: .. (com a redação dada pela Medida Provisória nº 703/2015)

Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade *às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.* (grifou-se)

Quanto aos fundamentos constitucionais para edição da norma com tal âmbito de aplicação, cabe observar que compete à União legislar em *âmbito nacional* sobre:

- I. normas gerais de licitações e contratos (art. 22, XXVII, da Constituição Federal)²;
- II. normas gerais³ de concessão e permissão da prestação de serviços públicos (art. 175 da Constituição Federal)⁴;

² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

³ Embora o entendimento do caráter de generalidade dessa espécie de norma não deflúa diretamente do texto constitucional, pode-se inferir tal entendimento do disposto nos arts. 25, §§ 1º e 2º, e 30, incisos I e V da Constituição Federal.

⁴ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

- III. fiscalização do sistema financeiro nacional (arts. 21, inciso VIII, e 192 da Constituição Federal)⁵.

Insera-se, pois, no âmbito de competência da União editar leis nacionais que busquem combater atos que atentem contra a administração pública em relação a esses tópicos.

Em assim sendo, entende-se possuir caráter nacional as disposições da Lei nº 12.846/2013 que versam sobre:

- I. licitações e contratos (art. 5º, inciso IV, alíneas “a” a “g”);
- II. atuação das agências reguladoras de serviços públicos (art. 5º, inciso V);
- III. fiscalização do sistema financeiro nacional – SFN (art. 5º, inciso V)⁶.

Âmbito federal

A Lei Anticorrupção tem também um caráter administrativo, ou seja, insere-se no direito administrativo, pois visa regular a relação entre a administração e alguns administrados.

Portanto, surge, ainda, como fundamento constitucional da Lei Anticorrupção o princípio da auto-organização administrativa, que, por sua vez decorre, da autonomia dos entes da federação, prevista no art. 18 da Constituição Federal⁷.

⁵ Art. 21. Compete à União: [...]

VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

⁶ É bem verdade que a regulamentação do sistema financeiro nacional deve ocorrer por meio de Lei Complementar, o que pode levantar dúvidas acerca da constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 12.846/2013 que versam sobre este aspecto.

⁷ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Nessa linha, há previsão na norma legal de condutas lesivas à administração pública que não necessariamente dizem respeito à competência privativa da União⁸:

- I. proporcionar vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II. dar suporte financeiro a prática dos atos ilícitos previstos na lei;
- III. utilizar-se de interposta pessoa para ocultar ou dissimular seus reais interesses;
- IV. dificultar atividade de investigação ou fiscalização da administração pública ou intervir em sua atuação.

Assim, caso essas condutas não se relacionem a licitações/contratos/agências reguladoras e sistema financeiro nacional, a Lei nº 12.846/2013, em razão do seu caráter administrativo, assume caráter federal e cabe aos estados, municípios e Distrito Federal legislar sobre a matéria.

Ou seja, mediante a legislação desses entes, poderá ser estabelecido regramento diverso para atos ilícitos relacionados a assuntos de interesse local ou regional (v.g. autorização de uso de espaço público e de realização de edificações).

Nesse sentido, são pertinentes as seguintes lições de Fábio Medina Osório⁹ acerca do direito administrativo sancionador:

Cabe observar que não há, no terreno administrativo, reserva de Lei Federal, ao contrário do que ocorre no terreno penalístico, onde a centralização da produção normativa é a tônica [...]

Consoante as competências próprias, Municípios, Estados e União podem legislar em matéria de sanções administrativas, inclusive criando e regrando os respectivos procedimentos sancionadores. Vigora, aqui, uma ideia de descentralização legislativa. Nenhum poder se concentra na União, visto que os demais Entes federados se admitem competências legislativos em matéria de Direito Administrativo Sancionador.

⁸ Art. 5º, incisos I, II, III e V, da Lei Anticorrupção.

⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador, p. 258.

Abrangência territorial

A Lei Anticorrupção abrange diversas condutas que, ao menos em parte, não ocorrem no território nacional.

Pessoas jurídicas brasileiras no exterior e administração pública estrangeira

A norma não se limita a buscar a proteção da administração pública no território nacional, pois se aplica também aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior¹⁰.

Dentro desse contexto, a Lei Anticorrupção faz parte de compromissos assumidos pelo Brasil internacionalmente e o coloca dentro dos esforços internacionais de combate à corrupção.

Veja-se que a norma legal busca proteger a administração estrangeira de atos ilícitos praticados por empresas brasileiras. Ou seja, a *estrutura administrativa brasileira pode ser acionada para a proteção da administração pública de Estados soberanos no Brasil e no exterior*, em função de ilícitos praticados por empresas brasileiras.

Por outro lado, as normas similares dos demais países signatários da mencionada convenção acabam por proteger a administração pública brasileira de atos ilícitos praticados por empresas daqueles países.

Esse aspecto de extraterritorialidade da Lei nº 12.846/2013 e de suas congêneres de outros países contribuirá para que as transações comerciais internacionais se pautem por regras de conduta moralmente aceitáveis nos estados democráticos de direito e criará um amplo espaço de cooperação internacional no combate à impunidade e na prevenção da corrupção.

Administração pública brasileira sediada no exterior

¹⁰ Art. 28 da Lei nº 12.846/2013: Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

Extraí-se também da norma outra hipótese de extraterritorialidade, qual seja, atos praticados contra a administração pública brasileira sediada no exterior. Assim, empresas nacionais ou estrangeiras estarão sujeitas às disposições da Lei Anticorrupção quando atentarem, por exemplo, contra o patrimônio público de representações no exterior da diplomacia brasileira ou de qualquer órgão ou entidade controlados pelo poder público de qualquer esfera da nossa federação.

Administração pública brasileira sediada no Brasil

Pode-se, ainda, vislumbrar uma terceira hipótese de aplicação extraterritorial da norma. Qual seja, ato praticado no exterior contra a *administração pública brasileira sediada no Brasil*. Nesse caso, é bem verdade, a aplicação extraterritorial pode ser limitada, pois, mesmo que o ato ilícito seja iniciado no exterior, seus objetivos pretendidos deverão ocorrer em território nacional (*v. g.* realização no exterior de promessa de vantagem indevida a agente público lotado no Brasil).

No tocante às empresas estrangeiras, cabe destacar que a Lei Anticorrupção restringe seu alcance às sociedades estrangeiras que tenham alguma representação no território brasileiro¹¹. Ou seja, essas duas últimas hipóteses de extraterritorialidade somente se aplicam às empresas estrangeiras caso preencham esse requisito da norma.

Concorrência de jurisdições nacionais

A Lei Anticorrupção determina, ainda, a observância do disposto no art. 4º da mencionada Convenção, o qual regula as relações entre os seus países signatários:

Artigo 4

Jurisdição

1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando

¹¹ Parágrafo único do art. 1º.

o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território.

2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios.

3. Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo.

4. Cada Parte deverá verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito

Ou seja, a Convenção busca evitar que ocorra bis-in-idem ao estabelecer que caso o fato ilícito esteja sujeito a mais de uma jurisdição, os países signatários devem entrar em acordo acerca da jurisdição mais apropriada para a instalação do processo.

3 PESSOAS JURÍDICAS

A pessoa jurídica é mera ficção do direito e somente pode agir por meio de ações de seus representantes – pessoas naturais. Dessa feita, quando se fala em ato ilícito praticado por pessoa jurídica, há também a prática do ato por pessoas naturais.

Em sendo assim, a apuração da prática por pessoas jurídicas de determinado ato ilícito contra a administração pública pode ocorrer mediante a análise desses dois aspectos – ação da pessoa jurídica e ação da pessoa física.

A Lei Anticorrupção deixa bastante explícito que seu objetivo é limitado à responsabilização de pessoas jurídicas e que não tem o intuito de repercutir na apreciação de condutas de pessoas físicas.

Assim, a norma dispõe que a responsabilização das pessoas jurídicas *não exclui a responsabilidade individual de nenhuma pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito*. Ademais, a pessoa jurídica será

responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais¹².

Ou seja, a lei separa os procedimentos de apuração de condutas das pessoas naturais e aqueles referentes às pessoas jurídicas, bem como busca evitar que os resultados de uma apuração repercutam sobre o da outra¹³.

Entretanto, a Lei Anticorrupção, fugindo um pouco de seu escopo principal, dispôs sobre a responsabilização dos dirigentes ou administradores das pessoas jurídicas ao afirmar que *somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade*¹⁴.

Possivelmente, o legislador quis deixar assente que a fixação da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, matéria tratada a seguir, não se estende às pessoas naturais. De qualquer maneira, salvo a necessidade de ser preenchida alguma lacuna jurídica, a responsabilização das pessoas naturais acontecerá de acordo com o rito pertinente – penal, civil ou administrativo – e respectivos sistemas de responsabilização, ou seja, independentemente do disposto a respeito na Lei Anticorrupção.

Responsabilidade objetiva

A norma legal estabelece que a responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva. Em sendo assim, basta que estejam presentes, no que se refere ao dever de ressarcir, o nexo causal entre a conduta ilícita e o dano dela decorrente; e no caso de sanção, que o *ato tenha sido praticado pela empresa*. Não cabe, pois, perquirir a existência de culpa, fator distintivo entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, pelo fato de a culpa não fazer parte do “tipo” administrativo previsto na lei.

Dessas assertivas, cabe destacar que a ausência de perquirição de culpa não afasta a necessidade de que haja a verificação da *prática de determinada*

¹² Art. 3º, *caput* e § 1º.

¹³ Disposição semelhante é encontrada no parágrafo único do art. 3º da Lei 9.605/1998 – que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

¹⁴ § 2º do art. 3º.

conduta ilícita. Assim, a pessoa jurídica, para ser objeto das sanções da Lei Anticorrupção, *deve ser considerada responsável* pelo ato lesivo e *deve praticar* as condutas lesivas nela previstas (arts. 5º e 6º da Lei nº 12.846/2013).

Ademais, a norma estabelece que a configuração do ato ilícito depende de que *tenha sido praticado em seu interesse ou benefício*, não havendo óbices para que *terceiro também seja beneficiado ou tenha interesse* (art. 2º da Lei nº 12.846/2013)

Em outras palavras, é pressuposto da responsabilização da pessoa jurídica que o ato impugnado tenha sido praticado em seu interesse. Podem até coexistir interesses de outros agentes, mas é essencial, para a configuração do ilícito presente na Lei Anticorrupção, a presença de interesse ou benefício da pessoa jurídica a ser responsabilizada.

A reponsabilidade objetiva possui maiores exemplos no campo da reparação civil. Em geral, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (parágrafo único do art. 927 do Código Civil).

Quando se trata da aplicação de sanções administrativas, nosso ordenamento jurídico não é tão rico de exemplos que prevejam, ao menos de forma explícita na lei, a aplicação de sanções independentemente de culpa.

Há argumentos no sentido de que processos administrativos sancionadores se assemelham aos processos penais, sendo necessária a presença do elemento subjetivo – culpa ou dolo – para justificar a aplicação de sanção, sob pena de ficarem violados os dispositivos constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º da Constituição Federal). Esses argumentos, contudo, baseiam-se em preceitos constitucionais relativos à culpabilidade mais afetos às pessoas naturais, sendo que não pode ser descartada a possibilidade de mitigação desses preceitos ao se tratar de pessoas jurídicas.

Conduta de pessoas jurídicas

Consoante as *doutrinas da identificação e da responsabilização pelo ato de seus dirigentes ou empregados*, há a transferência à entidade das condutas, culposas ou não, de seus representantes. Com efeito, se as pessoas jurídicas somente podem agir por meio de pessoas naturais atuando em seu nome¹⁵, nada mais lógico concluir que esse ato configura a própria entidade personalizada atuando. Ou seja, eventual culpa ou dolo desses representantes pertence à própria pessoa jurídica.

Esse entendimento, cabe esclarecer, não equivale a dizer que a pessoa jurídica deva somente ser responsabilizada em conjunto com as pessoas naturais – até porque a própria Lei Anticorrupção descarta essa necessidade. Tão somente afirma-se que, ao se identificar atos ilícitos praticados por pessoas jurídicas, inevitavelmente se deparará com atos ilícitos praticados por pessoas naturais.

Por outro lado, diante da complexidade das organizações empresariais com diluição de atribuições entre diversos agentes, pode-se chegar ao entendimento de que nem sempre é possível associar a determinada pessoa certas condutas que seriam manifestações de vontade da pessoa jurídica. Isso não impede, entretanto, que se considere a conduta da pessoa jurídica pelo conjunto de atos praticados em seu nome, mesmo que não ocorra uma individualização precisa das pessoas naturais que os praticaram.

Uma terceira teoria de responsabilização da pessoa jurídica é baseada na culpa corporativa, qual seja, a entidade somente pode ser responsabilizada caso não disponha de meios adequados de controle para evitar a prática dos atos ilícitos. Entra em questão, pois, a cultura empresarial e a existência efetiva de mecanismos de integridade. Em assim sendo, se há a adoção de procedimentos eficientes de prevenção de ilícitos, a entidade, em razão da ausência de culpa,

¹⁵ Os atos praticados pelos diretores de sociedades anônimas, em nome destas, não ocorre por mera intermediação ou representação da pessoa jurídica. Vale dizer que, a rigor, essas sociedades não são propriamente representadas pelos seus órgãos administrativos nos atos praticados, tendo em vista que é mediante estes que elas próprias se apresentam perante o mundo exterior. (REsp 1377908/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 21/05/2013)

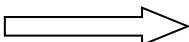
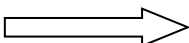
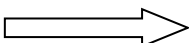
não poderia ser responsabilizada pelo desvio isolado de conduta de um dos seus representantes.

Entretanto, em razão da responsabilização objetiva prevista na lei em estudo, a responsabilidade da entidade independe quer da demonstração de culpa ou dolo de seus representantes quer da demonstração de falhas em eventuais programas de integridade.

4 RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A instauração e o julgamento do Procedimento Administrativo de Responsabilização (PAR) cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, contra o qual foi praticado o ato lesivo¹⁶.

A Lei Anticorrupção e suas normas regulamentadoras não explicitam se será instaurado PAR para cada ato lesivo; para os todos os atos lesivos referentes a um contrato ou se para o conjunto de atos lesivos praticados pela pessoa jurídica:

PAR		por ato ilícito
PAR		pelos atos ilícitos referentes a um contrato
PAR		pelo conjunto de atos ilícitos praticados pela mesma pessoa jurídica

Assim, entende-se que a forma de instauração do PAR depende da avaliação discricionária da autoridade julgadora, a qual poderá utilizar o conceito processual do direito processual penal para a avaliação de mais de um ato lesivo em um mesmo processo:

De qualquer forma, independentemente da quantidade de PAR instaurados, o conjunto das sanções aplicadas deve guardar compatibilidade

¹⁶ Art. 8º da Lei Anticorrupção e art. 3º do Decreto nº 8.420/2015.

com a gravidade dos atos ilícitos apurados. Portanto, a opção processual de apreciação dos ilícitos não deve repercutir no total da reprimenda sofrida pela pessoa jurídica. Ou seja, a autoridade administrativa deve cuidar para que as sanções guardem conformidade/proporcionalidade com a gravidade dos atos praticados, independentemente da opção processual adequada.

Licitações e contratos

A Lei Anticorrupção expressamente estabelece que sua aplicação não afeta a responsabilização por atos ilícitos alcançados pelos diplomas que versem sobre licitações e contratos administrativos¹⁷.

É possível, entretanto, que os atos previstos como infrações administrativas às normas de licitações e contratos da administração pública também sejam tipificados como *atos lesivos na Lei Anticorrupção*. Nesse caso, há a previsão de que esses atos serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto para a Lei Anticorrupção (Arts. 12 e 16 do Decreto nº 8.420/2015).

