

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Antônio Silveira Marques

Jurisdição Constitucional e Soberania do Povo

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Antônio Silveira Marques

Jurisdição Constitucional e Soberania do Povo

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na área de concentração Direito do Estado, sub-área Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves.

SÃO PAULO

2009

Marques, Antônio Silveira
Jurisdição Constitucional e Soberania do Povo/ Antônio Silveira
Marques. – São Paulo: [s.n], 2009
190 f; 30cm

Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, Curso de Direito.
Orientador: Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves

1. Jurisdição Constitucional
2. Soberania do Povo
3. Controle de
Constitucionalidade
4. Judicialização da Política
5. Democracia
6. Infidelidade Partidária

CDD

Todos os direitos reservados a
Antônio Silveira Marques

Antônio Silveira Marques

Jurisdição Constitucional e Soberania do Povo

Dissertação aprovada em ____ de _____ de 2009 para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito do Estado
Sub-área: Direito Constitucional

Banca Examinadora

Autorizo apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____ Local e Data: _____

À minha avó Lígia, cujos prognósticos para o meu futuro sempre foram recebidos com grande entusiasmo e surpreendente dose de convicção.

O lugar-comum de que nenhum homem é uma ilha é, sem dúvida, verdadeiro.

Mesmo um trabalho de natureza científica, solitário por excelência, não é obra de uma só pessoa e para ele contribuem uma dezena de outras, em graus diversos de participação e comprometimento. Algumas delas, porém, não podem ser omitidas nestes sinceros agradecimentos.

Agradeço ao meu orientador, Marcelo Neves, cuja paciência com minhas limitações e disposição para o diálogo foram imprescindíveis à elaboração desta pesquisa.

Ao CNPq que, por meio de uma bolsa de estudos, permitiu que eu me dedicasse integralmente à pesquisa e à confecção deste trabalho.

Aos professores, Maria Garcia e Marcelo Figueiredo, agradeço as observações incisivas e as críticas sempre construtivas feitas a este trabalho.

Aos professores, Guilherme Leite Gonçalves e Hauke Brunkhorst, agradeço os artigos gentilmente enviados que enriqueceram sobremaneira esta pesquisa.

À Siméia Azevedo pela sua gentileza e atenção demonstradas no cumprimento de seu trabalho.

A Roy Funch que revisou o *abstract* desta pesquisa evitando que o autor cometesse erros inoportunos.

Ao caro amigo Christian Ernst a quem devo o *Zusammenfassung* desta pesquisa.

Jamais poderia deixar de agradecer à Lídia que por meio de sua amizade e generosidade possibilitou a conclusão satisfatória dos meus estudos em São Paulo.

Aos amigos Téo, Ana, Maria Luíza e Maria Clara pela amizade sincera e desprendimento.

À minha prima Luciana que, do seu jeito, foi sempre uma companhia especial para mim.

À minha família pelo apoio constante ao longo dos anos, agradeço incondicionalmente.

RESUMO

Trata-se de pesquisa sobre o tema “Jurisdição Constitucional e Soberania do Povo”. Aborda a aparente incompatibilidade entre o controle de constitucionalidade das leis exercido pelo judiciário, leia-se o tribunal constitucional, nos moldes atuais, e o princípio da soberania do povo, dando-se ênfase à análise do processo de “judicialização da política”. Para tanto, procura o autor, inicialmente, fazer uma reconstrução da história do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade no século XX. Parte-se da discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem teria a legitimidade para ser o guardião da constituição do *Reich* alemão. Entrementes, examina-se o cerne do pensamento desses dois importantes pensadores. No segundo capítulo, retoma-se a discussão e as conclusões obtidas no primeiro capítulo. Passa-se, então, a dialogar com pensamento de autores contemporâneos, tais como, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin que examinam o incremento das funções do judiciário, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, constatando-se a necessidade de imposição de limites ao controle das leis na sua configuração atual. No terceiro e último capítulo, a questão é enfrentada levando-se em consideração a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre fidelidade partidária que inovou o texto constitucional ao estabelecer norma punitiva não prevista no artigo 55 da Constituição Federal para casos de infidelidade partidária. Delimita-se, assim, o debate ao âmbito do Estado Democrático brasileiro, discutindo-se as implicações do aumento desmedido das funções do judiciário, especialmente do STF, e a necessidade de harmonização entre os poderes no Brasil. Isto é, como conciliar a tendência atual de um poder judiciário cada vez mais forte e atuante com o princípio da soberania do povo, especialmente quando as leis emanadas do legislativo devem passar pelo controle exercido por um tribunal

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional; soberania do povo; controle de constitucionalidade; judicialização da política; democracia; infidelidade partidária

ABSTRACT

The present work addresses the subject of the “Constitutional Jurisdiction and People’s Sovereignty” and examines the apparent incompatibility between judicial review, namely review made by the Supreme Court in its current form, and the principle of the people’s sovereignty, stressing the process of “judicialization of politics”. The author initially seeks to reconstruct the history of constitutionalism and judicial review in the 20th century, starting with the discussions of Hans Kelsen and Carl Schmitt about who had legitimacy to be the “guardian” of the German *Reich*’s Constitution and examining the core points of these two thinkers. The second chapter reviews the discussions and conclusions of the first chapter and then begins a dialogue with the thoughts of contemporary authors such as Jürgen Habermas and Ronald Dworkin. These authors examined the growth of judicial functions, especially after Second World War, reaching conclusions on the necessity of imposing limits to judicial review in its current form. In the third and final chapter this question is addressed by examining the paradigmatic decision of the Brazilian Supreme Court concerning political party fidelity that created a new constitutional precedent by establishing a punitive norm – an action not explicit in Article 55 of the Brazilian Constitution – applicable to those considered unfaithful to their political parties. This research examines the limits of Brazilian rule of law, discussing the consequences of the unprecedented increase in judicial functions, especially by the Supreme Federal Tribunal, and the necessity of harmonizing governmental power in Brazil – specifically, how to reconcile the current trend towards a stronger judiciary with the principle of the people’s sovereignty, especially when laws pass through the control of the judiciary branch.

KEY-WORDS: Constitutional jurisdiction; people’s sovereignty; judicial review; judicialization of politics; democracy; political party infidelity

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit untersucht prinzipiell die Vereinbarkeit zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Volkssouveränität und überprüft Thesen einer „Justizialisierung von Politik“ am Beispiel der Rechtsprechung des brasilianischen Bundesverfassungsgerichts. Im ersten Kapitel wird, ausgehend von der Debatte zwischen Hans Kelsen und Carl Schmitt über den legitimen „Hüter“ der Reichsverfassung, die Entwicklung der philosophischen und rechtlichen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert nachvollzogen. Von diesen historischen Ansätzen ausgehend erfolgt im zweiten Kapitel eine Auseinandersetzung mit den zeitgenössischen Ansätzen von Jürgen Habermas und Ronald Dworkin, die angesichts der stetigen Ausweitung der juristischen Funktionen die Notwendigkeit einer Begrenzung der Normenkontrolle in ihrer derzeitigen Form folgern. Im dritten Kapitel werden diese Thesen und mögliche Schlussfolgerungen anhand der paradigmatischen Entscheidung des Brasilianischen Verfassungsgerichts zur Parteitreu in Bezug auf politische Mandate diskutiert. Dieses Urteil stellt einen verfassungsrechtlichen Präzedenzfall dar: Das Gericht generierte eine gesetzliche Norm mit beträchtlichen Auswirkungen auf die politische Praxis. Eine entsprechende Kompetenz des Gerichts nach Artikel 55 der brasilianischen Verfassung ist jedoch nicht explizit vorgesehen. Auf der Grundlage der drei Kapitel werden abschließend die Grenzen der Rechtsprechungskompetenz in Brasilien angesichts neuer Dimensionen der Akkumulation von Kompetenzen und Funktionen in der Judikative diskutiert. Dabei soll der Frage nachgegangen werden, wie die Gewaltenteilung sichergestellt und wie der Trend einer Ausweitung der Judikative mit dem Prinzip der Volkssouveränität vereinbart werden kann.

Schlüsselwörter: Verfassungsgerichtsbarkeit; Volkssouveränität; Normenkontrolle; Justizialisierung von Politik; Demokratie; Parteiuntreu

“Não se pode ser ao mesmo tempo homem de ação e homem de estudo sem lastimar a dignidade de um ou de outro ofício, sem faltar a uma ou a outra vocação. É possível assumir posições políticas fora da universidade, e a posição de saber objetivo é possível que não seja indispensável, mas não resta dúvida que esse saber objetivo favorece a ação razoável”.