A junção dos procedimentos de apuração, trata-se, sem dúvida, de medida salutar uma vez que racionaliza os esforços da administração pública e evita a existência de decisões contraditórias.

Responsabilização por dano ao erário

Como era de se esperar, ante o princípio da indisponibilidade do interesse público, a aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação de reparação integral do dano causado pela pessoa jurídica¹⁸.

¹⁷ Art. 30, inciso II.

¹⁸ § 3º do art. 6º da Lei Anticorrupção.

Nessa linha, a norma legal prevê a instauração de processo específico de reparação de dano, o qual deve tramitar independentemente daquele instaurado para a aplicação das sanções¹⁹.

Embora a lei indique a necessidade de instauração de processo administrativo específico para a reparação integral do dano, não descreve que espécie de processo seria este.

Assim, cabe perquirir sobre a natureza jurídica desse processo específico, ou seja, se se trata de processo regulado pela Lei Anticorrupção ou processo de tomada de contas especial, regulado pela Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Conta da União – TCU).

Ora, é cediço que a interpretação das leis deve ser feita de modo a compatibilizá-las com a Constituição, sendo que, em caso de impossibilidade, ter-se-á a revogação ou a inconstitucionalidade da norma legal.

Nos termos da Constituição Federal, em seu art. 71, compete ao TCU julgar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte *prejuízo ao erário público*. Assim, quando se tratar de matéria de competência do TCU, a melhor interpretação para essa disposição da Lei Anticorrupção é que se refere ao processo de tomada de contas especial.

Logo, caso a prática das condutas descritas no art. 5º da Lei Anticorrupção resulte prejuízo ao erário, a autoridade administrativa competente deverá, sob pena de responsabilidade solidária, instaurar o processo específico para apuração do dano, qual seja, a tomada de contas especial, nos termos do art. 8º da Lei n. 8.443/1992.

5 ACORDO DE LENIÊNCIA

A Lei Anticorrupção instituiu a possibilidade de realização do chamado acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

¹⁹ Art. 13 da Lei Anticorrupção.

Mediante esse acordo, a pessoa jurídica obtém redução das sanções a ela aplicáveis e a administração pública obtém informações aptas a permitir o aprofundamento das investigações.

Esse acordo guarda semelhança com duas outras espécies de pactos previstos no ordenamento jurídico brasileiro (acordo de leniência no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e delação premiada no âmbito judicial).

A origem dessa espécie de pacto remonta aos Estados Unidos (década de 1970), onde esse tipo de acordo teve por objetivo inicial o combate às práticas de cartéis.

Atualmente é previsto em diversas legislações estrangeiras (v.g. União Europeia, Canadá, Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido).

A razão de ser desses institutos é simples: estimular a colaboração daqueles envolvidos na prática de atos ilícitos de forma a identificar outros infratores e evitar a reiteração das condutas ilícitas. Trata-se de importante instrumento de investigação apto a dotar as autoridades de informações relevantes sobre atos ilícitos que não necessariamente seriam obtidas sem a celebração dos acordos.

Abrangência objetiva

Além dos atos previstos na Lei Anticorrupção, o acordo de leniência também poderá abranger ilícitos previstos nas normas de licitações e contratos administrativos, com vistas à isenção ou à atenuação das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar. (art. 17 da Lei nº 12.846/2013, com a redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015).

Aplicação retroativa

A Lei Anticorrupção entrou em vigência no prazo de 180 dias após a data de sua publicação em 2/08/2013.

Em regra, as normas jurídicas não retroagem e somente se aplicam a fatos ocorridos depois de sua vigência (princípio *tempus regit actum*). Assim, a Constituição Federal dispõe que²⁰:

- I. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.
- II. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Ou seja, o ordenamento confere especial atenção à segurança das relações jurídicas ao impedir que a superveniência de novas normas afete situações consolidadas.

Entretanto, a Constituição Federal estabelece que *as normas penais podem retroagir para beneficiar o réu*²¹. Em assim sendo, como as normas referentes aos acordos de leniência podem beneficiar as pessoas jurídicas infratoras, é possível, em tese, a celebração do acordo para fatos ocorridos anteriores à entrada em vigência da Lei Anticorrupção.

Por certo, esses acordos somente abrangeriam as sanções previstas nas normas de licitações e contratos administrativos, pois aquelas da Lei Anticorrupção não seriam aplicáveis por não estarem tipificadas quando da ocorrência dos fatos, de acordo com o princípio da irretroatividade da lei penal.

Finalidade

Da colaboração da pessoa jurídica deverá resultar²²:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. (grifou-se)

Observa-se que a norma legal, quer em sua redação original quer com a redação conferida pela Medida Provisória nº 703/2015, é expressa ao

²⁰ Art. 5º, incisos XXXVI e XXXIX.

²¹ Artigo 5º, inciso XL.

²² Incisos I e II do art. 16 da Lei Anticorrupção.

disciplinar que essas informações *devem resultar da celebração do acordo de leniência*. Assim, caso essas informações já se encontrem em poder da autoridade julgadora, a celebração do acordo torna-se desnecessária e sem amparo legal.

Nessa linha, a Lei Anticorrupção estabelece que o acordo deverá prever as condições para que seja assegurada *a efetividade da colaboração e sua contribuição para o resultado útil do processo*²³. Ou seja, as informações fornecidas devem ser significativas em relação aos elementos de prova já de posse das autoridades.

Outro ponto a ser considerado é que a celebração do acordo de leniência insere-se no poder discricionário da autoridade pública, a qual *avaliará se os elementos advindos do acordo são compatíveis com os benefícios propiciados à pessoa jurídica*. Evidentemente, a avaliação do grau de efetividade é subjetiva.

Reflexos em outros processos de responsabilização

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios celebrarão o acordo por meio de seus órgãos de controle interno (art. 16 da Lei nº 12.846/2013).

Com a redação conferida pela Medida Provisória nº 703/2015, outros atores – Ministério Público e Advocacia Pública – foram habilitados a participar da celebração do acordo de forma conjunta com o Controle Interno.

Assim, de acordo com os atores envolvidos na celebração do acordo, seus efeitos irradiam-se para outras esferas de atuação do Sistema de Controle, o que garante maior segurança jurídica ao proponente. Por exemplo, o acordo celebrado com a participação da Advocacia Pública e do Ministério Público impede que qualquer legitimado ajuíze ou prossiga com as ações judiciais de que tratam a Lei Anticorrupção, a Lei de Improbidade Administrativa ou com outras ações de natureza civil.

²³ Art. 16, § 4º.

Seria desejável, entretanto, que todos os diversos órgãos responsáveis pela apuração do ilícito – Ministério Público, Controladorias, Tribunais de Contas – tivessem competências legais para celebrarem acordos de leniência em conjunto, de modo a fornecer a necessária segurança jurídica aos signatários do acordo e, por conseguinte, ao estimular a sua celebração, propiciar que sejam desvendadas práticas de corrupção contra a administração pública.

Com efeito, as vantagens da celebração do acordo de leniência para as pessoas jurídicas podem ser esmaecidas caso o resultado do acordo seja considerado uma confissão do ilícito a ser objeto de diferentes sanções em outras instâncias. Na mesma linha, os dirigentes da pessoa jurídica podem ser tentados a não celebrar o acordo se as informações fornecidas puderem ser utilizadas contra eles em persecução penal.

Pioneirismo na manifestação de interesse

Na sua versão inicial, a norma legal impunha, como requisito da celebração do acordo, que a pessoa jurídica fosse a primeira a manifestar seu interesse em cooperar para a apuração do ilícito.

Essa exigência nos remete ao célebre problema conhecido como “o dilema do prisioneiro”, formulado Merrill Flood e Mevin Dresher em 1950 e posteriormente formulado por Albert W. Tucker.

A situação hipotética é a seguinte:

Dois suspeitos são detidos pela polícia e isolados um do outro. É oferecido a ambos um mesmo acordo: aquele que testemunhar contra o outro ganha a liberdade e o que permanecer em silêncio deverá cumprir pena de 10 anos. Se ambos ficarem em silêncio, deverão ser condenados a 1 ano de cadeia cada um, por um crime de menor importância. Se ambos traírem o colega, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro toma sua decisão sem conhecer a do outro.

Numa situação em que se dispõe de informações, é de esperar que os prisioneiros fizessem acordo entre si para permanecer em silêncio, situação na qual cada um seria condenado a uma pena menor e o total da pena aplicada (2 anos) seria menor que as penas aplicáveis nas outras situações (5 anos para cada ou 10 anos para um deles).

Contudo, no mundo de informação imperfeita, espera-se que cada prisioneiro busque evitar a condenação máxima, que ocorreria caso fosse entregue pelo companheiro. Fazendo isso, também buscam se livrar da pena. Esse tipo de motivação induz ambos os prisioneiros a confessar, o que resulta na condenação de ambos a 5 anos de cadeia.

Extraí-se do dilema do prisioneiro que os modelos geradores de incerteza para os agentes privados podem trazer benefícios para o Poder Público, em razão não apenas dos estímulos conferidos como também do receio das consequências de eventual não-colaboração.

No modelo originalmente adotado pela Lei 12.846/2013, o receio de não ser a primeira a celebrar o acordo induziria a pessoa jurídica a cooperar rapidamente, sob pena de, em não o fazendo, perder os benefícios para a primeira pessoa jurídica que colaborar.

Essa era, aparentemente, a motivação original da lei, posteriormente alterada. Nesse sentido, a exposição de motivos do Projeto de Decreto Legislativo nº 28/2015, o qual visa sustar alguns dos dispositivos do Decreto nº 8.420/2015:

É que o acordo de leniência não é um mecanismo de perdão de atos ilícitos. Ela é um mecanismo facilitador da investigação, uma espécie de atalho por meio do qual a investigação pode progredir mais rapidamente, facilitando a responsabilização dos culpados e a recuperação dos recursos subtraídos do Patrimônio Público.

Esses incentivos estão diretamente ligados ao requisito de que a empresa a realizar o acordo seja a primeira que concordou em auxiliar nas investigações.

Como no caso hipotético do “dilema do prisioneiro”, da célebre Teoria dos Jogos, para que a leniência cumpra sua função, as diversas empresas que tenham participado no

esquema de corrupção devem ficar desconfiadas de que a qualquer momento uma delas fará o acordo de leniência, deixando todas as outras em situação difícil ao mesmo tempo em que se livra a si mesma das punições. É com base nessa incerteza quanto à possibilidade de que as demais empresas podem a qualquer hora romper o silêncio e fazer o acordo, que uma das empresas acabará fazendo, ela mesma, a leniência.

Já se as empresas souberem que todas podem se beneficiar da leniência, independentemente da ordem de propositura do acordo, o mais provável é que todas tentem, primeiro, uma estratégia defensiva conjunta, porquanto, se todas silenciarem, pode ser que nenhuma seja condenada. E, no final, se uma delas traísse o esquema, mesmo assim ainda restaria aberta a possibilidade de todas fazerem o mesmo acordo, depois de esgotadas todas as estratégias de defesa e quando a condenação já fosse certa.

Portanto, não existe acordo de leniência sem o requisito de que ele beneficie apenas e tão somente a primeira empresa a propô-lo.

Contudo, a Medida Provisória nº 703/2015, ao excluir esse requisito, permite que outras empresas venham a se beneficiar do acordo, o que descaracteriza um pouco a finalidade do instituto e reduz o estímulo à confissão, ao reduzir o grau de incerteza dos agentes. Em consequência, nenhum dos coautores do ilícito sente-se compelido a colaborar.

Por outro lado, a possibilidade de participação de mais de uma empresa no acordo de leniência está prevista em outras normas similares nacionais e internacionais (*v.g.* normas da Comissão Europeia), o que parece indicar que a prática vem propiciando resultados positivos.

Desta feita, o relevante é que as demais empresas contribuam com *as investigações trazendo fatos novos de forma a justificar o acordo*. Caso contrário, estar-se-ia desvirtuando suas finalidades para apenas “salvar” empresas.

Nessa linha, poder-se-ia adotar o conceito de Amnesty Plus (anistia adicional), adotado nos Estados Unidos, por meio do qual a segunda empresa a se manifestar acerca de uma infração pode trazer elementos sobre uma infração completamente diferente de forma a atenuar ou excluir as sanções de ambas.

Ressarcimento do dano

O acordo de leniência não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado²⁴.

Com efeito, a cooperação para a apuração do ilícito não deve servir de fundamento para o enriquecimento sem causa da pessoa jurídica.

Por outro lado, seria recomendável que constasse do acordo a obrigatoriedade de ressarcimento do dano por parte da pessoa jurídica, de forma a aumentar as vantagens advindas de sua celebração para a administração pública.

Por certo, para que constasse essa disposição do acordo, seria necessário que já houvesse a fixação do valor do prejuízo sofrido pelo erário, sendo necessário observar as disposições normativas pertinentes. Entretanto, como é de se esperar que a celebração do acordo ocorra nos estágios iniciais do procedimento de apuração de responsabilidade, é possível que não se tenha uma quantificação do dano nesse momento.

Outra hipótese é que conste do acordo a parcela incontroversa do dano – admitida pela pessoa jurídica –, sem prejuízo de ulteriores apurações que possam melhor quantificar esse prejuízo.

De qualquer forma, até em razão da ausência de disposição legal, cabe observar que o eventual ressarcimento do dano efetuado no bojo do acordo de leniência não vincula a atuação do Poder Judiciário e de outras esferas de apuração, como os Tribunais de Contas. Ou seja, o eventual ressarcimento de dano previsto no acordo não constitui uma quitação plena acerca dos prejuízos decorrentes de determinado ilícito.

Nesse sentido, o acordo de leniência depois de assinado deverá ser encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, que poderá apurar o prejuízo ao erário quando entender que o valor constante do acordo não é suficiente

²⁴ Art. 16, § 3º, da Lei Anticorrupção.

para reparar integralmente o dano causado (§ 14º do art. 16 da Lei nº 12.846/2013).

6 CONCLUSÃO

A Lei Anticorrupção Empresarial foi editada dentro de um contexto de expansão das atividades da *administração pública ativa em geral* e, em especial, dos setores de controle interno e de controladoria a cargo do Poder Executivo de cada ente da Federação.

Essa expansão de atividades, por certo, amplia as hipóteses de responsabilização daqueles que atentem contra a administração pública. Com esse movimento legislativo, busca-se preencher lacuna jurídica que eventualmente permita que a prática de determinados comportamentos reprováveis não tenha a necessária e correspondente sanção. A própria Lei Anticorrupção é um exemplo de que faltavam mecanismos para a ocorrência da responsabilização de pessoas jurídicas.

Entretanto, a ampliação dos mecanismos de proteção da administração pública está a ocorrer de forma desordenada e sem que haja a preocupação de otimizar os esforços dos agentes públicos e instituições que detêm tais prerrogativas. Nessa linha, a inserção no ordenamento positivo da Lei Anticorrupção foi assistemática por não levar em consideração as diversas instâncias de responsabilização por atos ilícitos contra a administração pública.

É crescente, pois, a possibilidade de que haja esforços e atuações redundantes que acabam por comprometer ou prejudicar os empenhos empreendidos para combater a corrupção na sociedade brasileira. Isso porque sempre haverá um limite, quer de orçamento quer de pessoal, para qualquer atuação governamental ou privada, inclusive aquela referente ao combate de ilícitos praticados contra a administração pública. Assim, desperdícios de esforços propiciarão que alguma prática ilícita deixará de ser combatida adequadamente.

Ademais, as incertezas acerca dos limites de atuação de cada ator poderão gerar diversas controvérsias jurídicas que inevitavelmente retardam os procedimentos. Some-se a isso, a insegurança jurídica decorrente dos limites de cada instância de apuração (v.g. abrangência dos efeitos do acordo de leniência sobre a atuação do TCU), a possibilidade de decisões contraditórias e a ocorrência de sanções em duplicidade pelo mesmo fato.

Surgem dúvidas, pois, acerca da eficácia da diluição dos processos administrativos e judiciais.

Essa diluição de processos também torna desnecessariamente tortuosa a atuação dos jurisdicionados e cidadãos que, de alguma forma, são alcançados por esse sistema de responsabilização. Pode acontecer que, em decorrência dos mesmos fatos, o administrado tenha que prestar esclarecimentos em múltiplas instâncias, as quais são regidas por regras processuais distintas e diferentes critérios de valoração por parte dos julgadores.

Sob essa ótica, embora possa ser considerado pertinente o advento da Lei Anticorrupção para os fins que se propõe, perde-se mais uma vez a oportunidade para que se rediscuta a atuação de todos os agentes e instituições envolvidos no amplo assunto de combate à corrupção. Com a janela de oportunidades e discussões propiciada pelo advento dessa norma legal, poder-se-ia definir a atuação de cada ator de forma a serem evitados conflitos de atribuições e permitir que o sistema como um todo funcione com a máxima eficácia.

A necessidade de diretrizes para harmonizar as múltiplas instâncias de apuração de responsabilidades por ilícitos contra a administração é evidenciada pela quantidade de caminhos que podem ser adotados nesse sentido:

- ✓ Processo Administrativo Disciplinar – PAD (Lei nº 8.112/1990, no caso da União);
- ✓ Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992);
- ✓ Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/2013);

- ✓ Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965);
- ✓ Tomada de contas especial a cargo dos Tribunais de Contas;
- ✓ Ações penais;
- ✓ Sanções decorrentes das normas de licitações públicas.

Essa quantidade de instâncias de apuração é potencializada quando se constata que muitos desses instrumentos são replicados nos diversos entes da Federação.

Entretanto, de forma contrária ao esperado, a Lei Anticorrupção trouxe mais pontos de tensão entre os atores do sistema de combate aos ilícitos contra a administração pública. Um exemplo evidente é a superposição de atribuições entre a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União, gerando possíveis *zonas de conflito*.

É patente, pois, a necessidade de que haja uma revisão da atuação de todas as instituições públicas que buscam a apuração de ilícitos praticados contra a administração pública, de forma a tornar mais efetivo o sistema como um todo e evitar redundância de esforços.

Possivelmente, essa nova forma de atuação das instituições deva ser acompanhada de alterações legislativas e do fortalecimento da cultura de interlocução entre os órgãos, que deve possibilitar que cada um deles contribua com seus meios para um objetivo comum.

Um exemplo recente da importância da colaboração institucional é a decisão do Poder Judiciário de compartilhar com o TCU informações obtidas com as investigações de corrupção na Petrobras (“Operação Lavajato”). Trata-se de procedimento pioneiro, já apresentando resultados promissores, que deve balizar futuras cooperações entre as todas as instituições incumbidas de combater práticas ilícitas contra o patrimônio público.

Não se pode negar, é bem verdade, que as alterações provadas pela Medida Provisória nº 703/2015, ainda pendentes de apreciação pelo Congresso Nacional, trouxeram significativos avanços no sentido de coordenar a atuação das diversas instâncias de controle. Com a retomada da discussão da matéria no

âmbito legislativo, está aberta uma significativa janela de reflexão para o aperfeiçoamento da atuação das instâncias de controle.

A FACE DO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES: MITO E REALIDADE

Lilian Rose Lemos Rocha¹

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar os pontos de estrangulamento dos métodos de controle de prevenção e combate à biopirataria, especificamente o tráfico de animais da fauna brasileira, bem como avaliar a aplicabilidade da legislação de combate ao tráfico de animais.

A proposta deve-se ao fato de que as ações que vêm sendo tomadas por atores públicos, ONGs e pela sociedade, não bastam para impedir que a nossa biodiversidade seja saqueada tão rapidamente. Além disso, os métodos de controle não são suficientemente eficazes para coibir tal prática. Assim, ao pesquisar o tema em questão, depara-se logo com uma triste realidade: o desaparecimento gradativo da fauna brasileira.

Os dados são alarmantes e por isso mesmo, preocupantes, diante da estimativa de que a cada ano, 38 milhões de animais silvestres saem do país clandestinamente. No mundo, este crime movimentada de U\$ 10 a 20 bilhões por ano, e representa hoje, a terceira maior atividade ilícita do planeta, somente atrás do tráfico de drogas e armas². O Brasil detém 22% das espécies animais vivas existentes no planeta e, por isso, é um dos países mais visados pelos biopiratas.

¹ Coordenadora Acadêmica do CBEC (Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais) - UniCEUB, Coordenadora da Pós-Graduação em Direito do UniCEUB, Doutora em Ciências e Tecnologias na Saúde - UNB, Mestre em Desenvolvimento Sustentável - UNB.

² MESQUITA, Andréa. Biopirataria: fauna e flora brasileiras ameaçadas pela ação dos traficantes. *Revista Justilex*, ano II, n. 15, mar. 2003, p. 13.

A biopirataria é um tema que inquieta as agendas políticas, as ONGs e a sociedade civil organizada, tornando absolutamente necessárias medidas eficazes e céleres por parte do Estado, para combater o tráfico de animais.

No caso brasileiro temos ainda um agravante que envolve o imenso espaço territorial, a pobreza e a falta de educação em todos os níveis, tornando quase nula a fiscalização de quilômetros de fronteira terrestre e oceânica. A Polícia Federal e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA não possuem aparato operacional e nem humano suficientes para efetuar o trabalho a contento.

A biopirataria não é apenas o contrabando de diversas formas de vida da flora e fauna. É uma atividade altamente rentável, que movimenta bilhões de dólares e inclui a apropriação e monopolização de conhecimentos das populações tradicionais no que se refere ao uso dos recursos naturais. O Brasil, a exemplo de grande parte dos países em desenvolvimento, ainda não dispõe de um sistema de proteção legal dos direitos de propriedade intelectual de comunidades tradicionais.

Além dos materiais genéticos levados clandestinamente ou ilegalmente exportados, calcula-se que anualmente cerca de 38 milhões de animais silvestres atravessam as fronteiras ilegalmente, sendo que grande parte deste total é levada para fins de biopirataria, como é o caso das serpentes, cujos venenos são pesquisados para servirem de princípios ativos na fabricação de medicamentos.

O combate à biopirataria depende mais de leis internacionais do que nacionais. Pesquisadores e especialistas no assunto concordam que sem a consolidação de acordos e tratados, que proíbam o registro e o patenteamento de recursos naturais, e que não tenham sua procedência claramente definida, a biopirataria continuará sendo um negócio rentável.

1 A PROTEÇÃO À FAUNA: EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO

A evolução histórica da legislação penal brasileira no tocante à fauna, teve início no século XVI³, através das normas advindas de Portugal.

A preocupação com os recursos naturais fez-se presente quando o reino de Portugal começou a sentir os efeitos provocados pela sua falta, já em 1326⁴. Portugal passava por uma grave crise em seus gêneros alimentícios e por uma escassez de seus recursos naturais. A metrópole viu uma importante fonte de renda desaparecendo juntamente com alguns elementos de sua fauna e flora. Sendo assim, com o intuito de evitar a crise e, principalmente, dos prejuízos comerciais e econômicos, a Coroa determinou a elaboração de normas de caráter ambiental.

As regras lusitanas já não possuíam muita eficácia e a degradação sistemática e ininterrupta do patrimônio faunístico brasileiro, fez-se freqüentemente paralela às regras dotadas de excessiva gravidade nas suas sanções, mas que na prática foram desrespeitadas por falta de fiscalização e de efetiva aplicação.

Nas Ordenações Manuelinas, verificou-se a proibição de caçar em regiões destruídas pelo fogo durante trinta dias subseqüentes ao incêndio. Essa norma visava evitar a destruição dos animais, já que sem a cobertura vegetal, estes se tornavam alvos bem mais vulneráveis. Também vedava o emprego de instrumentos cruéis, que se quebrasse os ovos de perdizes, inclusive instituindo a pena de dois mil réis para quem fosse flagrado utilizando instrumentos cruéis contra os animais⁵.

Outra prática coibida pelos Portugueses era a comercialização indiscriminada de colméias para aqueles vendedores que matavam as abelhas após a compra, onde a pena poderia ser o açoite ou pena de degredo, quando eram enviados para a África⁶.

³ CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Letras & Letras, 1991, p. 95.

⁴ WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira: subsídios para a história do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5.

⁵ WAINER, Ann Helen. Op. cit., p. 8.

⁶ CARVALHO, Carlos Gomes de. Op. cit., p. 97.

Durante as Ordenações Filipinas também foi mantida a proibição de matar abelhas; a vedação da utilização de instrumentos cruéis para matar ou caçar perdizes, bem como a caça em determinados locais e épocas; e a proibição de não poder pescar em rios e lagoas de água doce com redes⁷. Ficou também proibido o lançamento, nos rios e lagoas, em qualquer época do ano, de materiais que pudessem sujar ou matar os peixes.

O agravante da lacuna legislativa da época somada ao grande espaço territorial brasileiro, contribuiu para o surgimento de criminosos por delitos ambientais. A falta de apego pelas terras e pela conservação das riquezas naturais brasileiras, também predominavam no espírito dos que aqui vinham habitar. Sendo este mais um, entre os diversos fatores, que contribuíram para a degradação da fauna brasileira no período colonial.

Em 1630 e 1645, o nordeste do Brasil passou pela dominação holandesa. Os holandeses demonstraram alguma preocupação com o patrimônio natural, porém estavam mais interessados na natureza sob a ótica econômica, do que propriamente ecológica. Nesse sentido, elaboraram normas ambientais, proibindo o abate da árvore de cajueiro, determinaram o cuidado com a poluição das águas, criaram normas especiais para a pesca e a caça, e apoiaram a conservação das espécies existentes e a prática de introdução de animais de outras regiões.

Após a vinda de D. João VI ao Brasil, constatou-se alguns progressos da legislação administrativa ambiental e nos incentivos à conservação de espécies nativas, tanto animais como vegetais. Foi então, promulgada a Carta Régia de 1797, a criação do Jardim Botânico, em 1808 por Dom João VI, e a decisão de Dom Pedro II de mandar plantar a Floresta da Tijuca, em 1861 “a fim de garantir o suprimento de água para o Rio de Janeiro, ameaçado pelos desmatamentos das encostas dos morros⁸”.

⁷ PIERANGELLI, José Henrique. Maus tratos contra animais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 765, jul. 1999, p. 231-232.

⁸ SILVA, Geraldo Eulário do Nascimento e. *Direito ambiental internacional e fauna terrestre brasileira*. Rio de Janeiro: Thex/Biblioteca Estácio de Sá, 2000.

Embora tenha sido um período marcado por avanços, não se pode deixar de registrar que estas medidas não foram suficientes para impedir a devastação das florestas, a prática de caça e pesca predatórias e a comercialização indiscriminada do patrimônio faunístico brasileiro. Essa destruição desmedida fez seguramente, com que muitas espécies e subespécies sofressem uma significativa diminuição em sua população.

Com a promulgação do Código Civil em 1916, os animais passaram a receber um tratamento eminentemente privatista. Portanto, os animais silvestres poderiam pertencer à propriedade de alguém por meio de caça ou pesca.

Por meio do Decreto nº 23.793 – Código Florestal, os animais voltaram a ser objeto e tutela do direito, introduzindo pela primeira vez o termo “fauna” na legislação penal brasileira, prevendo ainda, a pena de multa e pena restritiva de liberdade.

Em 1938 surgiu o primeiro Código de Pesca, entretanto, não havia em seu texto normativo, a preocupação com a escassez ou extinção desse recurso natural, pois nesse período ainda prevalecia a idéia de que os animais seriam um recurso ilimitado.

Em 1943 foi instituído o Código de Caça, revelando mais uma preocupação em estabelecer normas para a prática de caça do que realmente tutelar a conservação dos animais brasileiros, tanto que permitia uma das modalidades mais perniciosas de degradação faunística: a caça profissional⁹.

Nessa época, ainda era pequena a conscientização sobre a “gravidade da degenerescência do meio ambiente natural, cuja proteção passou a reclamar uma política deliberada, mediante normas diretamente destinadas a prevenir, controlar e a recompor sua qualidade¹⁰”. Mas, esse fato começaria a mudar com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972.

⁹ BRASIL. *Código de Caça de 1943*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 128.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 16-17.

No ano de 1973, diversos países assinaram a Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção – CITES. Esta foi ratificada pelo Brasil em 1975, através do Decreto Legislativo nº 54, de 24 de junho e promulgada no mesmo ano, pelo Decreto nº 76.623, de 17 de novembro. Seu objetivo consistia em “criar um sistema de cooperação mundial que permitisse controlar e combater o tráfico e comércio internacional de animais silvestres e seus produtos¹¹”.

Como observa Maria Cristina Zeballos¹² “se pensou que atacando o contrabando e regulando o comércio, se poderia assegurar a sobrevivência daqueles exemplares mais depredados pela caça [...]”.

Com a Constituição Federal de 1988 aplicando uma nova forma de proteção ao patrimônio ambiental, o ambiente foi protegido como um todo, e não de forma setORIZADA como vinha ocorrendo, como se a destruição da fauna não afetasse a flora, e essa, os recursos hídricos e atmosféricos. Os animais passaram a ser vistos como parte integrante de uma imensa e complexa teia que regia a vida do planeta. Posteriormente, surgiu a Lei nº 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais, unificando todos os delitos ambientais, que previa em um corpo legal, todos os aparatos que o Estado possui hoje para controlar e combater o tráfico de animais.

2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA

Nas últimas décadas, houve uma reavaliação do modo de ver e tratar o patrimônio faunístico, principalmente quando se compreendeu que ele não era um recurso ilimitado, e que seu esgotamento poderia comprometer a qualidade de vida e até mesmo, a existência do próprio homem.

A Declaração de Estocolmo exerceu um papel preponderante para essa conscientização e para a construção de uma nova etapa na legislação ambiental, abrindo caminho para que as constituições passassem a fornecer um

¹¹ SISTOS, Maria Cristina Zeballos de. *El control Del comercio internacional de especies amenazadas da fauna y la flora silvestres*. In: *Evolución reciente del derecho ambiental internacional*. Buenos Aires: A-Z, 1992, p. 103.

¹² Idem, *ibidem*.

tratamento nitidamente conservacionista aos recursos naturais, com a finalidade de combater a degradação ambiental.

A Constituição Federal de 1988 apresentou uma tutela adequada e moderna sobre a fauna, consolidando a fauna como elemento integrante do meio ambiente, essencial na manutenção do equilíbrio ambiental e no desenvolvimento da sadia qualidade de vida humana.

Pode-se concluir assim, que em nível constitucional, todos os animais, isto é, “todos os seres irracionais, terrestres e aquáticos organizados, dotados de sensibilidade física e psíquica e da faculdade de executar movimentos voluntários, de acordo com as leis naturais de ordem biológica, física e psíquica” foram tutelados, independente da espécie a que pertençam ou do habitat que vivam¹³.

No texto constitucional em vigor, são várias as disposições explícitas e implícitas ao patrimônio faunístico. As primeiras encontram-se nos dispositivos do art. 23, VII - que estabelecem a competência comum ao Poder Público para protegê-la¹⁴, competência essa comum à União, Distrito Federal, Estados e Municípios para tratar das questões da preservação da fauna brasileira. Assim, os níveis de governo se unem, sendo que cada um, dentro das suas atribuições, exerce o poder de regulação do Estado, e especialmente, de fiscalização da aplicabilidade da lei ou poder de polícia para coibir a prática do comércio de animais em território brasileiro.