Raymond Aron

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 CAPÍTULO 1 RECONSTRUINDO O DEBATE KELSEN-SCHMITT ACERCA DE QUEM DEVERIA SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ	16
1.1 Sobre a importância e atualidade do debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt	16
1.2 O <i>intermezzo</i> (1919-1933): da Constituição de Weimar à ascensão de Hitler	18
1.2.1 O momento histórico-político: o primeiro pós-guerra e o nascimento da primeira República alemã	19
1.2.2 Principais aspectos da Constituição de Weimar (1919)	26
1.3 Um enfoque sistemático das posições de Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição alemã	32
1.3.1 Pressupostos distintos	33
1.3.2 A doutrina do <i>pouvoir neutre</i> de Benjamin Constant na argumentação de Carl Schmitt	35
1.3.3 Sobre a natureza do tribunal constitucional e de se sua função	41
1.3.4 Reis-juízes ou legisladores-régios?	47
1.3.5 Pluralismo na visão de Schmitt e Kelsen	47
1.3.6 A falta de legitimidade democrática do tribunal constitucional e os riscos de uma “aristocracia da toga”	49
1.4 Lugares-comuns ao analisar o debate Kelsen-Schmitt	51
1.5 Excursão: a importância do debate Kelsen-Schmitt para a compreensão da realidade brasileira	52
1.6 Algumas características do órgão “tribunal constitucional” a partir do modelo desenvolvido por Hans Kelsen e as variantes assumidas nos demais países que o adotaram	54
1.7 Algumas considerações e conclusões provisórias sobre o tema da jurisdição constitucional e da soberania do povo a partir da reconstrução do debate Kelsen-Schmitt sobre o guardião da Constituição alemã	58
2 CAPÍTULO 2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SOBERANIA DO POVO	61
2.1 Além de Kelsen e Schmitt: o debate sobre a jurisdição constitucional e soberania do povo na segunda metade do século XX e início do século XXI	61
2.1.1 Algumas considerações de ordem geral sobre o capítulo segundo: tema, enfoque e método	63
2.1.1.1 Dialogando com o pensamento de Ingeborg Maus	65
2.1.1.2 Dialogando com o pensamento de J. Habermas e R. Dworkin	67
2.2 O constitucionalismo europeu no Pós-Segunda Guerra Mundial e as implicações para o exercício do controle de constitucionalidade	68
2.2.1 O constitucionalismo contemporâneo: complemento ou substituto do positivismo jurídico?.....	72
2.2.1.1 A expressão neoconstitucionalismo	72
2.2.1.2 O sentido do constitucionalismo contemporâneo	73
2.2.1.3 A constitucionalização do ordenamento jurídico	75
2.2.1.4 Características, propriedades e teses do constitucionalismo contemporâneo	76

2.3	O modelo de constitucionalismo para o século XXI	81
2.3.1	O modelo de constitucionalismo proposto por Roberto Mangabeira Unger	82
2.3.2	Transconstitucionalismo.....	84
2.4	Ingeborg Maus e a crítica à expansão do controle normativo realizado pela Justiça	84
2.4.1	Sobre o papel da Justiça na Alemanha após 1945.....	85
2.4.2	A Justiça como “última instância moral da sociedade”	87
2.5	Jurisdição Constitucional e soberania do povo: acerca da “dificuldade contramajoritária”	88
2.6	A contribuição habermasiana aos debates sobre a tensão entre jurisdição constitucional e soberania do povo	90
2.6.1	As críticas usuais do liberalismo identificadas por Habermas em relação ao papel da jurisdição constitucional no Estado de Direito.....	92
2.6.2	O conceito de direito na visão habermasiana	97
2.6.3	Autonomia pública e autonomia privada	98
2.6.3.1	O conceito de autonomia jurídica e sua bipartição	98
2.6.3.2	Liberalismo e republicanismo	100
2.6.3.3	O argumento da cooriginaridade	102
2.7	Dworkin e a revisão judicial (<i>judicial review</i>)	103
2.7.1	A evolução da <i>judicial review</i> nos Estados Unidos	104
2.7.2	A apologia de R. Dworkin ao mecanismo da <i>judicial review</i>	109
2.8	Da soberania como a racionalização jurídica do poder à soberania como autorealização ético-político em Habermas	113
2.8.1	O desenvolvimento do conceito de soberania	114
2.8.2	Soberania do povo: princípio de legitimação e paradoxo	116
2.9	Sobre a “judicialização da política”	118
2.10	O dilema: jurisdição constitucional e/ou soberania do povo?	121
3	CAPÍTULO 3 A FIDELIDADE PARTIDÁRIA E A PERDA DE MANDATO POLÍTICO NO BRASIL	124
3.1	Observações introdutórias	124
3.1.1	Sobre o capítulo terceiro	125
3.1.1.1	Dificuldades na abordagem do tema	127
3.1.1.2	Começando pelo princípio	127
3.1.1.3	A “hermenêutica da cordialidade”	128
3.2	Conceitos-chave: fidelidade partidária, partidos políticos, mandato e sistemas eleitorais	128
3.2.1	Fidelidade partidária	129
3.2.2	Partidos políticos	132
3.2.3	Mandato	139
3.2.4	Sistemas eleitorais	140
3.3	Retrospecto da discussão sobre fidelidade partidária e perda do mandato político a partir da Consulta n° 1.398 até a última decisão do STF sobre a matéria nas ADINs n° 3.999 e n° 4.086	144
3.4	A Consulta n° 1.398 feita pelo PFL ao TSE	146
3.4.1	Os argumentos dos ministros do TSE	148
3.4.1.1	O voto do Ministro César Asfor Rocha	148
3.4.1.2	O voto do Ministro Marco Aurélio	151
3.4.1.3	O voto do Ministro César Peluso	152
3.4.1.4	O voto do Ministro Carlos Ayres Britto	154

3.4.1.5	O voto do Ministro José Delgado	154
3.4.1.6	O voto do Ministro Marcelo Ribeiro (o voto vencido)	155
3.5	Os argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos votos expedidos no julgamento dos mandados de segurança n° 26.602 (PPS), n° 26.603 (PSDB) e n° 26.604 (DEM)	156
3.5.1	O voto do Ministro Eros Grau	156
3.5.2	O voto do Ministro Menezes Direito	157
3.5.3	O voto do Ministro Ricardo Lewandowski	157
3.5.4	O voto do Ministro Celso de Mello	158
3.5.5	O voto do Ministro Joaquim Barbosa	159
3.5.6	O voto do Ministro Carlos Ayres Britto	160
3.5.7	O voto do Ministro César Peluso	161
3.5.8	O voto do Ministro Gilmar Mendes	161
3.5.9	O voto da Ministra Ellen Gracie	162
3.5.10	O voto do Ministro Marco Aurélio	163
3.6	A Resolução n° 22.610/07 (e n° 22.733/08) do Tribunal Superior Eleitoral	163
3.6.1	As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) n° 3.999 e n° 4.086	166
3.6.1.1	O princípio da separação dos poderes (art. 2° da CF/88)	167
3.6.1.2	O princípio da legalidade (art. 5°, II da CF/88)	168
3.6.1.3	Outros artigos violados (arts. 22, I; 48, III; 84, IV; 121, § 5° e 129, IX)	168
3.7	A polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal sobre fidelidade partidária	169
3.8	Interpretação jurídica e ativismo judicial	169
3.8.1	Ceticismo, espírito crítico e os limites da atividade interpretativa	170
3.8.2	Mutação constitucional e a armadilha dos princípios	172
3.8.3	A hermenêutica da cordialidade	174
3.8.4	Palavras finais	175
	CONCLUSÕES	177
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	182

INTRODUÇÃO

O amadurecimento é um processo, geralmente, longo, gradual e tortuoso. Implica o desenvolvimento de potencialidades e habilidades que, de certa forma, já se fariam perceptíveis em maior ou menor escala na infância e juventude e que seriam aprimoradas pela experiência. É possível constatar, por exemplo, o amadurecimento de um artista ao realizar o cotejo entre suas obras de início de carreira ou de juventude e as de sua fase madura. Há, certamente, uma distância considerável entre a designada primeira fase de Machado de Assis marcada por obras de cunho romântico (não obstante já reveladoras do gênio inventivo do escritor), *Ressurreição*, *A mão e a luva*, *Helena*, *Iaiá Garcia*, e aquelas de sua fase realista, da qual são representativas, dentre outras, *Memórias póstumas de Brás Cubas*, *Quincas Borba* e *Dom Casmurro*.

O amadurecimento, nesse sentido, significaria galgar degrau da escada de aperfeiçoamento humano e técnico. Naturalmente, nas diversas searas do conhecimento, seja na literatura, na música ou na pintura, parte-se de certas premissas estabelecidas que definem a qualidade técnica e artística de uma determinada obra (permitindo classificar certo autor como digno de admiração, fadado ao escárnio, ou pior, destinado ao oblívio) e que escapam ao público em geral, comumente influenciado pelos sentidos e emoções despertados pelo contato imediato com o trabalho artístico. Dessa forma, é bem provável que o quadro *Caveira com cigarro aceso* (1886), de Vincent Van Gogh, tenha maior apelo para uma pessoa de natureza lúgubre e soturna que o quadro *Noite estrelada* (1889), considerado uma de suas obras-primas. Trata-se a escolha de uma ou de outra obra de preferência pessoal relacionada às peculiaridades e inclinações dos indivíduos e que divergem das determinações impostas pela estética que qualificam o nível de perfeição de certa obra e que lhe conferem condição privilegiada em face das demais de seu gênero.

As instituições passam, *grosso modo*, por “processos de amadurecimento” semelhantes àqueles observados nos seres humanos. O grau de respeitabilidade e confiabilidade nelas depositado varia conforme o aprimoramento de suas atividades, o compromisso demonstrado na condução de seus negócios e, naturalmente, o amadurecimento e comprometimento daqueles responsáveis pelo seu funcionamento refletido no desempenho diferenciado de suas tarefas.

Bastante ilustrativo do exemplo apresentado são algumas das instituições de ensino superior mais prestigiadas do mundo que, não surpreendentemente, encontram-se, também,

entre as mais antigas: Bolonha (1088), Oxford (1096), Heidelberg (1386). Elas representam a comunhão bem-sucedida de tradição e modernidade, associada à seleção rigorosa de seu corpo docente e discente, pondo-as em condições privilegiadas no universo acadêmico mundial e permitindo-lhes atrair pesquisadores e jovens de boa formação dos diversos pontos do mundo, responsáveis pela renovação dos seus quadros profissionais e pela manutenção da hegemonia intelectual que as fazem conhecidas.

Da mesma forma que as instituições educacionais, as instituições jurídicas são resultado de um processo longo de maturação e de práticas que refletem em menor ou maior grau a respeitabilidade e confiabilidade granjeadas à sociedade ao longo dos anos. A credibilidade conquistada pode, por vezes, sofrer abalos, é quando, então, passa-se a questionar a fundamentação de determinados posicionamentos tomados, isto é, se seriam, de fato, aceitáveis dentro da específica “arquitetura constitucional” em que se inserem. Pode-se afirmar que o Tribunal Constitucional representa uma dessas construções de sucesso do intelecto humano. Após enfrentar momento autodestrutivo de sua existência (guerras), os europeus optaram, no âmbito do Estado Democrático de Direito, por criar órgão responsável pela garantia e concretização constitucional e realização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional possui papel chave no Estado de Direito contemporâneo. No entanto, não obstante os motivos nobres que lhe fundamentaram a criação, poucos órgãos têm sido alvo tão regular de críticas quanto esse tribunal de natureza política e jurídica. No caso brasileiro, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, que faz às vezes de tribunal constitucional, não foge a essa regra e tem sido objeto do escrutínio rigoroso de estudiosos da política e do direito. A que se deve esse fato curioso? Não terá, talvez, essa instituição alcançado o nível desejado de respeitabilidade e confiança perante a sociedade de modo geral? Ou teria mais uma vez a tortuosa experiência constitucional brasileira, repleta de peculiaridades e matizes tipicamente nacionais, conduzido à configuração de uma instituição *sui generis* com pretensões de se imiscuir nos demais poderes políticos do Estado? Nesse caso, como proceder ante essa falta de confiança da população nas instituições e especialmente nas instituições jurídicas? Como diminuir o abismo entre órgãos detentores do poder – neste caso em particular, o Supremo Tribunal Federal – e a população de modo geral, quando a falta de significado prático perpetuada pela retórica jurídica vazia parece somente contribuir para o alargamento desse insondável abismo?

Não se pode deixar de observar que a realidade brasileira é responsável pela modelagem das instituições político-jurídicas no País. O Supremo Tribunal Federal não é uma exceção a esta regra. Os ministros do Supremo não são eleitos pelo povo, mas são indicados

pelo Presidente da República e, nesse sentido, representam, muitas vezes, a galvanização de determinada perspectiva político-partidária. Tal afirmação pode parecer temerária sob determinados aspectos (inclusive pelo fato de que, no exercício da magistratura, presume-se o afastamento do juiz de suas concepções personalistas para proferir decisão livre e imparcial), porém, a realidade tem demonstrado a sua procedência. A cordialidade apontada por Sérgio Buarque de Holanda na sua obra seminal *Raízes do Brasil* ainda é uma engrenagem importante no aparato estatal brasileiro, que impede a delimitação necessária entre o âmbito privado e público.

Nesse cenário, a jurisdição constitucional e a soberania do povo estão em evidência, porquanto não se pode deixar de reconhecer a tensão existente entre as duas, ainda que se possa dizer ser esta apenas aparente em determinadas situações. O aumento do poder dos tribunais e dos magistrados, todavia, é uma realidade e parece levar a uma eventual diminuição ou relativização do princípio da soberania popular. Como enfrentar questões dessa natureza sem sacrificar a coerência e os fundamentos básicos da democracia contemporânea, dentre os quais, o princípio da soberania do povo ocupa lugar particularmente especial?

Esse é o principal objetivo almejado nesta pesquisa, que procura situar-se no entrecruzamento entre direito, política, filosofia e história. Ainda que possa soar como uma pretensão desmedida, não se pode deixar de crer que a melhor forma de compreender o atual momento de transformações e de quebra de paradigmas, sobretudo, na esfera constitucional, consiste no aprofundamento e estreitamento das ciências sociais e humanas. Uma análise meramente jurídica dos fatos que descuide dos aspectos históricos, filosóficos e políticos não é completa e corre o sério risco de se apresentar vazia e desinteressante aos leitores, em particular, aqueles que não sejam provenientes do campo das ciências jurídicas. E esse, não se pode deixar de reconhecer, é um dos principais pecados cometidos pelos juristas e que impede maior difusão das obras de direito entre leitores de formação não jurídica. Por outro lado, uma análise, realizada no âmbito jurídico, por um jurista de formação, que se detenha apenas nos aspectos históricos, filosóficos e políticos perderia de vista seu objetivo primeiro de enfrentar um problema de natureza jurídica, ficando sujeita a críticas de cunho qualitativo.

Portanto, o autor procura alcançar, em cada um dos capítulos da pesquisa, o equilíbrio necessário entre o pensamento jurídico e humanista para não incorrer no erro mencionado. No capítulo inicial, faz-se uma reconstrução do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen na primeira metade do século XX. Para tanto, adota-se, a princípio, perspectiva histórica, de forma a proporcionar melhor compreensão do contexto em que se desenvolveu esse importante confronto ideológico. Em seguida, dedica-se o autor a reconstruir pontualmente a

argumentação dos dois juristas com o objetivo de penetrar na essência do que fora a discussão sobre o guardião da constituição de Weimar, recuperando a fundamentação teórico-ideológica dos autores e extraindo conclusões provisórias de suas ideias.

No segundo capítulo, enfrenta-se a temática central da pesquisa, examinando-se, detidamente, as posições de autores contemporâneos que tratam da jurisdição constitucional e da soberania do povo e suas implicações mútuas. Ganham destaque os elos construídos com as obras de Jürgen Habermas e Ronald Dworkin. Nesse sentido, a perspectiva histórico-filosófica é combinada com a análise jurídica, que permite compreender a relação complexa entre direito e política a partir da atuação das cortes constitucionais que efetuam o controle de constitucionalidade, assumindo funções dantes eminentemente legislativas.

Por fim, no terceiro e último capítulo, o autor contextualiza o debate para o Brasil. Isto é, por meio de análise da decisão do Supremo Tribunal Federal que legitimou a perda do mandato parlamentar em razão de infidelidade partidária, discute temas importantes como a interpretação constitucional, revisitando, com base nos argumentos de Guilherme Leite Gonçalves, o conceito de cordialidade, agora, porém, aplicado à prática de interpretação nos tribunais brasileiros, no que este autor designa “hermenêutica da cordialidade”.

CAPÍTULO 1

RECONSTRUINDO O DEBATE KELSEN-SCHMITT ACERCA DE QUEM DEVERIA SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ

“Whoever attentively considers the different departments of power must perceive that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honors but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society and can take no active resolution whatever.”
(Alexander Hamilton – *The Federalist Papers*)

“O instrumento clássico de legitimação de regimes políticos no mundo moderno é, naturalmente, a ideologia, a justificação racional da organização do poder.”
(José Murilo de Carvalho – *A Formação das Almas*)

“Penso, pois, que é sempre necessário pôr em algum lugar um poder social superior a todos os outros, mas creio estar a liberdade em perigo quando esse poder não encontra diante de si nenhum obstáculo que possa reter sua marcha e lhe dar tempo de se moderar.”
(Alexis de Tocqueville – *A Democracia na América*)

1.1 Sobre a importância e atualidade do debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt

É surpreendente que nesta primeira década do século XXI, que caminha inexoravelmente para seu termo, a discussão entre Carl Schmitt e Hans Kelsen – transcorrida na Alemanha nos turbulentos anos de 1920 e 1930 – permaneça tão atual. Mais surpreendente ainda são os sem-número de estudos, textos, resenhas e artigos apaixonados sobre temas quais, soberania, constituição, estado de exceção, entre outros, surgidos a partir dos debates realizados entre os dois juristas ou influenciados por eles de alguma forma. A que se deve a renovação/atualização do interesse pela discussão acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição que opôs esses dois importantes juristas no século passado?

A resposta para tal questionamento está possivelmente no fato de que, conquanto relativamente pacificada na maioria dos países que optaram pela adoção de um tribunal constitucional, a questão ganha novas cores a partir do momento em que as consequências da adoção de tal modelo – aquele que define o Tribunal Constitucional como órgão principal pela guarda da Constituição – passam a se manifestar com mais intensidade na sociedade e no plano do balanço entre os poderes políticos dos Estados. A “judicialização da política” e a

“politização do jurídico” são a face mais aparente dessa nova conjuntura que vem se desenvolvendo desde o término da Segunda Guerra Mundial com o consequente fortalecimento do poder judiciário em detrimento, sobretudo, do poder legislativo. A temática do guardião da Constituição também permanece atual, pois se trata, essencialmente, de uma questão de poder. O papel de guardião da Constituição, seja da Constituição de Weimar (1919) ou da Constituição de qualquer Estado Democrático de Direito dos dias atuais, é decidir precipuamente acerca da constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis. E nesse sentido, ele atua cada vez mais como verdadeiro legislador positivo e não meramente negativo.