Pelo texto constitucional, o Poder Público possui dupla função na questão da regulação da fauna. A primeira tem a obrigação de não fazer, que se refere ao dever de preservar. A segunda é a proibição ao Poder Público de licenciar ou permitir, qualquer atividade lesiva à fauna, ou seja, o poder público tem o dever constitucional de proceder ao manejo ecológico, obrigando sempre que

¹³ CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, 1998, p. 65.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2003, art. 23, VII.

necessário a realizar meios adequados à preservação de espécies e ecossistemas ameaçados.

Embora o termo fauna se encontre presente em vários dispositivos do texto constitucional, foi no art. 225, parágrafo 1, VII, da Constituição Federal, que atribuiu ao poder público a tarefa de “proteger a fauna e a flora ..., proibindo assim: a) práticas que provoquem, a extinção das espécies; b) práticas que coloquem em risco a sua função ecológica; e c) proibição de práticas que submetam os animais à crueldade¹⁵”.

Assim, a CF proibiu as condutas que causassem a extinção das espécies, buscando simultaneamente, evitar o desequilíbrio ambiental, preservar a biodiversidade e proporcionar uma melhor qualidade de vida para todos.

Conclui-se que a matéria faunística no texto constitucional, que era basicamente objeto de leis esparsas, obteve uma sólida tutela na CF/88, pois foi reconhecida como elemento essencial ao equilíbrio ecológico e à sadia qualidade de vida de todas as espécies, inclusive a do próprio ser humano, fortalecendo o papel do Estado como ente regulador e responsável pela preservação da biodiversidade, além de oferecer meios de aplicação de regras públicas que visassem o controle, a fiscalização e a proibição do comércio de animais.

3 DEGRADAÇÃO DA FAUNA: CAUSAS FUNDAMENTAIS

A história da degradação da fauna, teve início com a própria aparição do homem sobre a terra. Inicialmente, o impacto era mínimo, somente para sua subsistência, devido “à fraca densidade de suas populações, cuja taxa de crescimento se manteve num nível muito baixo durante milênios, e à modéstia dos meios técnicos de que dispunha”.¹⁶

¹⁵ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 76-77.

¹⁶ DORST, Jean. *Antes que a natureza morra: por uma ecologia política*, p. 19. Cf. CARVALHO, José Cândido de Melo. *Conservação da natureza*. In: Atlas da Fauna Brasileira, p. 10.

Com o advento da Revolução Industrial ocorrida no século XVII, o ser humano adquiriu a capacidade de modificar o ambiente como jamais visto em épocas pretéritas. A partir do final do século XIX, mais precisamente, após a Segunda Guerra Mundial, as grandes descobertas científicas e tecnológicas possibilitaram ao homem conquistas extraordinárias na sistemática de exploração da natureza.

No Brasil, a destruição da fauna começou com a chegada dos colonizadores portugueses que, por seus escritos, criaram os primeiros registros sobre a riqueza da fauna brasileira. Descreveram a variedade e a mansidão de certas espécies que permitiam sua captura sem dificuldades. No entanto, esse equilíbrio foi quebrado por meio do desmatamento desordenado, da caça excessiva e do contrabando ilegal.

Como registro espantoso da prática econômica portuguesa, foi liberada a caça à baleia, pois a quantidade de baleias era farta, a venda certa e o lucro cada vez mais atraente, reservando à Coroa Portuguesa o monopólio, mas não a exploração, pois esta ela terceirizava em contratos de concessão que duravam anos.

Observa-se, portanto, que a degradação de habitats, o contrabando, a pesca e a caça excessiva, são práticas antigas na história do Brasil.

O comércio ilegal de animais silvestres constitui outro fator que contribuiu para a extinção de numerosas espécies da fauna brasileira. O tráfico de animais silvestres, atualmente, segundo Bechara, é o terceiro maior do mundo, ficando atrás apenas do tráfico de drogas e de armas. “Estima-se que 12 milhões de animais por ano são retirados de seus habitats para atender as suas finalidades”.¹⁷

4 ANÁLISE DO PROBLEMA NO BRASIL

¹⁷ BECHARA, Érika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*. Dissertação de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1998, p. 128.

No Brasil o problema torna-se quase insolúvel quando se observa que a sua extensão territorial é quatro vezes maior que a do México, e sete vezes que da Colômbia. Abrangendo climas desde o tropical até o temperado, permitindo que o país compartilhe faunas e floras tropical-equatoriais, criando assim, um ambiente mais diverso do mundo. Ambientes como a Mata Atlântica e a Floresta Amazônica abrigam um grande número de espécies endêmicas. Mesmo o Cerrado e a Caatinga, têm floras e faunas das mais ricas do mundo, comparadas às regiões que apresentam as mesmas condições em outros países e continentes.¹⁸

Apesar da extraordinária biodiversidade biológica, que desde o século XVII surpreendeu os europeus que estiveram no país, e até recentemente, os levantamentos realizados para apuração de dados da nossa fauna têm sido feitos por estimativas baseadas ou em dados de regiões ou por proporcionalidade dos grupos conhecidos em relação àqueles desconhecidos, o que pode ser observado no quadro a seguir:

Tabela 1 - Número presumido de espécies conhecidas no Brasil, comparado a estimativas projetadas do total de espécies existentes no Brasil e no mundo.

	Brasil				Mundo
Táxon	Número de espécies conhecidas	Total projetado de espécies	Intervalo de confiança do total de espécies	razão desc/con h.	Total projetado de espécies
Vírus	400	55.000	(39.000 – 71.000)	136	400.000
Bactérias	1.400	136.000	(97.000 – 176.000)	96	1.000.000
Protozoários	3.200	27.000	(19.000 – 35.000)	8	200.000
Fungos	13.000	205.000	(145.000 – 264.000)	15	1.500.000

¹⁸ LEWINSOLHEN, T. M.; PRADO, P. I. Biodiversidade Brasileira: Síntese do Conhecimento Atual. Relatório Técnico Final do Projeto BRA 97G31 "Avaliação do estado de conhecimento da diversidade biológica do Brasil". Ministério do Meio Ambiente, SBF e PNUD, Brasília, 2000.

Algas	4.900	55.000	(39.000 – 10 71.000)	400.000
Plantas	47.000	52.000	(49.000 – 0.1 56.000)	320.000
Artrópodes	116.500	1.214.000	(860.000 9 – 1.568.000)	8.900.000
Outros invert.	9.700	116.000	(82.000 – 11 150.000)	850.000
Vertebrados	6.200	8.000	(7.000 – 0.3 9.000)	50.000
Total	202.500	1.870.000	(1.340.000 8 0 – 2.400.000)	13.620.000

Fonte: LEWINSOLHEN, T. M.; PRADO, P. I. Biodiversidade Brasileira: Síntese do Conhecimento Atual. Relatório Técnico Final do Projeto BRA 97G31 "Avaliação do estado de conhecimento da diversidade biológica do Brasil". Ministério do Meio Ambiente, SBF e PNUD, Brasília, 2000.

Assim, os dados apresentados, representam um desafio considerável para pesquisadores, poder público e instituições, pois os métodos e suporte financeiro atualmente existentes, e o problema de desconhecimento da biodiversidade brasileira¹⁹, implicam que as espécies hoje ameaçadas, só poderão resistir com a intervenção humana e por meio de manejo de populações e espécies nativas. Ora, este manejo só poderá ser realizado com o conhecimento das espécies. No Brasil os recursos humanos e materiais para gerar este conhecimento estão muito aquém do necessário.²⁰

Baseados nos estudos realizados pela WWF – Fundo Nacional para Natureza e Banco Mundial, foram apresentados dados alarmantes e preocupantes sobre a ameaça aos biomas brasileiros, destacando os seguintes pontos mais expressivos: a mata atlântica é o quinto bioma mais ameaçado do mundo; a sua grande extensão geográfica e diversidade de clima, proporcionam a existência de uma incomparável diversidade biológica; possui uma

¹⁹ LEWINSOLHEN, T. M.; PRADO, P. I. Op. cit.

²⁰ Idem.

diversidade de seres vertebrados e endêmicos com 251 espécies de mamíferos, sendo 160 endêmicas; 620 espécies de aves, sendo 73 endêmicas; 200 répteis, com 60 endêmicos e 280 anfíbios, dos quais 253 são endêmicos²¹. Com base nestes dados, algumas espécies desse grupo existentes no mundo só ocorrem na Mata Atlântica Brasileira.

Entretanto, já no Cerrado, o qual é o segundo maior bioma do Brasil, a diversidade de vertebrados é considerável, possuindo 161 espécies de mamíferos, onde 12% são endêmicas; 837 espécies de aves, sendo 3% endêmicas; 120 répteis, sendo 20% endêmica; 150 anfíbios, sendo 30% endêmicas.

Na região da Caatinga, que ocupa 11% do território brasileiro, várias novas espécies de animais e plantas vêm sendo listadas, donde conclui-se um conhecimento precário sobre as espécies endêmicas, pois a rota nacional de tráfico encontra-se também, nesta região.

Na maior planície inundável do mundo – o Pantanal, encontram-se 264 espécies de peixes, 652 aves, 102 mamíferos, 177 répteis e 40 de anfíbios.

Apesar dos dados apresentados, o Brasil é o primeiro país em total de espécies e em diversidade de mamíferos e anfíbios. Em diversidade de aves, é o terceiro do mundo, com 1677 espécies, e na variedade de répteis é o quarto, segundo dados da Renctas²². De acordo com a mesma Organização Não-Governamental, dentre essas espécies, as mais procuradas pelos “piratas” são as aves com 82%, os répteis com 3%, os mamíferos com 1% e outros com 14%.

Os Centros de Triagem de Animais Silvestres (Cetas) do Ibama devolveram à natureza 275.716 animais de 2002 a 2014, conforme relatório elaborado pela Coordenação de Fauna Silvestre do Instituto. O documento aponta que, no período de 13 anos, foram recebidos 568 mil animais, em média 43.742 por ano. Do total, aproximadamente metade (275.716 ou 48,5%) foi solta e 81.633 (14,4%) foram destinados a criadouros científicos e particulares por não terem condições de retornar à natureza. Dos animais que

²¹ MITTERMEIER, R. A. N. Myers & C. G. Mittermeier. *Hotspots: earth's biologically richest and most endangered terrestrial ecoregions*. Mexico City: CEMEX, 1999.

²² Disponível em: <<http://www.renctas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

chegaram aos Cetos, 79% eram aves apreendidas em operações de fiscalização do Ibama e da Polícia Militar Ambiental²³

4.1 A Rota Ilegal do Comércio de Vidas

Além da perda do *habitat*, a caça, para subsistência e o comércio aumentam a lista de espécies ameaçadas de extinção. Países pobres ou em desenvolvimento, como o Brasil, são grandes fornecedores de animais. A situação é tão alarmante que a Ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, recentemente apresentou uma nova lista de animais em extinção. A relação possui aproximadamente 400 animais, de acordo com dados do MMA, quase o dobro da lista anterior de 1989, que contava com 219 espécies, e incluía o macaco-prego, o veado-bororó-do-sul, a jararaca, além de borboletas, besouros e aranhas, que passaram a integrar a relação de animais ameaçados²⁴.

Os animais comercializados, na sua maioria, vêm do Norte, Nordeste e Centro-Oeste e vão para o Rio de Janeiro e São Paulo, locais onde são vendidos em feiras livres ou exportados via aérea ou fluvial. Os mascates ou regatões (barqueiros que transitam pela região Norte e Centro-Oeste) realizam o escambo de produtos básicos por animais silvestres. Essa mão-de-obra barata é responsável por uma série de atividades ilegais que fazem o comércio de animais crescer em todo o país.

Tabela 2 - Principais Pontos de Comercialização Ilegal de Animais Silvestres

REGIÃO	UNIDADE DA FEDERAÇÃO	LOCAIS
NORTE	ACRE	Feiras livres, mercados e pontos especiais nos municípios de Rio Branco, Porto Acre, Brasiléia, Epitaciolândia, Xapuri, Sena Madureira, Bujari, Extrema e Nova Califórnia. Por via rodoviária: Assis Brasil, Brasiléia, Rio Branco e Plácido de Castro.

²³ RELATÓRIO DA COORDENAÇÃO DE FAUNA SILVESTRE DO IBAMA. Disponível em: <www.ibama.br>. Acesso 02 de janeiro 2017.

²⁴ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

	AMAZONAS	Feiras livres, mercados e pontos especiais nos municípios de Boca do Acre, Manicoré, Tefé, Manacapuru, Itacoatiara e, principalmente, Manaus.
	PARÁ	Feiras livres, mercados no cais do porto e pontos especiais nos municípios de Belém, Castanhal, Aurora do Pará, Bragança, Abaetetuba e Moju.
	RONDÔNIA	Feiras livres e pontos especiais de Porto Velho.
	RORAIMA	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais em Boa Vista.
	AMAPÁ	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais em Macapá e na BR-156.
	TOCANTINS	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais de Brasilândia, Colinas, Guaraí, Ananás, Colônia Bernardo Sayão, Silvanópolis, Santa Rosa, Dianópolis e Taguatinga.

NORDESTE	ALAGOAS	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais no município de Maceió.
	SERGIPE	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Aracaju e Itabaiana.
	BAHIA	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais de Salvador, Feira de Santana, Jequié, Teixeira de Freitas, Paulo Afonso, Juazeiro, Ribeira do Pombal, Feira de Santana e Uauá.
	CEARÁ	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Fortaleza, Baturitê, Iguatu, Tauá, Cascavel, Maracanaú, Pacajus, Cariri, Sobral, Aracati e Ubajara.
	MARANHÃO	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de São Luís, São Bento, Mirador, Pastos Bons, Barão de Grajaú, Imperatriz, Barreirinhas, Santo Amaro, Primeira Cruz, Caixas, Timon, Açailândia, Buriticupu, Bacabeira.

	PIAUÍ	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Corrente, Floriano, Gilbués e Teresina.
	PARÁIBA	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Campina Grande e João Pessoa.
	PERNAMBUCO	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios da Grande Recife.
	RIO GRANDE DO NORTE	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais no município de Natal.
SUDESTE	ESPÍRITO SANTO	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Vitória e áreas de divisa com a Bahia.
	RIO DE JANEIRO	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais do Rio de Janeiro (Campo Grande, Praia de Guratiba, Parque Estadual da Pedra Branca, Bangu, Tijuca, Grajaú), Niterói, Nova Iguaçu, Itaguaí (Mazomba), Paracambi, Belfor Roxo, Queimados, Japeri, Campos, São João da Barra, Cambuci, São Fidelis, Santo Antônio de Pádua, Petrópolis, Teresópolis, Nova Friburgo, B. Jardim, Cantagalo, Sumidouro, Macaé, Maricá, S.P. d'Aldeia, Saquarema, Araruama, Cabo Frio, Quissamã, S. Jardim, Barra do Pirai, M. Pereira, P. de Frontin, P. do Sul, Valença, Vassouras, Barra Mansa, Volta Redonda, Pirai, R. Claro, Angra dos Reis, Parati, Mangaratiba. Depósitos: Duque de Caxias, V. dos Teles, Santa Cruz da Serra, Nilópolis, Nova Iguaçu e São João de Meriti, estando a maioria deles instalados em áreas de favelas, contando com o apoio de traficantes locais. Existem também aqueles instalados em residências.
	SÃO PAULO	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios da Grande São Paulo.

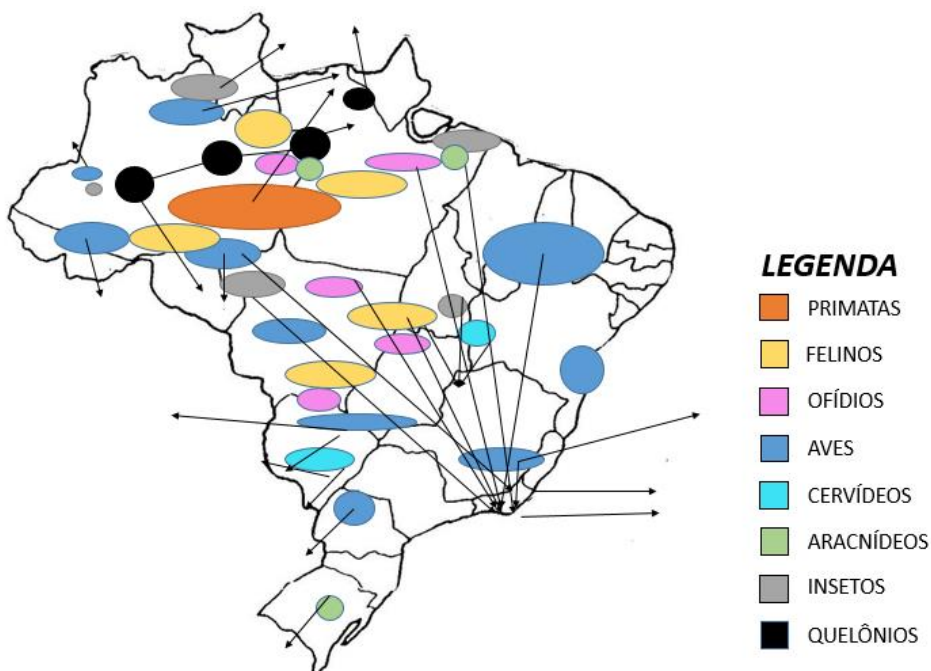
	MINAS GERAIS	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Divisa Alegre, Leopoldina, Triângulo Mineiro, Formoso, Arinos, Vila dos Gaúchos, Buriti, São Francisco, Januária, Cocos, Montalvânia e Governador Valadares.
CENTRO-OESTE	GOIÁS	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Goiânia, Intumbiara, Catalão e Aparecida de Goiânia.
	MATO GROSSO	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Cuiabá, Nobres e Juscimeira.
	MATO GROSSO DO SUL	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Campo Grande.
	DISTRITO FEDERAL	Feira do Rolo (Ceilândia) e Pedregal.
SUL	SANTA CATARINA	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Florianópolis, Joinville e Tijucas.
	PARANÁ	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Curitiba e Foz do Iguaçu.
	RIO GRANDE DO SUL	Feiras livres, mercados informais, na BR-290 (Free-way), Município de Santo Antônio da Patrulha.

Fonte: Renctas. Disponível em: <<http://www.renctas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

Segundo os dados fornecidos pela Renctas, as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste do país, áreas menos desenvolvidas, são, inegavelmente, as mais atuantes no comércio de espécies. Essas regiões funcionam como áreas de captura. Já a Região Sul funciona como um corredor de escoamento e a Região Sudeste como o grande consumidor e promotor do comércio nacional e internacional de animais da fauna brasileira²⁵.

Figura 1 – Rota de tráfico dos animais silvestres

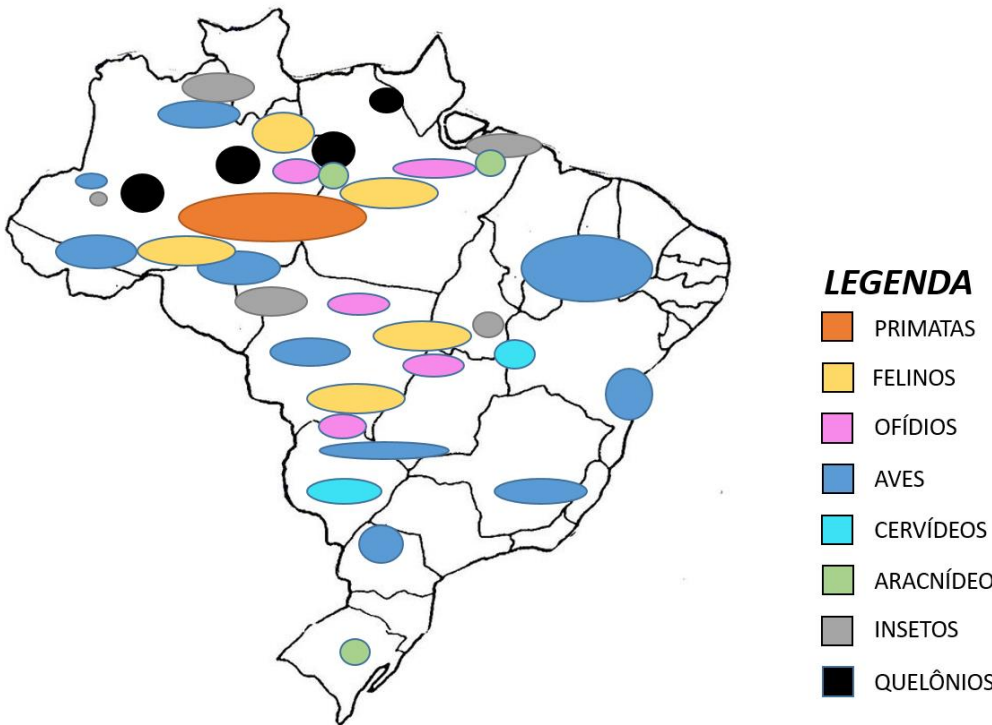
²⁵ Disponível em: <<http://www.renctas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.



Fonte: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, Adaptação do autor.

Conforme informações do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, as rotas nacionais de captura das espécies funcionam da seguinte maneira: as espécies são compradas por um traficante, que repassa ao conector, o qual leva aos centros urbanos, onde são ajudados pela própria comunidade que se encarrega de comercializar, utilizando veículos, barcos, aviões. Veja o Mapa fornecido pelo IBAMA de Captura de animais.

Figura 2 – Área de captura de animais silvestres.



Fonte: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, Adaptação do autor.

Ainda segundo o IBAMA, as rotas internacionais têm como ponto de partida as seguintes cidades brasileiras: Manaus, Belém, Campo Grande, Recife, Belo Horizonte, Rio de Janeiro e São Paulo, além de outras cidades próximas à fronteira internacional. Existem dados que apontam também, como rota internacional do comércio de animais a Região Amazônica e o Pantanal Mato-Grossense.

Existem ainda, pontos intermediários como as cidades paraguaias, colombianas, argentinas que são próximas à fronteira brasileira. Constituem também, rota internacional: Caiena/Guiana Francesa; Lisboa/Portugal, Madri/Espanha e Tóquio/Japão.

Diversos animais são vendidos para o exterior com documentação falsificada que é retirada em países que possuem uma legislação mais frágil ou até mesmo, não têm regulamentação própria para este tipo de crime transnacional. Assim, são levados “legalmente” para outros países, nossos

animais silvestres. É o que se pode chamar de crime entre vizinhos. Quem vende: Brasil, Peru, Argentina, Venezuela, Paraguai, Bolívia, África do Sul, Zaire, Tanzânia, China e Rússia; e quem compra: EUA (maior consumidor de vida silvestre do mundo), Alemanha, Holanda, Bélgica, França, Arábia Saudita e Japão (Fonte Renctas).

Os números indicam que o comércio de animais é muito lucrativo, sendo que o Brasil foi cotado como um dos maiores fornecedores de animais silvestres para o mundo, “retirando de cada cerca de 38 milhões de vida de seu habitat natural, sendo que de cada dez animais capturados, somente um chega vivo ao consumidor²⁶”.

5 FORMAS DE COMBATE E PREVENÇÃO AO COMÉRCIO DE ANIMAIS BRASILEIROS

Para proteger toda essa grande biodiversidade, o Brasil possui hoje cerca de 8,4% do seu território em unidades de conservação federais e estaduais, entre categorias de proteção integral e de uso sustentável. As primeiras representam apenas 3% do território brasileiro, além do que dados fornecidos pela Lemos & Ferreira (2000), determinaram que das 86 unidades analisadas, 47 (55%) estavam em situação precária, 32 foram consideradas como minimamente implementadas e somente 7 unidades foram classificadas como razoavelmente implementadas²⁷. Entre os principais problemas apontados estão: ausência de planos de manejo, número insuficiente de funcionários por unidade, e a falta de recursos financeiros, sendo necessária a adoção de políticas públicas específicas para sanar os problemas.

Entretanto, somente estes métodos não são suficientes para oferecer, por parte dos órgãos públicos, proteção à biodiversidade no Brasil. A perda acelerada da biodiversidade e a adoção de medidas para sua proteção, estão associadas à formulação de políticas públicas e instrumentos de intervenção,

²⁶ Disponível em: <<http://www.renctas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

²⁷ LEMOS DE SÁ, R. M. L. V. Ferreira. Áreas protegidas ou espaços ameaçados: O grau de implementação e a vulnerabilidade das unidades de conservação federais brasileiras de uso indireto. Série Técnica III, WWF Brasil, 2000.

tais como: a Lei do SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação, e a Lei de Crimes Ambientais nº 9.605/98, que é um importante documento de conservação, punitivo e de preservação da biodiversidade.

A Convenção da Biodiversidade, após 10 anos de negociações, fez com que 182 países firmassem um acordo mundial, introduzindo o conceito de “consentimento prévio informado” para impedir que fabricantes de remédios e biotecnologia se apossassem de conhecimentos sobre plantas medicinais de países em desenvolvimento. No entanto, os maiores compradores de dados genéticos e de material animal e vegetal obtidos de forma ilícita, são os Estados Unidos.

Outro instrumento de grande importância é a CITES – Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagem em Perigo de Extinção, que é gerenciada pela Organização das Nações Unidas e pelo Programa para as Nações Unidas sobre o Meio Ambiente – PNUMA, tendo como objetivo principal regular o comércio internacional e prevenir o declínio de espécies ameaçadas ou potencialmente ameaçadas de extinção²⁸.

É neste sentido que a CITES constitui um instrumento relevante para controle do comércio internacional das espécies da fauna e flora, extrapolando fronteiras geográficas e contando claro, com a cooperação dos governos signatários da Convenção, tornando possível dar eficácia ao acordo internacional.

Apesar das grandes dificuldades do governo brasileiro em estabelecer normas e aplicá-las efetivamente ao caso concreto, tem-se notícias de que alguns casos de comércio de animais têm sido exemplarmente punidos no Brasil, como:

O caso do Juiz Federal do Amazonas, Dimis Braga, que condenou seis suíços à pena dupla por crime de biopirataria. Eles foram acusados de contrabando de borboletas, e detidos no aeroporto internacional Eduardo Gomes em Manaus, tentando embarcar para São Paulo,

²⁸ Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972.

levando aproximadamente 500 insetos. Foi estipulada uma multa de R\$ 107.000, a título de ressarcimento das espécies apreendidas, e o mesmo valor pelo dano causado à biodiversidade, o dinheiro foi depositado no IBAMA. Outro caso exemplar é do belga que foi condenado a um ano de prisão por tentar pegar um avião em Tefé, no Amazonas, levando seis caixas com mais de 200 besouros e borboletas²⁹.

Assim, apesar das circunstâncias, a legislação brasileira sobre a fauna silvestre sempre esteve na vanguarda, oferecendo meios para que os órgãos públicos pudessem ter instrumentos eficazes para a conservação da biodiversidade.

Veja alguns dos instrumentos jurídicos colocados à disposição do Estado para controle e combate ao comércio de animais silvestres:

a) Decreto nº 23.548/34 – regulamentou o serviço de defesa sanitária animal, protegeu os rebanhos nacionais e, conseqüentemente, as populações silvestres de vida livre de moléstias;

b) Decreto nº 24.645/34 – estabeleceu medidas de proteção aos animais e regulamentou os maus tratos aos animais domésticos;

c) Decreto nº 23.793/34 – regulamentou o Código Florestal;

d) Decreto nº 5.984/43 – mostrou que o legislador da época se preocupava com o aproveitamento sustentável da fauna;

e) Decreto Legislativo nº 3/48 – aprovou a Convenção para proteção da flora, da fauna e das belezas cênicas naturais dos países da América;

f) Lei nº 4.771/65 – instituiu o novo Código Florestal;

g) Lei nº 5.197/67 – regulamentou a proteção à Fauna, Código de Caça, assim os animais silvestres passaram a ser propriedade do Estado, sendo então, limitado o seu uso na forma da lei;

h) Decreto nº 76.623/75 – promulgou a Convenção sobre o comércio internacional de espécies da fauna e flora selvagem em perigo de extinção, reconhecendo que os povos e o Estado eram e deveriam ser os melhores protetores de sua fauna e flora selvagem;

i) Lei nº 6.938/81 – tratou da Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação,

²⁹ MESQUITA, Andréa. Biopirataria: fauna e flora brasileiras ameaçadas pela ação dos traficantes. *Revista Justilex*, ano II, n. 15, mar. 2003, p. 13.

determinando que o meio ambiente é patrimônio público, definindo assim, as regras para proteção aos ecossistemas.

Foi criada ainda, como forma reguladora do Estado para o combate ao comércio de animais, a Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), abrangendo de forma legal a fauna silvestre, devendo o poder público protegê-la em todo o território brasileiro. O Estado também possuiu como instrumento punitivo e de controle o Decreto nº 3.607/2000 (Implementação da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies de Fauna e Flora Selvagem em Perigo de Extinção – CITES), ou seja, o governo brasileiro, através do IBAMA, passou a exercer a atribuição de autoridade administrativa, editando normas que visavam coibir o comércio de animais silvestres³⁰.

Entretanto, como o Estado pode fiscalizar todas as fronteiras brasileiras com eficácia suficiente para a aplicabilidade coerente da legislação colocada à sua disposição? Este é o grande questionamento do momento. O quanto é eficaz a legislação, quando se sabe que não existe uma fiscalização adequada o suficiente para combater o comércio de animais.

O Brasil não tapa seus olhos à questão tão delicada tanto que apresenta várias políticas públicas voltadas para o fato, através de “programas oficiais de manejo, que abrangem sete espécies de tartarugas, cinco de aves, e vinte e seis de mamíferos³¹”. Alguns destes projetos são centros de pesquisa e conservação vinculados ao IBAMA, tais como: Projeto Lontra, Projeto Baleia Jubarte, Projeto Golfinho Rotador, Projeto Mamíferos Marinhos do Litoral Sul, Projeto Papagaio-chauá, Projeto Peixe-boi, Centro de Pesquisa para conservação de Aves Silvestres – CEMAVE, Centro Nacional de Pesquisa, Conservação e Manejo de Mamíferos Aquáticos, Centro Nacional de Pesquisa para Conservação dos Predadores Naturais – CENAP, Centro de Conservação e Manejo de Répteis e Anfíbios – RAN, Centro Nacional de Conservação e Manejo das Tartarugas Marinhas – TAMAR³².

³⁰ RENTAS/IBAMA. Vida à venda: animais silvestres. 2003, p. 10.

³¹ Disponível em: <<http://www.biodiversitas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2003.

³² Disponível em: <<http://www.biodiversitas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2003.

Todos estes trabalhos vêm sendo desenvolvidos em parcerias com órgãos governamentais, universidades, ONGs e o IBAMA. Alguns incluem experiências bem-sucedidas, mas ainda são insuficientes diante do quadro de espécies em extinção no Brasil. A causa principal da falta de um melhor monitoramento é a ausência de recursos por parte do governo brasileiro. Outro fator agravante é a falta de recursos humanos e materiais, tanto para gerar o conhecimento necessário, quanto para executar a consolidação dos instrumentos legais e sua aplicação.

Diante do exposto, faz-se necessária a adoção de algumas providências, tais como: o aprimoramento dos meios de controle; a fiscalização, inclusive com o envolvimento das agências ambientais; a troca de informação entre governo, Polícia Federal e as agências ambientais; formulação de ações conjuntas entre o Brasil e os países vizinhos para o combate ao comércio de animais silvestres; e o apoio dos órgãos de comunicação de massa como forma de educação ambiental. Portanto, é imprescindível o envolvimento de todos os atores, para que se possa dar continuidade às políticas públicas voltadas para o combate e prevenção ao comércio de animais.