Reconstruir o debate entre Kelsen e Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição do *Reich* alemão não é, portanto, apenas uma questão de recuperar a história constitucional e, mais propriamente, da jurisdição constitucional. É, na realidade, o ponto de partida para compreender o atual momento histórico-político, cada vez mais complexo e a necessitar de interpretações que possibilitem compreender as transformações nos modelos democráticos contemporâneos. Não se pode ignorar que a concepção kelseniana de um órgão independente – um tribunal constitucional – responsável pela guarda da Constituição é certamente uma das expressões do gênio criativo do jurista de Viena e uma conquista para a democracia. No entanto, como ele mesmo reconheceu, algumas das questões apontadas por Schmitt seriam, tomando-se as devidas cautelas, legítimas, especialmente no que concerne à necessidade de estabelecer limites à atuação do tribunal constitucional e de seus ministros. Partindo desse ponto, Habermas irá retomar muitas dessas questões na sua obra *Direito e Democracia*.

Sobre o cerne dos debates entre Schmitt e Kelsen, não é demasiado recordar que o primeiro conferia o papel de guardião da Constituição alemã, de maneira exclusiva, ao presidente do *Reich*, o que contribuía para a acentuação das disparidades entre os poderes políticos da então claudicante República de Weimar. Uma opção notadamente ideológica, uma vez que contrariava o próprio pensamento schmittiano em determinados pontos de forma a justificar o produto final de sua argumentação antiliberal. Kelsen, por outro lado, a partir de suas experiências obtidas com a Constituição austríaca, da qual foi idealizador, acreditava terminantemente na necessidade de que fosse estabelecida uma Corte Constitucional para exercer a função de guarda da Constituição. Essa função, porém, deveria ser realizada de maneira conjunta com outros órgãos do Estado, dentre eles o próprio presidente do *Reich*. A lógica do raciocínio kelseniano para que assim se procedesse, fundamentava-se no fato de que

não se poderia conferir o papel de guardião da Constituição àquele que estaria mais apto a transgredi-la, isto é, o presidente do *Reich*.

Naturalmente, examinar-se-á pormenorizadamente a argumentação que se seguiu entre os dois juristas, porquanto a partir dessa compreensão – isto é, de que o presidente seria o mais provável a violar a Constituição – seria possível contrapor a ideia de que um órgão tal qual um tribunal também poderia desrespeitar a Constituição, assumindo poderes que não lhes fossem atribuídos (e essa é exatamente uma das críticas tecidas atualmente em relação aos tribunais constitucionais, dentre eles o próprio Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro). No entanto, como um homem de seu tempo, Kelsen se mantinha atento à realidade que o circundava e que, em certo sentido, parecia moldar o pensamento schmittiano. Provavelmente, não lhe eram desconhecidos os riscos de se conceder, de forma exclusiva, o papel de guardião da Constituição a apenas um indivíduo e, no caso do *Reich* alemão, a um presidente que poucas chances teria de se manter no poder com o crescente avanço do partido de extrema-direita liderado por Adolf Hitler.

Como se sabe, Schmitt saiu, a princípio, vitorioso dessa contenda ideológica; a Constituição de Weimar tinha seus dias contados e os resultados seriam desastrosos para a Alemanha e para a humanidade. A lição que ficou do embate entre esses dois renomados juristas foi bem além do que se poderia imaginar à época, influenciando posteriormente o(s) modelo(s) de constitucionalismo(s) adotado(s) no cenário do pós-Segunda Guerra. A atualidade da questão que teve origem ainda na primeira metade do século passado é, por si só, motivo suficiente para que se dediquem estudos a compreendê-la na sua totalidade.

Nesse sentido, um passo importante a ser dado para a consecução desse objetivo – apreender os principais aspectos da discussão entre Schmitt e Kelsen – deve ser, inicialmente, realizar breve apanhado histórico sobre o momento em que os debates transcorreram. A análise da situação da Alemanha nos anos que sucederam a Primeira Guerra Mundial até a ascensão de Hitler em 1933, oferece luz sobre muitos dos pontos lacunosos que uma mera abordagem jurídico-constitucional da questão eventualmente deixaria.

1.2 O *intermezzo* (1919-1933): da Constituição de Weimar à ascensão de Hitler

Faz-se aqui um breve retrospecto da situação política e social da Alemanha durante o período da República de Weimar até as eleições de 1932 (nas quais o partido nazista sagrou-se vitorioso). Destacam-se, também, os principais aspectos da Constituição de 1919 e seus dispositivos inovadores que influenciariam, posteriormente, muitos outros textos

constitucionais. Trata-se de uma forma de anunciar a temática seguinte, isto é, o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o guardião da Constituição, cujo pano de fundo foi, justamente, o conturbado período antecedente à Segunda Guerra Mundial.

1.2.1 O momento histórico-político: o primeiro pós-guerra e o nascimento da primeira República alemã

Não é surpreendente que a Constituição alemã de 1919 – uma Constituição notadamente imbuída de valores e aspectos sociais inovadores para a época – tenha sido produzida na cidade alemã de Weimar, situada no coração do país, na região da Turíngia. Essa mesma cidade é o berço da intelectualidade alemã, tendo atraído no passado figuras como Goethe, Schiller, Herder e muitos outros nomes do esplendor cultural alemão que em algum momento de suas vidas estiveram a ela associados. O passado glorioso desta cidade não foi suficiente, porém, para assegurar um futuro longo para a Constituição e evitar a derrocada da República com o advento do nacional-socialismo.

Como a própria “cultura de Weimar” teve seu princípio no período anterior à Primeira Guerra Mundial¹ – e não propriamente no período comumente apontado pela historiografia como de seu início e fim –, não se pode creditar integralmente à primeira República alemã a responsabilidade pelo fracasso na contenção dos movimentos internos a ela contrários e da violência crescente que permitiriam o desenvolvimento do nacional-socialismo no país. Ao contrário, as razões para a grande resistência ou repúdio à jovem república alemã e a eclosão do nazismo podem ser encontradas antes de 1919. Analisando-se esse complexo mosaico que era a Alemanha à época, pode-se apontar o legado da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) como um fator especialmente importante para a instabilidade e queda da República de Weimar.

Norbert Elias fornece-nos em sua conhecida obra *Os alemães* um panorama desconfortável da situação política e social que predominava na Alemanha naquele período imediatamente posterior à Primeira Guerra Mundial, e com ele algumas pistas importantes para compreender os acontecimentos que se descortinariam nos anos que se seguiriam. Ele destaca a fragilidade do Estado e a sua incapacidade no controle interno de seus efetivos militares e policiais. Este aspecto, segundo o autor, seria responsável pela dificuldade da

¹ Tradução livre do texto: “Muito do que veio a ser conhecido posteriormente como ‘cultura de Weimar’ teve suas origens na Alemanha do pré-guerra, particularmente, nas mudanças que ocorreram por volta da virada do século”. No original: “Much of what later came to be known as ‘Weimar culture’ had its origin in pre-war Germany, particularly in changes occurring around the turn of the century”. (FULBROOK, Mary. *A concise history of Germany*. 2th edition, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004 p. 145).

República de Weimar de conter as agitações internas que minariam, gradualmente, as possibilidades de sucesso do novo governo, permitindo o fortalecimento dos movimentos de extrema direita:

Foi característico da situação da Alemanha, no final da guerra de 1914-18, que as novas autoridades governantes tivessem controle somente em medida muito limitada sobre as forças militares e policiais necessárias à manutenção do monopólio da violência física e, portanto, à paz interna. O Estado alemão no período de Weimar era, quanto a isso, um Estado rudimentar. E foi essa circunstância que deu aos movimentos e organizações violentos da classe média e da classe trabalhadora sua oportunidade de ação².

Tais aspectos representavam desmoralização para o governo e para a administração que seriam, sobremaneira, acentuados pela derrota na Primeira Guerra Mundial. Nada obstante à passagem dos anos, não é difícil imaginar o opróbrio experimentado pela orgulhosa sociedade guilhermina advindo do fracasso militar na guerra. Por isso, não era de se admirar que ninguém gostasse de se ver relacionado a essa derrota. Esse ponto é sem dúvida alguma essencial para examinar o cenário explosivo que se desenhava na Alemanha das primeiras décadas do século XX.

A rendição incondicional alemã na Primeira Guerra Mundial somente seria assinada em 11 de novembro de 1918, pondo fim ao segundo *Reich*. Antes, porém, da entrada dos Estados Unidos no conflito, em abril de 1917, a perspectiva de uma derrota alemã era remota. As razões para a união dos esforços americanos à Tríplice Entente foram basicamente de ordem econômica e estratégica. A Alemanha, por meio de sua guerra submarina, ameaçava as exportações americanas para a Europa. Além disso, os alemães tinham pretensão de atrair o México para o confronto sob a promessa de ajudá-lo a reconquistar os territórios perdidos para os Estados Unidos³. A partir de então, a balança de poderes pendeu para a Tríplice Entente, que passava a contar com o apoio da potência emergente norte-americana.