Não se pode ignorar que apesar do rigor, a legislação normalmente não é cumprida, e as autoridades ambientais não dispõem hoje, de meios para reverter o problema do comércio de animais. A fiscalização ambiental no país é muito deficiente, e sua insuficiência é reconhecida pela sociedade e pelo próprio governo.

É importante apresentar o papel do judiciário no combate ao tráfico de animais silvestres, aplicando a legislação, conforme algumas condenações, tais como:

“TRF-4 - APELAÇÃO CRIMINAL ACR 21578 RS 96.04.21578-7 (TRF-4)

Ementa: PENAL. CRIME CONTRA A FAUNA. ANIMAIS SILVESTRES. FIM COMERCIAL. LEI- 5197 /67. CONDIÇÕES DO SURSIS. 1. Sendo o animal silvestre fora do cativeiro, o bem jurídico protegido pela Lei de Proteção a Fauna, e significativo o número de animais capturados, incabível o reconhecimento do princípio da insignificância jurídica,

cabendo responsabilizar-se penalmente seus predadores. 2. Não obstante a severidade da lei de regência, a conduta dos apelantes, ainda que não assuma maior gravidade, considerando-se que as aves foram encontradas vivas, seu ato teve grande potencial lesivo, e atingiram o bem jurídico que a lei quis proteger. Os acusados apreenderam 230 aves em seus ninhos para utilizá-las como mercadoria, sem a menor condição de armazenamento, destinadas à morte certa, antes, ou após a comercialização. 3. Em face da faixa etária e condições pessoais dos réus, recomenda-se a adequação das condições dos sursis, consistentes na Comarca da Execução, em coleta de lixo, trabalho a exigir higidez física do trabalhador, inadequado para o homem de meia idade.

TRF-4 - APELAÇÃO CRIMINAL ACR 49671 RS 96.04.49671-9 (TRF-4)

Ementa: PENAL. CRIME CONTRA A FAUNA. ANIMAIS SILVESTRES. DUAS CAPIVARAS PRENHES. AGRESSÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA LEI- 5197 /67. NÃO SE CONFUNDE A CAÇA PARA ALIMENTAÇÃO COM O DELEITE GASTRONÔMICO.MANTIDA A CONDENAÇÃO COM SURSIS. 1. Sendo o animal silvestre fora do cativeiro, o bem jurídico protegido pela Lei de Proteção a Fauna, e significativo o abate de duas capivaras prenhes, consistente em agressão cruel e violenta ao animal em sua fase reprodutiva, é incabível o reconhecimento do princípio da insignificância jurídica, cabendo responsabilizar-se, penalmente, seus predadores. 2. Não obstante a severidade da lei de regência, a ameaça às espécies nativas determinante do objeto jurídico do Código de Caça, ao incriminar a conduta do predador criminoso buscou evitar sua extinção. 3. O irresponsável abate de duas fêmeas prenhes teve grande potencial lesivo, e atingiu o bem jurídico que a lei quis proteger.

TJ-DF - Apelacao Criminal APR 20140810034416 DF 0003377-95.2014.8.07.0008 (TJ-DF)

Data de publicação: 04/02/2015

Ementa: PENAL. PORTE DE ARMA DE FOGO. MANUTENÇÃO DE ANIMAIS DA FAUNA SILVESTRE EM CATIVEIRO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE ARMA DE FOGO. ARMA APREENDIDA EM LOCAL DE RESIDÊNCIA. PERDÃO JUDICIAL QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 29, § 1º, INCISO III DA LEI 9.605/98. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Inviável a absolvição do apelante, quando o depoimento dos policiais militares que efetuaram o seu flagrante mostrou-se harmônico e sem contradições, e não se verificou qualquer intenção de incriminação gratuita de suas partes. 2. Demonstrado que o local onde foi

apreendido o revólver calibre .38 era residência do apelante, deve o crime de porte de arma ser desclassificado para a posse irregular de arma de fogo permitido (art. 12, caput, da Lei nº 10.826/03). 3. Não se aplica o perdão judicial previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 9.605/98, quando o Laudo de Exame de Aves indicou que as aves foram apreendidas em local insalubre, sendo que uma delas habitava gaiola subdimensionada para a criação em cativeiro. 4. Dado parcial provimento ao recurso para desclassificar a conduta de porte de arma de fogo (art. 14 da lei nº 10.826/03) para o crime de posse de arma (art. 12 da Lei nº 10.826/03), reduzindo-se a pena privativa de liberdade.”

O grande desafio para implementação das políticas públicas voltadas para o combate ao comércio da fauna brasileira está exatamente e primeiramente em fazer cumprir a legislação ambiental já existente, e principalmente, que os órgãos ambientais fiscalizem a sua aplicação.

6 CONCLUSÃO

O tema é por demais inquietante. Os dados são alarmantes, sendo que a questão do comércio ilegal de animais silvestres permeia hoje, todas as agendas ambientais, as ONGs e pressiona o Estado, enquanto ente competente, para fiscalizar, punir e combater esta prática ilícita e altamente rentável.

Dentro do aparato legal, a tutela da fauna brasileira encontra-se amparada juridicamente, porém, os indicadores apontam para a falta de aplicabilidade, eficácia e celeridade do aparelho judiciário.

No aspecto estatal, a falta de continuidade de políticas públicas efetivas, de recursos humanos capacitados, e principalmente, de recursos financeiros, dificultam a implementação de projetos necessários para que se obtenha, a curto prazo, soluções viáveis. Porém, o aparato legal sozinho não cumpre o seu papel, e por conseguinte, o Estado também se omite, resultando na falta de punição e numa certa dose de facilitação para que se continue a pilhagem faunística.

A falta de possibilidade de fiscalização em todas as nossas fronteiras é muito grande. Não existe aparelho humano capacitado para desenvolver tal atividade, que é tão imperiosa para a aplicação da lei, quanto para que o Estado emane todo o seu poder regulador das relações sociais.

O Brasil apresenta um papel de destaque no comércio ilegal de animais, seja pelo grau de desconhecimento da fauna brasileira e sua importância para a biodiversidade, seja pela necessidade de subsistência, fato este gerador de várias outras práticas ilícitas, seja pela extensão territorial, e falta de plano de manejo, quando se tem conhecimento que o plano de manejo só pode ser realizado com o conhecimento das espécies e material humano capacitado.

É necessário que se tome medidas emergenciais para implementação de políticas públicas voltadas para o combate ao comércio da fauna brasileira, fazendo-se cumprir a legislação ambiental existente, e mantendo uma fiscalização efetiva e rigorosa sobre a prática do crime ambiental por parte dos órgãos competentes.

O Brasil precisa investir em capacitação de recursos humanos, para que possa ter domínio do conhecimento de dados confiáveis sobre a nossa biodiversidade. A regulação através de Acordos Internacionais necessita de um fortalecimento maior para que os países possam interagir de forma a combater o comércio ilegal de animais.

Assim, por todo o exposto, chega-se à conclusão de que somente por meio de uma fiscalização ética e rigorosa juntamente com a aplicabilidade da lei, poderá se preservar a biodiversidade brasileira. Não obstante, vale frisar que a capacitação dos recursos humanos é de fundamental importância para o bom desempenho da função estatal, que é de intervir quando necessário, e regular as relações da sociedade.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Érika. A proteção da fauna sob a ótica constitucional. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1998.

BIODIVERSITAS. Disponível em: <<http://www.biodiversitas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

BRASIL. Código de Caça. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2003.

CARVALHO, Carlos Gomes de. Introdução ao direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Letras & Letras, 1991.

CARVALHO, José Cândido de Melo. Conservação da natureza. In: Atlas da Fauna Brasileira. São Paulo: Melhoramentos, 1978. p. 9-22,

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e Constitucional. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, 1998.

IBAMA. Disponível em: <<http://www.ibama.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

IBAMA. Geo Brasil 2002: Perspectivas do meio ambiente no Brasil. Brasília: Ibama.

LEMOS DE SÁ, R. M. L. V. Ferreira. Áreas protegidas ou espaços ameaçados: O grau de implementação e a vulnerabilidade das unidades de conservação federais brasileiras de uso indireto. Série Técnica III, WWF Brasil, 2000.

LEWINSOLHEN, T. M.; PRADO, P. I. Biodiversidade brasileira: Síntese do conhecimento atual. Relatório Técnico Final do Projeto BRA 97G31 "Avaliação do estado de conhecimento da diversidade biológica do Brasil". Ministério do Meio Ambiente, SBF e PNUD, Brasília, 2000.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAGALHÃES, Juraci Perez. A evolução do direito ambiental no Brasil. 2. ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

MESQUITA, Andréa. Biopirataria fauna e flora brasileiras ameaçadas pela ação dos traficantes. Revista Justitex, ano II, n. 15, mar. 2003.

Ministério do Meio Ambiente - MMA. Primeiro Relatório nacional para a Convenção Sobre a Diversidade Biológica: Brasil, MMA, Brasília, 1998.

MITTERMEIER, R. A. N. Myers & C. G. Mittermeier. Hotspots: earth's biologically richest and most endangered terrestrial ecoregions. Mexico City: CEMEX, 1999.

PIERANGELLI, José Henrique: Maus-tratos contra animais. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 765, jul. 1999. p. 481-498

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson Freiras. Responsabilidade do Estado em face ao dano ambiental. São Paulo: Malheiros, 2003.

RENTAS. Disponível em: <<http://www.rentas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

RENTAS/IBAMA. Vida à venda: animais silvestres. 2003.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Direito ambiental internacional e fauna terrestre Brasileira. Rio de Janeiro: Thex/ Biblioteca Estácio de Sá, 2000.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SISTOS, Maria Cristina Zeballos de. El control del comercio internacional de espécies amenazadas de la fauna y la flora silvestres. In: Evolución reciente del derecho ambiental internacional. Buenos Aires: A-Z, 1992.

WAINER, Ann Helen. Legislação Ambiental brasileira: subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WWF. Disponível em: <<http://www.wwf.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO: EFICIÊNCIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Alessandro Lucciola Molon¹

RESUMO

O aumento da percepção negativa sobre a corrupção no Brasil nos últimos anos pode estar associado ao aprimoramento da legislação e à mudança de postura das instituições de combate a este tipo de crime. A repercussão do problema tem fomentado a proliferação de propostas de mudança legislativa para endurecer a repressão penal para este tipo de crime. No entanto, a melhoria da eficiência da gestão pública pode ser um modo mais adequado para solucionar o problema, desde que focada na desburocratização, no aumento da transparência e da participação cidadã na gestão pública.

Palavras-chave: Corrupção. Prevenção. Projeto de Lei da Eficiência Pública. Gestão Pública.

ABSTRACT

The increase in negative perception about corruption in Brazil in recent years may be associated with the improvement of legislation and with the change of attitude of anti-corruption institutions. The problem's repercussion has encouraged the proliferation of proposals for legislative change to harden criminal repression for this type of crime. Nevertheless, the quest for improving the efficiency of public management can be more effective to solve the issue, if focused on reducing bureaucracy, increased transparency and citizen participation in public management.

Keywords: Corruption. Prevention. Public Efficiency Bill. Public Management.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a percepção do brasileiro sobre a gravidade do problema da corrupção aumentou substancialmente. O mesmo vem

¹ Advogado, Mestre em História pela Universidade Federal Fluminense, Doutorando em Direito Público na UERJ, Professor do Departamento de Direito da PUC/Rio e Deputado Federal. E-mail: molon@molon.com.br.

acontecendo com a percepção de investidores estrangeiros que acompanham o cenário econômico do nosso país.

O presente artigo busca elencar as razões do aumento dessa percepção, abordando, de forma resumida, o histórico da evolução do combate à corrupção no país e quais as linhas principais das propostas apresentadas no legislativo para enfrentar este problema.

O aumento da percepção negativa sobre a corrupção no Brasil pode estar relacionado às inovações legislativas e institucionais ocorridas nos últimos anos, medidas que aumentaram a efetividade do combate à corrupção e trouxeram à tona inúmeros casos envolvendo autoridades públicas conhecidas nacionalmente.

Essa percepção também está relacionada à ineficiência na alocação de recursos públicos resultante da corrupção, situação que contribui para a falta de acesso e para a precariedade dos serviços públicos prestados à população.

As soluções para este problema, propostas em âmbito legislativo, têm priorizado a modificação da legislação penal, geralmente com o objetivo de endurecer a repressão aos crimes de corrupção.

Apesar de sua relevância, a repressão via direito penal, isoladamente, não será capaz de solucionar o problema da corrupção. A saída para este problema complexo passa pela adoção de um conjunto de medidas, entre elas a mudança de cultura na gestão da coisa pública em nosso país.

Uma mudança que aprofunde radicalmente a transparência e fomente a participação na administração pública, empoderando cidadãos e cidadãs para que efetivamente exerçam o controle social sobre a máquina pública.

Para isso, a aprovação de mudanças legislativas que aumentem a eficiência da administração por meio de instrumentos de gestão inovadores pode ser o caminho para prevenir a corrupção, tornando mais efetivo o enfrentamento de problema tão grave para a nossa sociedade.

2 A PERCEPÇÃO DO PROBLEMA DA CORRUPÇÃO

A corrupção se transformou em uma das principais preocupações do brasileiro. De acordo com pesquisa de janeiro de 2016 do Ibope, a corrupção passou, entre 2012 e 2015, do quarto para o primeiro lugar na opinião da população sobre os problemas prioritários a serem enfrentados pelo país, numa lista que inclui outras questões extremamente graves para a vida dos cidadãos, como violência, drogas e saúde, conforme o quadro abaixo²:

Quadro 1 - Principais problemas do Brasil (percentual de respostas e ranking)

	DEZ 2012*		DEZ 2014**		DEZ 2015	
	%	RANKING	%	RANKING	%	RANKING
Corrupção	58	4º	62	3º	65	1º
Drogas	72	1º	67	1º	61	2º
Violência	65	2º	64	2º	57	3º
Lentidão da justiça / Impunidade	49	5º	47	6º	51	4º
Saúde	62	3º	58	4º	50	5º
Inflação	29	16º	48	5º	46	6º
Desemprego	34	10º	32	11º	46	6º
Impostos elevados	40	7º	40	7º	45	8º
Desmatamento das florestas	42	6º	35	8º	42	9º
Pobreza	36	8º	31	14º	41	10º
Falta de valores morais	30	14º	33	10º	37	11º
Baixo crescimento da economia	26	19º	32	11º	37	11º
Poluição	36	8º	31	14º	37	11º
Degradação do meio ambiente	34	10º	28	16º	36	14º
Qualidade da educação	33	12º	32	11º	35	15º
Falta de moradia	29	16º	28	16º	33	16º
Burocracia	32	13º	34	9º	30	17º
Saneamento básico	28	18º	26	19º	28	18º
Lixo	24	20º	22	20º	28	18º
Trânsito	30	14º	27	18º	25	20º

* Resultados não divulgados de pesquisa realizada para a CNI pelo Ibope Inteligência entre 6 e 9 de dezembro de 2012.

** CNI, Retratos da Sociedade Brasileira, n. 22, Problemas e Prioridades, jan. 2015

² CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS – CNI. Corrupção é o principal problema do país. *Retratos da Sociedade Brasileira: problemas e prioridades para 2016*, v. 5, n. 28, jan. 2016. Disponível em: <https://static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/1b/64/1b64e9a9-cfe6-42b1-9de8-eca35c5a03f7/retratosdasociedadebrasileira_28_problemaseprioridadespara2016.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

O problema da corrupção não apenas ocupa cada vez mais espaço entre as preocupações dos brasileiros, como também vem influenciando negativamente a imagem que muitos estrangeiros têm de nosso país.

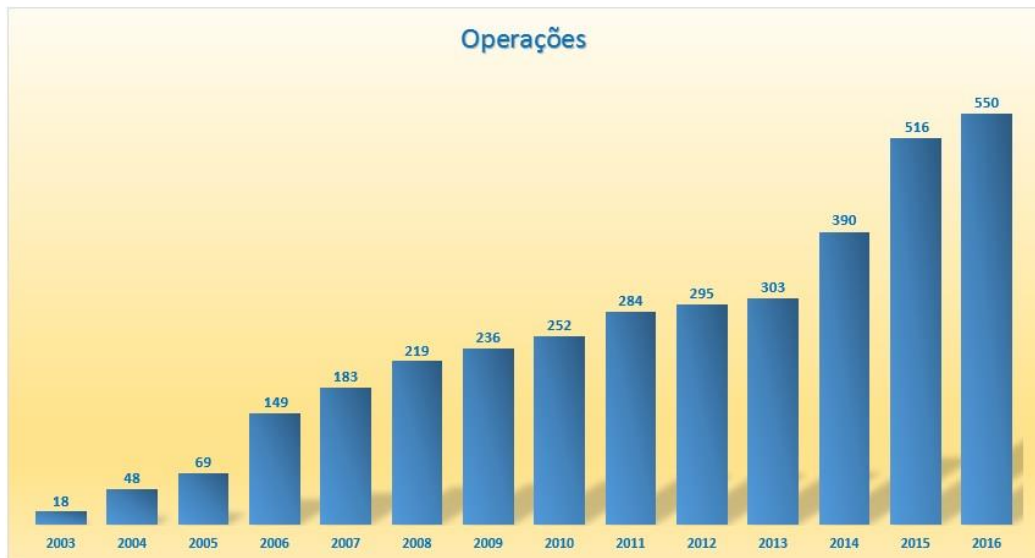
De acordo com pesquisa realizada pelo Fórum Econômico Mundial no final de 2016 com 15.000 líderes empresariais de 141 economias do mundo, o Brasil é visto como o quarto país mais corrupto do mundo, atrás apenas de Chade, Bolívia e Venezuela³.

O aumento da percepção negativa sobre a corrupção no país pode estar associado a diversos fatores. Entre eles, o aumento da efetividade do combate à corrupção nos últimos anos em razão da implementação de medidas de transparência na gestão pública, como a criação do Portal da Transparência (Decreto n. 5.482, de 2005), a aprovação da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527, de 2011), e o Decreto que institui a Política Nacional de Dados Abertos (Decreto n. 8.777, de 2016).

Além da melhoria da transparência, a ampliação da efetividade do combate à corrupção nos últimos anos pode ser explicada pela criação e aumento da atuação dos órgãos responsáveis pela fiscalização, investigação e punição dos crimes de corrupção, como a criação da Controladoria-Geral da União (Lei n. 10.683, de 2003). No âmbito federal, a ampliação da atuação da Polícia Federal é bom exemplo do aumento dessa efetividade, conforme o gráfico abaixo⁴:

³ WORLD ECONOMIC FORUM. *Home Global Competitiveness Index*: Competitiveness rankings: Ethics and corruption. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index/competitiveness-rankings/#series=GCI.A.01.01.02>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Polícia Federal. *Estatística de Operações*. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/operacoes>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

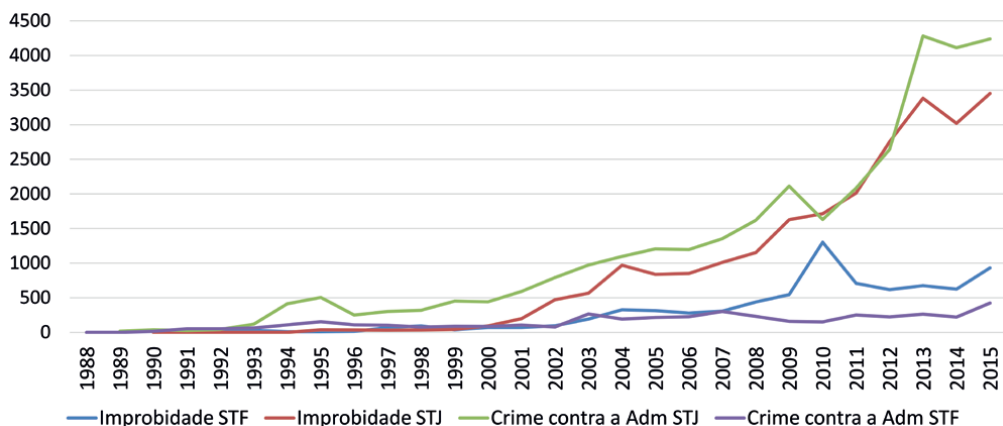
Gráfico 1 - Atuação da Polícia Federal

Fonte: Departamento de Polícia Federal

Da mesma forma, o aumento do número de processos nos tribunais envolvendo a prática de improbidade administrativa e a prática de crimes contra a Administração Pública indica o aumento da atuação dos órgãos constitucionalmente competentes para promover a persecução penal no combate aos crimes relacionados à corrupção, conforme o gráfico abaixo⁵:

⁵ HARTMANN, Ivar Alberto M.; CHADA, Daniel de Magalhães. Investigação e julgamento dos crimes de corrupção no Brasil. In: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Coords.). *Diagnóstico institucional*: primeiros passos para um Plano Nacional Anticorrupção 2017: FGV Direito Rio, p. 71-94, p. 73. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18167>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

Gráfico 2 - Evolução da quantidade de processos de improbidade e de crime contra a Administração Pública no STF e no STJ (1988-2015)



Fonte: FGV, 2017

O aumento do número de processos e ações de repressão à corrupção deve-se a mudanças institucionais que conferiram maior autonomia aos órgãos responsáveis pela persecução penal e também aos recentes avanços normativos que ampliaram os instrumentos disponíveis para investigação e modernizaram a legislação penal sobre crimes relacionados a este tema. Entre esses avanços, podemos destacar a Lei do Novo CADE (Lei n. 12.529, de 2011), a nova Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (Lei n. 12.683, de 2012), a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846, de 2013), a Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei n. 12.850, de 2013), além das normas e instrumentos de controle, promoção e ampliação da transparência, mencionadas anteriormente.

Sem dúvida alguma, o aumento da efetividade na repressão à corrupção, sobretudo em razão do envolvimento de figuras políticas conhecidas nacionalmente, fez com que o tema passasse a ser amplamente divulgado nos principais veículos de imprensa do país, o que também pode ter contribuído para o aumento da percepção da corrupção como um dos problemas mais graves do país.

Apesar desses dados, há um outro fator extremamente importante que influencia substancialmente a percepção negativa sobre a corrupção em nosso país — trata-se da ineficiência do setor público.

De acordo com pesquisa dos Professores Luckas Sabioni Lopes e Silvia Harumi Toyoshima, intitulada “Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros”, publicada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a eficiência do setor público pode ser comprometida pela corrupção pelas seguintes razões:

i) havendo fraudes em licitações, a empresa ganhadora poderia não ser aquela com melhores condições de ofertar determinado bem ou serviço, reduzindo o retorno de cada unidade monetária paga pelo governo; ii) diminuindo a efetividade do gasto social por meio de desvios de frações do orçamento para práticas ilícitas, como o enriquecimento individual; e iii) reduzindo a produtividade do investimento público, pois a possibilidade de superfaturamento diminui a relação produto ofertado/insumo utilizado das obras⁶.

Dessa forma, a corrupção termina por atingir os mais diversos setores da sociedade em que o poder público esteja presente, comprometendo a atuação do Estado nas mais diversas áreas, tanto no fomento ao desenvolvimento econômico como nas políticas de saúde, educação, segurança pública e assistência social.

Para demonstrar o impacto da corrupção na economia, a mesma pesquisa publicada pelo IPEA aponta evidências da correlação entre aumento da corrupção e redução do investimento privado e do crescimento econômico. De acordo com o referido trabalho, isso ocorre porque,

Onde a corrupção é elevada, os investidores temem que uma parte de seus lucros futuros seja apropriada como subornos ou propinas, como forma de conseguir permissões para realizar a atividade produtiva. Neste sentido, os empresários enxergam a corrupção como um imposto adicional que pode reduzir, ou mesmo desestimular, a implementação de projetos de investimento⁷.

⁶ LOPES, Luckas Sabioni; TOYOSHIMA, Silvia Harumi. Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 41, jul./dez. 2013, p. 202. Disponível em: <<http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/265/313>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁷ *Ibidem*, p. 208.

Da mesma forma, podemos concluir que a ineficiência na alocação de recursos públicos causada pela corrupção, sem dúvida alguma, contribui para a deficiência de serviços públicos essenciais, como saúde, educação, assistência social, fato que não é ignorado pela população. De acordo com pesquisa de junho de 2016, “sete em cada dez brasileiros concordam total ou parcialmente que a baixa qualidade dos serviços públicos é resultado do mau uso dos recursos e não da falta deles”⁸.

Diante do quadro apresentado, é natural que o debate sobre a adoção de medidas para o combate à corrupção esteja intensamente presente em nossa sociedade, especialmente no Poder Legislativo, onde tramitam inúmeras propostas de alteração normativa.

De acordo com o “Diagnóstico institucional: primeiros passos para um Plano Nacional Anticorrupção”, publicado pela Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro em 2017, foram mapeadas 344 proposições de combate à corrupção na Câmara dos Deputados e mais 98 no Senado Federal⁹. Segundo o estudo, “quase um quarto das proposições analisadas, 23,30%, propõe medidas como: agravamento da pena, transformação da corrupção em crime hediondo ou lesa-pátria, sanção e tipificação”¹⁰. Ainda de acordo com o mesmo estudo, quase um quarto das propostas em tramitação buscam a alteração da legislação penal, apesar das alterações substanciais ocorridas recentemente, que trouxeram avanços importantes para o enfrentamento à corrupção.

⁸ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS – CNI. Brasileiros rejeitam aumento de impostos. *Retratos da Sociedade Brasileira: serviços públicos, tributação e gasto do governo*, n. 33, jun. 2016. Disponível em: <https://static-cms-s3.amazonaws.com/media/filer_public/57/89/578911f0-60a8-4048-937a-63a3c8312c56/retratosdasociedadebrasileira_33_servicospublicos_tributacao_gastodogoverno.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁹ OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de; MOHALLEM, Michael Freitas. O combate à corrupção pela via legislativa. In: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Coords.). *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um Plano Nacional Anticorrupção 2017*: FGV Direito Rio, p. 125-144, p. 129. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18167>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

¹⁰ *Ibidem*, p. 139

Os pesquisadores apontam que, tanto aqui como no exterior, propostas que buscam o endurecimento da legislação penal tendem a ter um apelo maior, por serem vistas como respostas firmes e duras capazes de solucionar problemas que geram angústia à população¹¹.

Apesar disso, não precisamos ir muito longe para concluir que a repressão penal nem sempre figura como a medida mais eficiente para solucionar a criminalidade numa sociedade. O processo penal é caro, demorado e, na maioria dos casos, falha ao não inibir a prática de crimes na sociedade.

Tratando-se da prática de conduta delituosa, o melhor caminho é a prevenção da conduta. Deste modo, o grande desafio do Estado é promover os mecanismos capazes de levar à prevenção, desafio cuja complexidade varia de acordo com a natureza do comportamento que se busca prevenir.

Para a prevenção da corrupção, a transparência, a participação social e a desburocratização podem figurar como instrumentos extremamente eficientes, uma vez que a falta de transparência, a ausência de participação social e a burocracia figuram como fatores estruturantes para a proliferação da corrupção em qualquer nação¹².

Conforme apontado, tivemos importantes avanços institucionais e na legislação nos últimos anos que contribuíram para o aumento da transparência na administração pública. Apesar disso, diversos fatores ainda impedem o acesso pleno da sociedade a informações públicas em decorrência não apenas do descumprimento do ordenamento, mas também em razão da ausência de dispositivos legais disciplinando a forma de divulgação de informações públicas, de maneira a padronizar sua divulgação e fornecimento em transparência ativa.

Da mesma forma, tivemos avanços na legislação voltada à desburocratização e à participação social, embora as mudanças concretas nesses temas ainda sejam insuficientes para gerar os resultados desejados pela

¹¹ *Ibidem*, p. 138.

¹² LOPES, Luckas Sabioni; TOYOSHIMA, Silvia Harumi. *Op. cit.*, p. 205.

sociedade, em razão de diversos fatores, como a falta de uma legislação que vincule a administração pública em todas as esferas e poderes e os obstáculos à mudança de cultura nos órgãos públicos.

Foi exatamente para enfrentar estes problemas e para dar início a um debate público sobre a ampliação da transparência do Estado, o aumento da participação social e a urgente implementação de um processo desburocratização em todas as esferas públicas que apresentamos o Projeto de Lei n. 7.843, de 2017, sobre qual discorreremos brevemente.

3 O PROJETO DE LEI DA EFICIÊNCIA PÚBLICA

Apelidada de Projeto de Lei da Eficiência Pública, a proposta adota como princípios básicos a busca permanente pela eficiência dos serviços públicos, o empoderamento do cidadão perante a Administração Pública e o dever do gestor público de prestar contas diretamente à população sobre a gestão de recursos públicos.

Trata-se de proposta que busca estabelecer a ideia de inovação permanente da Administração a partir da abertura do Poder Público para a sociedade e da criação de instrumentos para que o cidadão influencie na gestão da coisa pública, tanto por meio da fiscalização como da participação, avaliando, cobrando e colaborando para a melhoria de serviços públicos.

A ineficiência de serviços públicos é fator determinante para o grave quadro de exclusão e desigualdade social que marca nossa sociedade. Problemas no acesso e na qualidade de serviços públicos como educação, saúde, segurança pública e assistência social prejudicam substancialmente a parcela mais pobre da população, principal beneficiária desses serviços.

O acesso a esses serviços básicos constitui elemento fundamental para a superação das desigualdades sociais, objetivo fundamental de nossa República, conforme o art. 3º, inciso III, da Constituição Federal. São serviços para os quais já são direcionados volumes substanciais de recursos públicos, mas que ainda

são prestados de forma ineficiente pela Administração Pública em razão de uma série de fatores.

Conforme já abordamos, a corrupção figura como um dos fatores determinantes dessa ineficiência. Tanto a corrupção como os demais fatores que levam à precarização desses serviços públicos somente poderão ser devidamente identificados e corrigidos quando conseguirmos empoderar e conscientizar os cidadãos-usuários de que esses serviços são custeados por seus tributos e que cabe a eles opinarem sobre sua qualidade, cobrarem sua melhoria e colaborarem para o seu aprimoramento.

Para alcançarmos este objetivo, é essencial a mudança de cultura na Administração Pública, de modo a se criar um novo modelo de gestão, onde o cidadão-usuário esteja no centro das preocupações. Um modelo onde os gestores públicos tenham como meta o aprimoramento e a inovação permanente dos serviços públicos e estejam abertos à participação dos cidadãos-usuários, reconhecendo sua opinião como estratégica para a melhoria dos serviços públicos. Enquanto beneficiário direto dos serviços públicos, o cidadão-usuário é quem mais reúne condições de fiscalizar e controlar a qualidade dos serviços públicos.

Para alcançar esses objetivos, o projeto de lei que apresentamos adota como instrumentos a desburocratização, a informatização da Administração Pública, o acesso à informação, a abertura de bases de dados, os laboratórios de inovação e as ouvidorias externas para oitiva dos cidadãos.

3.1 Da desburocratização

No capítulo que trata da desburocratização, o Projeto de Lei, inspirado no Decreto n. 6.932, de 2009, adota como impositiva para todas as esferas da Administração Pública a incorporação de princípios e diretrizes que visem a simplificar as relações entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, com o Poder Público, tema essencial para o acesso a direitos e também para o desenvolvimento econômico.