A derrocada alemã só seria visível a partir de meados do ano de 1918. No dia 3 de março deste mesmo ano, a Alemanha ajustava por meio do Tratado de Brest-Litovsk a paz em separado com a Rússia, que se retirava da guerra para voltar-se para assuntos internos (a Revolução Russa de 1917). A Alemanha, tendo colocado fim ao conflito na sua fronteira oriental – após uma série de vitórias sobre a Rússia –, tencionava lançar ofensiva no seu lado

² ELIAS, Norbert. *Os alemães: a luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 199.

³ PAZZINATO, Alceu L.; SENISE, Maria Helena V. *História moderna e contemporânea*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 242-243.

ocidental. Porém, sucessivas derrotas sofridas perante a Entente e retiradas catastróficas transmitiam a sensação de que já não mais era possível alcançar a vitória. Além disso, a paz austro-húngara de 14 de setembro e o desmoronamento da Bulgária neste mesmo mês mudaram os rumos do confronto em desfavor da Alemanha. Um acordo de cessar-fogo deveria ser assinado e o *Kaiser* deveria enfrentar-se com a derrota iminente.

Em 3.3.1918 o *Reich* pode ditar os termos da Paz de Brest-Litovsk e com isso colocar fim à guerra no *front* Oriental. Depois, porém, do fracasso da tentativa de, por meio de uma persistente Ofensiva alemã no *front* Ocidental levar a termo o conflito, o Alto Comando (OHL) chegou à conclusão de que não era mais possível vencer a guerra. Os catastróficos reveses militares de julho e de agosto de 1918 deixaram também Hindenburg e Ludendorff hesitantes. Após o acordo de paz austro-húngaro (14.9) e o colapso da aliada Bulgária no mesmo mês, a sorte do Alto Comando mudou abruptamente. O *Kaiser*, o chanceler do *Reich*, os líderes dos partidos foram confrontados, para a sua surpresa, com o fato de que teriam de lidar com a derrota incondicional e com a necessidade de um imediato cessar-fogo⁴.

O peso da derrota seria demasiado para a monarquia alemã. Assim, pavimentava-se o caminho para uma República que deveria suportar o opróbrio da guerra perdida.

O Kaiser nomeou para o cargo de Chanceler o príncipe Max von Baden, que no dia 3 de outubro do ano de 1918, tornaria público os termos da sua proposta de cessar fogo ao Presidente dos Estados Unidos, Woodrow Wilson. Dietmar Willoweit, em sua obra acerca da história constitucional alemã, destaca a decepção que deve ter tomado conta do Alto Comando militar alemão, quando, após anos de sofrimento na guerra, a Alemanha viu-se obrigada a assumir a inteira responsabilidade pelo conflito. E, como se não bastasse, no dia 23 de outubro, o presidente Wilson manifestou-se em sentido contrário à manutenção da monarquia alemã, sugerindo dessa forma a transição para a República, com a consequente abdicação do *Kaiser* Guilherme II.

Depois de muitos anos de sofrimento e de esperanças de ganhar o confronto mantidas até o fim, isso deve ter causado profundas decepções no senhor da

⁴ Tradução livre do texto. No original: “Am 3.3.1918 kann das Reich den Frieden von Brest-Litowsk diktieren und damit den Krieg im Osten beenden. Als danach jedoch der Versuch scheitert, im Westen mit einer grossangelegten deutschen Offensive eine Entscheidung herbeizuführen, verschweigt die Oberste Heeresleitung (OHL) die Erkenntnis, dass der Krieg nicht mehr zu gewinnen ist. Auch Katastrophale militärische Rückschläge im Juli und August 1918 lassen Hindenburg und Ludendorff noch zögern. Nach einem österreich-ungarischen Friedensfühler (14.9.) und dem Zusammenbruch des verbündeten Bulgariens im selben Monat wirft die OHL das Steuer jedoch abrupt herum. Der Kaiser, der Reichskanzler, die Parteiführer wurden zu ihrer Überraschung mit der Tatsache einer vollständigen Niederlage und der Notwendigkeit eines umgehenden *Waffenstillstandsangebots* konfrontiert”. (WILLOWEIT, Dietmar. *Deutsche Verfassungsgeschichte: vom Frankreich bis zur Teilung Deutschlands: ein Studienbuch*. München: Beck, 1990, p. 276-277).

guerra suportar que tem ainda a inteira responsabilidade no Estado constitucional pela justificação e pelo início da guerra. Como se não bastasse a insinuação de Wilson de que não se lidaria com os “Autocratas monárquicos da Alemanha” (23.10.), a fim de deixar a reivindicação de abdicação do Kaiser imediatamente conhecida do público⁵.

Uma rebelião popular liderada pelo partido social-democrata (SPD) levaria à abdicação do *Kaiser*, que seria formalizada apenas no dia 28 de novembro de 1918. O príncipe Max von Baden permaneceria no poder até a passagem para o novo governo liderado por Friedrich Ebert, que assumia o poder sob o título de Chanceler do *Reich*. Paradoxalmente, mantinha-se o altissonante título de império ou *Reich* para a República democrática, que se fundava sobre as ruínas da monarquia guilhermina.

O governo republicano, de formação social democrata, além de enfrentar o grave problema de legitimidade e de controle interno, apontado por Norbert Elias, tinha outras várias questões pendentes a resolver. O país deveria suportar o forte peso da paz de Versalhes – que desde o princípio objetivava não construir um ambiente propício para a paz duradoura entre os vencedores e derrotados na Primeira Guerra, mas submeter à Alemanha a humilhantes condições que seriam desastrosas para seu povo e, sobretudo, para sua economia. Não é surpreendente que o local para a assinatura do tratado de paz tenha sido o Palácio de Versalhes. Foi neste mesmo local que, cinquenta anos antes, Bismarck proclamara a unificação alemã. Um simbolismo não ocasional, certamente⁶.

Os termos do tratado eram acintosos. Por meio deles a Alemanha ficava privada de grandes áreas de seu território, como a Alsácia e Lorena, que voltavam ao domínio francês. Além disso, regiões da Prússia Ocidental, Silésia e Posen eram anexadas à Polônia. A cidade de Danzig ficaria sob supervisão da Liga das Nações, com a separação artificial estabelecida por meio da criação do “Corredor polonês”. A Alemanha também perdia suas colônias e ficava proibida qualquer forma de união com a Áustria. Mais do que isso, as forças armadas

⁵ Tradução livre do texto. No original: “Nach jahrenlangen Leiden und bis zuletzt aufrechterhaltenen Sigeshoffnungen musste es tiefe Enttäuschungen über den obersten Kriegsherrn hervorrufen, trug dieser doch im konstitutionellen Staat die wesentliche Vearantwortung für die Kriegserklärung und die Kriegführung. Es genügte daher die Andeutung Wilsons, man werde mit den “monarchischen Autokraten Deutschlands” nicht verhandeln (23.10), um die Forderung nach Abdankung des Kaisers sofort laut werden zu lassen”. (WILLOWEIT, Dietmar. *Deutsche Verfassungsgeschichte: vom Frankreich bis zur Teilung Deuschlands: ein Studienbuch*. München: Beck, 1990, p. 277).

⁶ Tradução livre do texto: “A parte todos esses contratemplos, finalmente surgiu o Tratado de Versalhes, nomeado em homenagem ao Salão dos Espelhos do Palácio de Versalhes, no qual foi assinado. A localidade parecia evocar humilhação desnecessária. Cinquenta anos antes, Bismarck lá proclamara a unificação da Alemanha; agora, os vitoriosos infligiam seu insulto”. No original: “Out of all these crosscurrents finally emerged the Treaty of Versailles, named after the Hall of Mirrors of Versailles Palace in which was signed. The location seemed to invite unnecessary humiliation. Fifty years earlier, Bismarck had tactlessly proclaimed the unified Germany there; now, the victors inflicted an insult of their own”. (KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 1994, p. 239).

alemães ficavam limitadas a um contingente de cem mil homens e a margem esquerda do Reno deveria permanecer desmilitarizada e sob a supervisão dos aliados⁷.

Dentre todas as cláusulas acima mencionadas, inseridas no Tratado de Versalhes, talvez, aquela que mais tenha gerado perplexidade encontrava-se prevista no artigo 231 deste documento. Tratava-se da cláusula de “culpa de guerra”. Por meio dela, a Alemanha foi inteiramente responsabilizada pelo deflagramento da Primeira Guerra Mundial e, com base nesta mesma cláusula, tornava-se obrigada ao pagamento de pesadas indenizações aos países vitoriosos. Era uma dupla punição: de ordem econômica e moral.

Acerca do caráter desproporcional das penalidades impostas à Alemanha ao término da Primeira Guerra Mundial, esclarece Erik Hobsbawm:

[...] Na conferência de paz de Versalhes (1919), haviam-se imposto pagamentos imensos, mas indefinidos à Alemanha, como “reparações” pelo custo da guerra e os danos causados às potências vitoriosas. Como justificativa, inserira-se uma cláusula no tratado de paz fazendo da Alemanha *a única* responsável pela guerra (a chamada cláusula da “culpa de guerra”), a qual, além de historicamente duvidosa, revelou-se um presente para o nacionalismo alemão⁸.