A burocracia é um dos principais obstáculos ao acesso a serviços públicos básicos, como o acesso à documentação, ao mesmo tempo em que inibe o empreendedorismo e a inovação em nosso país.

Trata-se de tema muito debatido e que, apesar da edição do Decreto que inspirou a proposta, não avançou como deveria nos últimos anos. A incorporação de novas tecnologias pelo Poder Público, a instituição de grandes bases de dados, a proliferação de ferramentas de buscas e a popularização de computadores e *smartphones* têm um potencial gigante para simplificar a relação entre o Poder Público e as empresas e cidadãos.

Apesar disso, os avanços verificados nos últimos anos ainda são muito tímidos e pontuais, de maneira que a demanda permanece presente na sociedade, fazendo com que o tema seja retomado a cada novo governo¹³.

Para atendermos ao anseio da sociedade, é imprescindível uma mudança de cultura na Administração Pública, adotando como princípio a simplificação permanente de procedimentos, a efetiva integração dos órgãos e bases de dados públicos e a extinção de formalismos que criam barreiras entre cidadãos e servidores e simulam uma falsa superioridade hierárquica destes últimos sobre os primeiros.

Mais do que isso, é necessário conscientizar a estrutura da máquina pública de seu papel essencial, que é servir ao cidadão, evitando a exigência de documentos e informações que podem ser obtidas pela Internet ou que estejam acessíveis em bases de dados públicas.

Nessa mesma linha, é fundamental que o servidor público tenha como meta atender e orientar o cidadão para que ele alcance o serviço ou informação desejada, levando sempre em conta seu dever e o custo, muitas vezes alto, suportado pelo interessado para se dirigir até os órgãos públicos.

¹³ Recentemente foi publicado o Decreto sem número de 07 de março de 2017, instituindo o Conselho Nacional para a Desburocratização. (BRASIL. *Decreto de 7 de março de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Dsn/Dsn14451.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017).

Outro ponto abordado pela proposta é a retomada da confiança como princípio básico na relação entre cidadão e Administração, medida que leva à eliminação de uma série de exigências cartoriais, extremamente onerosas para o cidadão e pouco eficientes para a Administração.

A desburocratização figura como ponto central para a melhoria da eficiência de serviços públicos. Ao mesmo tempo, trata-se de tema estruturante para a prevenção da corrupção.

Quanto mais exigências forem necessárias para a realização de um procedimento necessário para ter acesso a um serviço público, quanto mais distante hierarquicamente o órgão e o servidor público estiverem do cidadão, maiores serão os incentivos para a corrupção, uma vez que ela facilitaria a superação dos obstáculos para o acesso ao serviço almejado.

Por essas razões, a simplificação de procedimentos e a eliminação de formalidades foram disciplinadas na proposta que apresentamos, com a expectativa de que esses temas venham a fazer parte da cultura administrativa em todas as repartições públicas do país, como anseia toda a sociedade.

3.2 Da informatização da Administração Pública

A previsão de que todos os órgãos públicos adotem o processo eletrônico como ferramenta figura como uma das inovações mais ambiciosas, mas plenamente possível de ser implementada, com resultados extremamente importantes para a melhoria da gestão pública e para o combate à corrupção.

A medida traz para o âmbito nacional as normas contidas no Decreto n. 8.539, de 2015, ato que regulamentou o uso de meio eletrônico para a tramitação de processos no âmbito do Poder Executivo federal.

A experiência da implementação do processo eletrônico no governo federal demonstrou que é plenamente possível a adoção dessa medida, mesmo com poucos recursos disponíveis e com um mínimo de estrutura de Tecnologia

da Informação, sendo possível, ainda, reduzir custos em diversas áreas em razão de sua adoção¹⁴.

Para isso, a proposta prevê que os órgãos públicos deverão utilizar, preferencialmente, ferramentas abertas, de baixo custo para customização ou atualização.

Os impactos da adoção do processo eletrônico vão muito além da redução de custos. Trata-se de instrumento central para o aprimoramento da gestão pública, uma vez que permite o aumento da eficiência dos procedimentos. O processo eletrônico reduz drasticamente os prazos para a tramitação dos processos entre os órgãos e no interior de um mesmo órgão, assegura maior agilidade no mapeamento dos fluxos processuais, facilita a criação de bases de dados para orientar o aprimoramento da gestão, entre outros avanços.

Entre tantas conquistas, sem dúvida alguma, o aumento substancial da transparência é o maior ganho proporcionado pela adoção do processo eletrônico. A ferramenta permite acompanhar passo a passo a tramitação e os responsáveis por cada ato processual no âmbito da Administração Pública. Essa transparência praticamente elimina uma série de incentivos para interferências indevidas no trâmite processual, o que fecha as portas para a corrupção.

Com o processo eletrônico, a probabilidade de que uma eventual conduta indevida praticada no âmbito do processo seja identificada é muito maior, uma

¹⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Mapa economiza R\$ 6 milhões ao aderir a Processo Eletrônico Nacional*. 26 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/logistica-e-tecnologia-da-informacao/noticias/mapa-economiza-r-6-milhoes-ao-aderir-a-processo-eletronico-nacional-1>>. Acesso em: 11 ago. 2017; CORREIOS deve economizar R\$ 5,2 mi com plataforma virtual para tramitação de documentos. 04 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.correios.com.br/para-voce/noticias/correios-deve-economizar-r-5-2-mi-com-plataforma-virtual-para-tramitacao-de-documentos>>. Acesso em: 11 ago. 2017; MEC vai economizar R\$ 2,4 milhões por ano com sistema eletrônico de informações. *Tele Síntese*, 17 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/mec-vai-economizar-r-24-milhoes-por-ano-com-sistema-eletronico-de-informacoes>>. Acesso em: 11 ago. 2017; BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Ministério da Justiça economiza R\$ 2 milhões em 2015 com tramitação eletrônica de documentos*. 14 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/logistica-e-tecnologia-da-informacao/noticias/ministerio-da-justica-economiza-r-2-milhoes-em-2015-com-tramitacao-eletronica-de-documentos>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

vez que o histórico da tramitação do processo e até mesmo seu conteúdo podem ser acessados por toda a sociedade e por diversos servidores simultaneamente, dependendo da natureza do processo e da gestão da informação adotada pelo órgão público.

Nesse sentido, a transparência proporcionada pela ferramenta dificulta a prática de corrupção no âmbito das organizações, uma vez que possibilita ampla atuação dos órgãos de controle interno e também fomenta o controle social sobre os atos públicos.

3.3 O acesso à informação e a abertura de bases de dados

Embora o acesso à informação figure entre os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, conforme dispõe o inciso XXXIII do art. 5º, da Constituição, são ainda recentes os avanços da Administração Pública para a efetivação desse direito.

Conforme mencionamos na introdução, a instituição do Portal da Transparência (Decreto n. 5.482, de 2005), pode ser colocada como uma das primeiras iniciativas relevantes para a implementação do acesso à informação, seguida pela Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527, de 2011) e pelo recente Decreto que institui a Política Nacional de Dados Abertos (Decreto n. 8.777, de 2016).

Apesar dos avanços legais, o país ainda está longe de consolidar o acesso à informação como pressuposto básico da Administração Pública. Para exemplificar o quanto ainda estamos distantes desse ideal, podemos pegar os dados colhidos pela Fundação Getúlio Vargas em seu *“Diagnóstico institucional: primeiros passos para um Plano Nacional Anticorrupção”*.

A partir de uma amostra que envolveu 26 prefeituras e tribunais de contas das capitais de todos os estados brasileiros e analisando a disponibilidade de informações sobre licitações na modalidade concorrência, a pesquisa constatou que, apenas 6 prefeituras avaliadas apresentaram pelo menos 80% das informações essenciais mínimas em seus portais, sendo que

algumas sequer possuíam forma de disponibilização desses dados¹⁵. Já nos tribunais de contas, apenas 6 deles apresentaram ao menos 80% das informações essenciais mínimas, enquanto 16 tribunais não contavam sequer com um portal de licitações¹⁶.

Partindo dessa realidade e das dificuldades que os cidadãos têm encontrado para obter informações, a proposta busca ampliar o rol de informações cuja divulgação se torna obrigatória por meio de transparência ativa, ampliando aquilo que já prevê a Lei n. 12.527, de 2011. Além disso, estabelece requisitos para padronizar a forma de divulgação das informações por todos os entes públicos, de maneira a assegurar que elas sejam divulgadas em formato aberto e que permita a livre utilização por qualquer pessoa.

Na mesma linha, e inspirado na disciplina contida no Decreto n. 8.777, de 2016, o projeto cria mecanismo para que qualquer cidadão possa solicitar a abertura de base de dados públicos, a partir de procedimento semelhante àquele previsto para o acesso a informações públicas.

A proposta também assegura a abertura de bases de dados mesmo que os órgãos públicos aleguem sua inconsistência, informação que deverá acompanhar esses dados. Dessa forma, busca-se ultrapassar expediente comumente utilizado por gestores públicos para evitar a abertura de bases de dados. Ao mesmo tempo, cria-se um incentivo para a correção das inconsistências, o que dificilmente ocorre quando a base não é aberta.

O acesso à informação e a abertura de dados públicos são imprescindíveis para que a sociedade possa fiscalizar e controlar a Administração Pública, coibindo casos de corrupção e fomentando o exercício da cidadania, comportamento que deve ser incentivado em qualquer regime democrático.

¹⁵ OLIVEIRA, Marina Gandra Camargo de Barros; RODRIGUES, Karina Furtado. Transparência em contas públicas no âmbito local no Brasil. In: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Coords.). *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um Plano Nacional Anticorrupção* 2017: FGV Direito Rio, p. 95-124, p. 112. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18167>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

¹⁶ *Ibidem*, p. 115.

3.4 Laboratórios de Inovação

O projeto de lei ainda prevê a criação de Laboratórios de Inovação no âmbito dos órgãos da Administração Pública. Trata-se de instrumento previsto para fomentar a participação dos cidadãos no aprimoramento e na inovação dos serviços públicos.

Os Laboratórios de Inovação são espaços abertos para a participação cidadã com o intuito de criar e inovar para aprimorar a atuação da Administração. Trata-se de instrumento que visa não apenas aproximar o cidadão da Administração, mas também abrir espaço para que ele possa contribuir diretamente.

A criação de laboratórios tem se proliferado em diversos governos do mundo com o objetivo de permitir aos cidadãos ajudarem na busca de soluções para desafios cada vez mais complexos.

A criação de laboratórios de inovação não apenas contribuirá para aproximar o cidadão da Administração, como também contribuirá para a busca de soluções inovadoras para o aprimoramento da gestão pública, inclusive para o combate à corrupção.

Trata-se de mecanismo inspirado em experiências bem-sucedidas implementadas em órgãos como a Câmara dos Deputados e a Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão do Governo Federal.

3.5 Ouvidorias externas

Por fim, a proposta prevê a criação de canais de ouvidoria comandados por pessoas de fora das carreiras diretamente envolvidas na prestação dos serviços públicos que originaram a demanda.

Busca-se com a medida proporcionar um canal mais isento para o encaminhamento das demandas dos cidadãos evitando que o processamento de

denúncias e reclamações seja contaminado pela autodefesa, comum a diversas carreiras públicas.

Para fomentar ainda mais a participação e assegurar a escolha de pessoas que tenham alguma representatividade perante a população, a proposta prevê que a escolha das ouvidorias externas aconteça por meio de processo público realizado pela Internet, com o objetivo de fomentar o uso dessa ferramenta como instrumento para a democracia direta.

4 CONCLUSÃO

A percepção negativa do brasileiro sobre a corrupção cresce cada vez mais em nosso país. Trata-se de problema que tem contaminado gravemente a imagem do país no exterior. Mais do que isso, trata-se de problema que impacta diretamente a qualidade e o acesso a serviços públicos básicos, condenando milhões de brasileiras à exclusão social.

Um dos caminhos para enfrentar este problema é mudar radicalmente a lógica atual prevalecente na administração pública, rompendo como um modelo burocrático, estático e impermeável a mudanças e adotando uma nova cultura de gestão, baseada na inovação permanente, na participação, no empoderamento do cidadão e na mais plena transparência.

Com essa mudança, teremos um Estado mais eficiente, ao mesmo tempo em que criaremos barreiras e desincentivos à prática da corrupção.

A ampliação da transparência, a adoção do processo eletrônico, o incentivo à criação dos Laboratórios de Inovação e a adoção de ouvidorias externas são instrumentos que buscam dar esse novo espírito à administração.

Temos certeza de que um amplo debate público sobre este tema contribuirá para aprimorar as mudanças propostas e juntar a elas outras mudanças que contribuirão para a construção de um Estado cada vez mais eficiente e cada vez mais protegido de atos de corrupção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto de 7 de março de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Dsn/Dsn14451.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Polícia Federal. *Estatística de Operações*. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/operacoes>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Mapa economiza R\$ 6 milhões ao aderir a Processo Eletrônico Nacional*. 26 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/logistica-e-tecnologia-da-informacao/noticias/mapa-economiza-r-6-milhoes-ao-aderir-a-processo-eletronico-nacional-1>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Ministério da Justiça economiza R\$ 2 milhões em 2015 com tramitação eletrônica de documentos*. 14 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/logistica-e-tecnologia-da-informacao/noticias/ministerio-da-justica-economiza-r-2-milhoes-em-2015-com-tramitacao-eletronica-de-documentos>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS – CNI. Brasileiros rejeitam aumento de impostos. *Retratos da Sociedade Brasileira: serviços públicos, tributação e gasto do governo*, n. 33, jun. 2016. Disponível em: <https://static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/57/89/578911f0-60a8-4048-937a-63a3c8312c56/retratosdasociedadebrasileira_33_servicospublicos_tributacao_gastodogoverno.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS – CNI. Corrupção é o principal problema do país. *Retratos da Sociedade Brasileira: problemas e prioridades para 2016*, v. 5, n. 28, jan. 2016. Disponível em: <https://static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/1b/64/1b64e9a9-cfe6-42b1-9de8-eca35c5a03f7/retratosdasociedadebrasileira_28_problemaseprioridadespara2016.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CORREIOS deve economizar R\$ 5,2 mi com plataforma virtual para tramitação de documentos. 04 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.correios.com.br/para-voce/noticias/correios-deve-economizar-r-5-2-mi-com-plataforma-virtual-para-tramitacao-de-documentos>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

HARTMANN, Ivar Alberto M.; CHADA, Daniel de Magalhães. Investigação e julgamento dos crimes de corrupção no Brasil. In: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Coords.). *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um Plano Nacional Anticorrupção 2017*: FGV Direito Rio,

p. 71-94. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18167>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

LOPES, Luckas Sabioni; TOYOSHIMA, Silvia Harumi. Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 41, jul./dez. 2013. Disponível em:

<<http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/265/313>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

MEC vai economizar R\$ 2,4 milhões por ano com sistema eletrônico de informações. *Tele Síntese*, 17 ago. 2015. Disponível em:

<<http://www.telesintese.com.br/mec-vai-economizar-r-24-milhoes-por-ano-com-sistema-eletronico-de-informacoes>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de; MOHALLEM, Michael Freitas. O combate à corrupção pela via legislativa. In: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Coords.). *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um Plano Nacional Anticorrupção 2017*: FGV Direito Rio, p. 125-144.

Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18167>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

OLIVEIRA, Marina Gandra Camargo de Barros; RODRIGUES, Karina Furtado. Transparência em contas públicas no âmbito local no Brasil. In: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Coords.). *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um Plano Nacional Anticorrupção 2017*: FGV Direito Rio, p. 95-124. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18167>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

WORLD ECONOMIC FORUM. *Home Global Competitiveness Index*:

Competitiveness rankings: Ethics and corruption. Disponível em:

<<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index/competitiveness-rankings/#series=GCI.A.01.01.02>>. Acesso em: 11 ago. 2017.