Não deixa de causar espanto, o fato de que os vitoriosos da Primeira Grande Guerra, talvez, tivessem consciência de que provocando a ruína da Alemanha poderiam causar recessão dentro das fronteiras de seus próprios países. As teorias econômicas não foram fortes suficientes para convencer populações inteiras que desejavam locupletar-se às expensas da derrotada Alemanha. O que se pode dizer é que o revanchismo alemão ganhou força

⁷ Tradução livre do texto: “No início do verão de 1919 foram revelados os pesados termos da Paz de Versalhes. O Gabinete Scheidemann renunciou e foi sucedido pelo Gabinete Bauer, o qual enviou uma delegação para assinar o Tratado de Versalhes em 28 de junho. A Alemanha perderia grandes áreas de seu território: a Alsácia e Lorena deveriam ser devolvidas à França; a Prússia Ocidental, a Silésia Superior e Posen passariam a fazer parte da recém-reconstruída Polônia; Danzig tornar-se-ia uma cidade livre sob a supervisão da Liga das Nações, com o Corredor Polonês separando a Prússia Oriental do resto da Alemanha. A Alemanha perdeu suas colônias e qualquer união da Alemanha com a Áustria era proibida. O exército ficou limitado a 100.000 homens, e a margem esquerda do Reno devia ser desmilitarizada sob a supervisão dos aliados, com a ocupação aliada a ser gradualmente reduzida. Na notória ‘cláusula de culpa de guerra’, a Alemanha foi responsabilizada pela Guerra”. No original: “In the early Summer of 1919 the harsh terms of the Versailles peace treaty were revealed. Scheidemann’s cabinet resigned and was succeeded by the Bauer cabinet, which sent a delegation to sign the Versailles Treaty on 28 June. Germany was to lose large areas of land: Alsace-Lorraine was to be returned to France, West Prussia, Upper Silesia and Posen were to go to the newly reconstructed Poland, Danzig was to become a free city under League of Nations supervision, with the ‘Polish Corridor’ separating East Prussia from the rest of Germany. Germany was deprived of colonies, and any union of Germany and Austria was forbidden. The army was limited to 100,000 men, and the left bank of the Rhine was to be demilitarized under allied supervision, with Allied occupation to be phased out over a period of time. In the notorious ‘war guilt clause’ Germany was burdened with responsibility for the war”. (FULBROOK, Mary. *A Concise History of Germany*. 2th edition. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004, p. 163-164).

⁸ HOBBSAWM, Erik J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 102.

excepcional em razão do Tratado de Versalhes. De certa forma, este logrou obter o efeito inverso daquele pretendido. Como observa Henry Kissinger:

Assim, os termos do Tratado de Versalhes alcançaram exatamente o oposto do que haviam procurado alcançar. Eles tentaram enfraquecer a Alemanha fisicamente, mas ao invés, fortaleceram-na geopoliticamente. A partir de um ponto de vista mais amplo, a Alemanha estava em uma posição bem melhor para dominar a Europa após Versalhes do que estivera antes da guerra. Tão logo a Alemanha se livrasse das algemas do desarmamento, o que era só uma questão de tempo, ela estaria destinada a emergir mais poderosa do que nunca. Harold Nicolson resumiu da seguinte forma: “Nós viemos para Paris confiantes de que uma nova ordem estava prestes a ser estabelecida; nós saímos convencidos de que a nova ordem tinha meramente substituído a antiga”⁹.

A Constituição de Weimar nascera sob o signo da violência da guerra e, durante sua curta duração, esse vulto pairou permanentemente sobre a República como uma ave de mau agouro. Seus opositores utilizaram-se dos meios mais variados possíveis para desacreditá-la e arruiná-la. Um dos argumentos espúrios utilizados pelos detratores da República alemã de Weimar foi creditar a derrota na Primeira Guerra não às tropas alemãs, mas aos “inimigos da pátria” que, supostamente, agiam internamente, de forma sub-reptícia, isto é, judeus e socialistas. Com base nessa crença disparatada, açularam-se os ânimos e a República teve de enfrentar uma série de ataques, acentuados no período de 1919 a 1923.

As tentativas de golpes eram constantes e eram proferidas tanto pelos militantes da extrema direita, como pelos da extrema esquerda. No entanto, a diferença entre os dois grupos era visível no tratamento concedido a cada um perante a justiça. Os primeiros recebiam penas brandas; enquanto os segundos eram submetidos a penas rigorosas, sendo condenados até mesmo à pena capital: a pena de morte.

Foi nesse período que grupos de jovens provenientes das camadas privilegiadas da sociedade alemã formaram grupos paramilitares que ficaram conhecidos como *Freikorps*. De fato, não passavam de terroristas que tencionavam desequilibrar a República, cuja atuação chegou a provocar a fuga do gabinete de Friedrich Ebert de Berlim para Stuttgart, em março de 1920, uma vez que as forças militares do governo se negavam a combater os *Freikorps*.

⁹ Tradução livre do texto. No original: “Thus, the framers of the Versailles settlement achieved the precise opposite of what they had set out to do. They had tried to weaken Germany physically but instead strengthened it geopolitically. From a long term point of view, Germany was in far better position to dominate Europe after Versailles than it had been before the war. As soon as Germany threw off the shackles of disarmament, which was just a matter of time, it was bound to emerge more powerful than ever. Harold Nicolson summed it up: ‘We came to Paris confident that the new order was about to be established; we left it convinced that the new order had merely fouled the old’”. (KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 1994, p. 245).

Apenas a greve geral que se instaurou foi capaz de dispersar esses grupos que se utilizavam da violência extremada para alcançar seus objetivos¹⁰.

O fracasso deste movimento, que ficou conhecido como *putsch Kapp* (nome tomado de um de seus líderes Kapp e Lüttwitz), não pôs fim aos movimentos dessa natureza na Alemanha. Ao contrário, surgiram inúmeros outros que lhe sucederam. O primeiro deles foi a organização terrorista *Consul*, cujo propósito principal era promover assassinatos de políticos indesejáveis. Os membros dessa organização foram responsáveis pelo assassinato do proeminente político Erzberger. Os assassinos do político e seu superior na organização eram ex-oficiais e receberam a clemência das autoridades policiais. Foi essa impunidade que permitiu a essas hordas terroristas vitimarem centenas de pessoas. Como bem observa Norbert Elias:

É difícil fazer uma estimativa de quantas pessoas foram assassinadas como politicamente indesejáveis por membros dos *Freikorps* e das associações estudantis que com eles colaboravam estreitamente, nos primeiros anos da República de Weimar. Suas vítimas incluíram comunistas proeminentes, como Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht, que foram arrastados para fora de uma casa cercada, após uma fracassada sublevação de trabalhadores, e, de acordo com o que pôde ser até hoje apurado, foram espancados até à morte, um após o outro, com cassetetes no caminho para a prisão¹¹.

Apesar disso, os anos seguintes (de 1924 a 1929) são geralmente qualificados como anos de consolidação do Estado de Weimar. O cenário político era extremamente mutável, todavia. Não é à toa que de 1919 a 1930 ocorreram, ao todo, quatorze mudanças de gabinete. Nesse período desapareceu a figura de Friedrich Ebert (falecido em 28.2.1925), sendo sucedido por Hindenburg.

A partir do ano de 1929, é que os caminhos tomados pela República de Weimar pareciam anunciar mudanças consideráveis no âmbito político. A ideia de uma ditadura como solução para os problemas da Alemanha já era ventilada desde o ano de 1927. Porém, foi em 1929, com o aumento da crise econômica e o desemprego em massa decorrente da quebra da bolsa de valores de Nova Iorque que a solução totalitária parecia prestes a se concretizar. As

¹⁰ Tradução livre do texto: “[...] Em março de 1920, Kapp e Lüttwitz organizaram uma marcha de unidades de *Freikorps* em Berlim e o gabinete de Ebert foi forçado a fugir para Stuttgart, uma vez que o exército, sob o comando do General von Seeckt se recusava a combater soldados pertencentes aos *Freikorps*. Não obstante, nessa mesma época uma greve geral foi suficiente para deter o *putsch Kapp*” No original: “[...] In March 1920, Kapp and Lüttwitz organized a march of Free Corps units on Berlin, and Ebert’s government was forced to flee to Stuttgart, since the army, under General von Seeckt, refused to fight the Free Corps soldiers. Nevertheless, at this time a general strike was sufficient to defeat the Kapp putsch”. (FULBROOK, Mary. *A Concise History of Germany*. 2th edition. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004, p. 164).

¹¹ ELIAS, Norbert. *Os alemães: a luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 172.

organizações paramilitares de extrema direita passaram a atuar frequentemente, desestabilizando a república parlamentar. Com isso, seu objetivo de alcançar o poder era apenas uma questão de tempo.

Nas eleições de 1932, ocorridas na Alemanha, a soma dos votos dos representantes do partido comunista e socialista era superior à obtida pelo partido nazista. Apesar disso, o partido comunista foi proibido de juntar-se aos socialistas por ordens decorrentes da Terceira Internacional¹².

Com isso, foi possível a nomeação de Hitler para o cargo de primeiro ministro da Alemanha. Hitler valeu-se de sua nova posição para abrir as portas à ditadura. Em 27 de fevereiro, grupos nazistas incendiaram o *Reichstag* e responsabilizaram os comunistas. A partir de então, desencadeou-se violenta repressão aos sindicatos e aos partidários da oposição (comunistas e social-democratas).

Em 1934, com a morte de Hindenburg, Hitler passou a desempenhar cumulativamente as funções de primeiro-ministro e de presidente, sendo nomeado o *Führer* da nação alemã. Desabava a República de Weimar e nascia o Terceiro *Reich*.

1.2.2 Principais aspectos da Constituição de Weimar (1919)

Ficou a cargo de Hugo Preuss a redação do projeto da nova constituição alemã. Preuss era um renomado publicista da esquerda liberal, havia sido aluno de Otto von Gierke, historiador do direito e teórico do comunitarismo alemão. Preuss procurou modificar a estrutura federativa do *Reich*, substituindo-a por um “Estado unitário descentralizado”. Nas

¹² Sobre isso é esclarecedor este trecho retirado da obra de Richard Pipes, em que o autor explica com bastante clareza como as divergências dentro do próprio partido comunista e a rivalidade com os social-democratas resultaram no enfraquecimento da oposição que permitiria a vitória do partido nazista nas eleições de 1932: “[...], mesmo onde conseguiam obter um bom número de adeptos, os Partidos Comunistas tornaram-se uma oposição permanente – isolada e, portanto, impotente. Trabalhando sob ordens estritas de Moscou para considerarem os social-democratas como principal inimigo, enfraqueceram os movimentos socialistas, assim como os comunistas, e, em alguns países, prepararam o terreno para ditaduras de direita, dos quais foram as primeiras vítimas. Isso emergiu mais claramente na República de Weimar. Ali, no fim da década de 1920, houve um conflito feroz em que se rivalizaram três partidos poderosos: o Social-Democrata, o Comunista e o Nazista. Nesse conflito, Moscou tomou coerentemente o lado dos nazistas, e não do Partido Social-Democrata, que chamava de “fascistas sociais” e que continuou a considerar seu principal inimigo. Seguindo esse raciocínio, proibiu os comunistas alemães de colaborar com os social-democratas. Nas críticas eleições de novembro de 1932, para o Reichstag (Parlamento), os social-democratas obtiveram mais de sete milhões de votos, e os comunistas, seis milhões: os votos combinados excederam em um milhão e meio, aproximadamente, os votos nazistas. Em termos de cadeiras parlamentares, conquistaram 221, contra 196 nazistas. Se tivessem unido as forças, os dois partidos de esquerda teriam derrotado Hitler nas urnas e o impedido de assumir a chancelaria. Portanto, foi a aliança tácita entre os comunistas e os nacional-socialistas que destruiu a democracia na Alemanha e levou Hitler ao poder”. (PIPES, Richard. *Comunismo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002, pp. 114-115).

palavras de Fábio Konder Comparato, a Constituição de Weimar possuía uma estrutura contraditória desde sua origem, porquanto buscava “conciliar ideias pré-medievais com exigências socialistas ou liberais-capitalistas da civilização industrial¹³.”

No dia 6 de fevereiro de 1919, os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte tiveram início; cinco dias depois, Friedrich Ebert seria nomeado presidente da República de Weimar. A Constituição entraria em vigor no dia 11 de agosto de 1919 e tinha a aparência de ser um texto extremamente moderno e progressista. Nessa Constituição foi estabelecido o sistema de votação de representação proporcional, com sufrágio universal estendido às mulheres que, pela primeira vez, teriam o direito de votar. O presidente do *Reich* deveria ser eleito diretamente por meio de voto popular para período de sete anos, possuindo poderes consideráveis e funcionando como uma espécie de “substituto do Kaiser” (*Ersatzkaiser*), como aponta Mary Fulbrook, em *A concise history of Germany*.

A Constituição de Weimar, que passou a vigorar em 11 de agosto de 1919 aparentava ser bastante progressiva. O presidente deveria ser eleito por voto popular direto para um período de sete anos, e, como uma espécie de “imperador substituto” (*Ersatzkaiser*), o presidente tinha poderes consideráveis. Esses incluíam o direito de nomear e demitir chanceleres, o direito de dissolver o parlamento e convocar novas eleições e o direito de convocar referendo nacional. Finalmente, o mais notório dos poderes do presidente de Weimar estava incorporado no artigo 48 da Constituição: o direito de governar por meio de decreto de emergência. Outras disposições incluíam o sistema de voto de representação proporcional, com sufrágio universal para todos os homens e mulheres adultos, estas últimas recebendo o direito ao voto pela primeira vez. O gabinete era responsável em legislar. Um considerável grau de autonomia continuava a cargo dos governos estaduais, no que permanecia um Estado relativamente descentralizado¹⁴.

Ao presidente cabia, ademais, a função de apontar e demitir o chanceler, o direito de dissolver o parlamento e convocar novas eleições e o direito de propor referendos nacionais. Todavia, o mais notório dos poderes do Presidente do *Reich* estava expresso no art. 48 da

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 188.

¹⁴ Tradução livre do texto. No original: “The Weimar Constitution, which took effect on 11 August 1919, appeared quite progressive. A President was to be elected by direct popular vote for a period of seven years, and, as a sort of ‘substitute emperor’ (*Ersatzkaiser*), the President had considerable powers. These included the right to appoint and dismiss chancellors, the right to dissolve parliament and call new elections, and the right to call national referenda. Ultimately the most notorious of the Weimar President’s powers was embodied in Article 48 of the constitution: the right to rule by emergency decree. Other provisions included a voting system of proportional representation, with universal suffrage for all adult men and women, the latter receiving the vote for the first time. The cabinet was to lie with individual state governments, in what remained a relatively decentralized state”. (FULBROOK, Mary. *A concise history of Germany*. 2th edition. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004, p. 162).

Constituição de Weimar e que lhe permitia governar o país por meio de decretos de emergência. O artigo dispõe nos seguintes termos:

Art. 48.

(1) Se um estado não cumprir os deveres que lhes foram impostos pela Constituição e pelas leis do *Reich*, o Presidente pode forçá-lo com a ajuda das forças armadas.

(2) O Presidente do *Reich* pode, quando a segurança pública e a ordem no *Reich* Alemão tiverem sido consideravelmente perturbadas ou ameaçadas, utilizar as medidas necessárias para restaurá-las, se for necessário, com a intervenção das forças armadas. Para este propósito, ele pode suspender temporariamente, no todo ou em parte, os direitos fundamentais previstos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

(3) O Presidente do *Reich* deve informar, de imediato, ao Parlamento todas as medidas tomadas conforme o primeiro e o segundo parágrafo deste artigo. As medidas devem ser suspensas à exigência do Parlamento.

(4) Com o perigo iminente, o governo do estado pode tomar medidas provisórias no seu território, como as descritas do parágrafo segundo. As medidas são suspensas à exigência do Presidente do *Reich* e do Parlamento.

(5) De forma semelhante, dispõe a lei do *Reich*¹⁵.

Não se pode deixar de observar que a Constituição alemã de 1919 estava repleta de méritos e deméritos. Se por um lado fortalecia excessivamente a figura do presidente do *Reich*, por outro estabelecia uma série de direitos nunca antes vislumbrados em constituições europeias. Dessa forma, a importância desse texto é indeclinável. Representa, antes de tudo, um marco do constitucionalismo moderno e estabelece referência para a elaboração de constituições de outros países, além de pactos sobre direitos civis e políticos, como os das Nações Unidas, elaborados no pós-guerra. É comum, por exemplo, dizer que a Constituição alemã de 1919 teve como fundamento a Constituição Mexicana de 1917. No entanto, a de Weimar foi além daquela, uma vez que representava a consolidação da democracia social como melhor forma de defesa dos direitos humanos, aliando, para tanto, os direitos civis e políticos aos direitos econômicos e sociais em uma simbiose original.

¹⁵ Tradução livre do texto. No original: “Artikel 48. (1) Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung und den Reichsgesetzen obliegende Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten. (2) Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Massnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechten ganz oder zum Teil ausser kraft setzen. (3) Von allen gemäss Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Massnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichskennntnis zu geben. Die Massnahmen sind auf Verlangen des Reichstags ausser Kraft zu setzen. (4) Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Massnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen. Die Massnahmen sind auf Verlangen der Reichspräsidentenoder des Reichstags ausser Kraft zu setzen. (5) Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz”. (Cf. sítio <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html> . última visita 12.01.2009).

A Constituição de Weimar era detentora de uma estrutura dualista, isto é, dispunha em sua primeira parte sobre a organização do Estado; enquanto na segunda, trazia declaração de direitos e deveres fundamentais. Outrossim, acrescia àquelas liberdades individuais, os direitos sociais. Foi certamente essa última parte, com um verniz notadamente modernista e revolucionário, que desagradou a camada política mais conservadora da Alemanha. A concepção de direitos sociais que poderiam ser exigidos pelos cidadãos do Estado era certamente uma arma poderosa da população contra governos ineficientes.

Como exemplo do caráter marcadamente social da Carta de 1919, pode-se ressaltar que mesmo os seus dispositivos que tratavam de liberdades individuais, procuravam conferir uma abordagem que valorizasse os aspectos sociais dele decorrentes. Comparato, à guisa de exemplificação, cita o art. 113 da Constituição de Weimar que tratava das pessoas individuais.

Art. 113. As parcelas da população do *Reich* que tenham idioma próprio, por meio da Legislação e da Administração, não devem ser prejudicadas no seu livre e popular desenvolvimento, principalmente no uso de sua língua materna no ensino, assim como na sua Administração interna e da justiça¹⁶.

Nesse dispositivo, o legislador procurou conferir, de modo pioneiro, direitos a grupos sociais não alemães, como o de manterem o seu próprio idioma, mesmo em processos judiciais e nas relações com a Administração Pública¹⁷. Tratava-se de uma espantosa afirmação do pluralismo, na Alemanha da primeira metade do século XX, então marcada por ideias de unidade do povo alemão.

No plano das relações familiares, a Constituição de Weimar mostrou-se igualmente moderna, sobretudo, quando rompeu com alguns pilares fundamentais da sociedade patriarcal de então:

Ela estabeleceu pela primeira vez na história do direito ocidental, a regra da igualdade jurídica entre marido e mulher (art. 119), e equiparou os filhos ilegítimos aos legitimamente havidos durante o matrimônio, no que diz respeito à política social do Estado (art. 121). Ademais, a família e a juventude são postas, precipuamente, sob proteção estatal (arts. 119 e 122)¹⁸.

¹⁶ Tradução livre do texto. No original: “Artikel 113. Die fremdsprachigen Volksteile des Reichs dürfen durch die Gesetzgebung und Verwaltung nicht in ihrer freien, volksstümlicher entwicklung, besonders im Gebrauch ihrer Muttersprache beim Unterricht, sowie bei der inneren Verwaltung und der Rechtspflege beeinträchtigt werden”. (Cf. sítio <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html> . última visita 12.01.2009).

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190.

¹⁸ *Idem.*

No entanto, foram, possivelmente, as transformações na educação pública e nos direitos trabalhistas que melhor configuraram o caráter da social democracia representado na Constituição de Weimar. A educação passou a ser tida como um dever fundamental a ser garantido pelo Estado a todos os cidadãos. Dessa forma, a educação fundamental passou a ter duração prevista de oito anos, enquanto a educação complementar deveria ser disponibilizada até o jovem alcançar a idade de dezoito anos. Tornara-se possível, ademais, que a educação fosse adaptada ao meio cultural e religioso, conforme previsão constitucional do art. 146, e o material didático, em ambos os níveis de educação – tanto fundamental, quanto complementar –, deveria ser fornecido gratuitamente aos estudantes.

Com base, também, no art. 146, era possível a concessão de subsídios aos pais de alunos considerados aptos a frequentar o ensino público.

Artigo 146.

(1) O ensino público é constituído de forma orgânica. De um ensino básico para todos a partir do qual se constitui o ensino médio e superior. Para essa formação são decisivas à admissão de uma criança em uma determinada escola seu complemento e pendor, não a posição econômica ou social de seus pais

(2) No interior da comunidade são organizadas, porém, a requerimento dos responsáveis às escolas populares o credo e a concepção de vida, até o ponto em que por meio disso o funcionamento organizado da escola não seja prejudicado, nos termos do parágrafo primeiro. A vontade dos responsáveis deve ser considerada quando possível. Nesse sentido determina a legislação estadual conforme os princípios das leis do *Reich*.

(3) Para que aqueles com menores recursos tenham acesso ao ensino médio e superior das escolas são disponibilizados recursos públicos pelo *Reich*, pelos estados e comunidades, especialmente, auxílio-educação para os pais de crianças que sejam consideradas aptas ao ensino médio e superior nas escolas, até o término da educação¹⁹.

¹⁹ Tradução livre do texto. No original: “Artikel 146. (1) Das öffentliche Schulwesen ist organisch auszugestalten. Auf einer für alle gemeinsamen Grundschule baut sich das mittlere und höhere Schulwesen auf. Für diesen Aufbau ist die Mannigfaltigkeit der Lebensberufe, für die Aufnahme eines Kindes in eine bestimmte Schule sind seine Anlage und Neigung, nicht die wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung oder das Relligionsbekenntnis seiner Eltern Massgebend. (2) Innerhalb der Gemeiden sind indes auf Antrag auf von Erziehungsberechtigten Volksschulen ihres Bekenntnisses oder ihrer Weltanschauung einzurichten, soweit hierdurch ein geordneter Schulbetrieb, auch im Sinne des Abs. 1, nicht beeinträchtigt wird. Der Wille der Erziehungsberechtigten ist möglichst zu berücksichtigen. Das Nähere bestimmt die Landesgesetzgebung nach den Grundsätzen eines Reichsgesetzes. (3) Für den Zugang Minderbemittelter zu den mittleren und höheren Schulen sind durch Reich, Länder und Gemeinden öffentliche mittel bereitzustellen, insbesondere Erziehungsbeihilfe für die Eltern von Kindern, die zur Ausbildung auf mittleren und höheren Schulen für geeignet erachtet werden, bis zur Beendigung der Ausbildung”. (Cf. sítio <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>. última visita 12.01.2009).

No plano econômico, desenvolvera-se um esforço para conciliar capitalismo e dignidade humana. O artigo 151 da Constituição de Weimar que inaugura a seção que trata da vida econômica é bastante representativo dessa tendência aparentemente contraditória.

Artigo 151.

- (1) A ordem da vida econômica deve corresponder aos princípios de justiça com o objetivo de garantir uma existência digna para todos. Nesses limites é assegurada a liberdade econômica do indivíduo.
- (2) A obrigação decorrente de lei é somente admissível para a realização de direitos ameaçados ou em prol de exigências prementes do bem comum.
- (3) A liberdade de comércio e de iniciativa é garantida conforme as leis do *Reich*²⁰.

Importante mencionar, ademais, o papel do artigo 153 da Constituição de Weimar. Por meio dele, ficava assegurado o papel da função social da propriedade.

Artigo 153.

- (1) A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites resultam das leis.
- (2) A desapropriação só pode ser efetuada se levar em conta o bem da coletividade e tiver base nos princípios legais. Ela tem lugar quando ocorrer dano, a não ser que a lei do *Reich* determine de forma diversa. Por causa do grau do dano permanece em aberto litígio pelo qual o tribunal competente, a não ser que a lei do *Reich* determine em outro sentido. A desapropriação feita pelo *Reich*, por meio dos estados, das comunidades e associações de utilidade pública, só pode ter lugar contra dano.
- (3) Função da propriedade. Seu uso deve ter em vista, simultaneamente, o bem comum²¹.

Já no campo trabalhista, as conquistas constitucionais foram surpreendentes e podem ser percebidas, a partir da leitura dos dispositivos que tratavam até mesmo de padrões

²⁰ Tradução livre do texto. No original: “Artikel. 151. (1) Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Dasein für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern. (2) Gesetzlicher Zwang ist nur zulässig zur Verwirklichung bedrohter Rechte oder im Dienst überragender Forderung des Gemeinwohls. (3) Die Freiheit des Handels und Gwerbes wird nach Massgabe der Reichsgesetze gewährleistet”. (Cf. sítio <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html> . última visita 12.01.2009).

²¹ Tradução livre do texto. No original: “Artikel 153. (1) Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. (2) Eine Enteignung kann nur zum Whole der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlagen vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anders bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nicht anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeiden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. (3) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine das Beste”. (Cf. sítio <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html> . última visita 12.01.2009).

mínimos de regulação internacional do trabalho, conforme indica a leitura do texto do artigo 162 da Constituição de Weimar:

Art. 162.

- (1) O *Reich* propugna por uma regulamentação entre estados das relações jurídicas do trabalhador, as quais ambicionem para toda a classe de trabalhadores da humanidade um mínimo geral de direitos sociais²².

O artigo 163 da Constituição de Weimar, também, merece atenção especial, porquanto trazia expressamente o direito ao trabalho como direito fundamental de homens e mulheres.

Artigo 163.

- (1) Todo alemão tem assegurada sua liberdade pessoal, o dever moral de suas faculdades espirituais e corporais de realizar de tal forma como se exige o bem da coletividade.
- (2) A todo alemão deve ser concedida a possibilidade de, por meio de seu trabalho, prover sua manutenção. No caso de ele não poder comprovar oportunidade adequada para o trabalho, cuidar-se-á de sua manutenção. O mínimo será assegurado por meio de leis especiais do *Reich*²³.

A partir dessas considerações sobre os principais aspectos da Constituição republicana de 1919 da Alemanha – ou pelo menos sobre alguns deles –, não é difícil imaginar a razão pela qual essa Carta Constitucional tenha tido breve existência. Em certo sentido, ela encerrava ideais, senão utópicos, modernos demais para aquele momento histórico específico. A Alemanha precisaria vivenciar os horrores de uma nova Guerra Mundial para perceber, finalmente, a importância dos direitos e garantias compreendidos no texto constitucional de 1919.

1.3 Um enfoque sistemático das posições de Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição alemã

Traçar paralelo entre a concepção schmittiana e kelseniana é exercício que exige reflexão a respeito de alguns pontos específicos. Deve-se partir da divergência de

²² Tradução livre do texto. No original: “Artikel 162. Das Reich tritt für eine zwischenstaatliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Arbeiter ein, die für die gesamte arbeitende Klasse der Menschheit ein allgemeines Mindestmass der sozialen Rechte erstrebt”. (Cf. sítio <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>. última visita 12.01.2009).

²³ Tradução livre do texto. No original: “Artikel 163. (1) Jeder Deutsche hat unbeschadet seiner persönlichen Freiheit die Sittliche Pflicht seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert. (2) Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Soweit ihm angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt. Das Nähere wird durch besondere Reichsgesetze bestimmt”. (Cf. sítio <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html> . última visita 12.01.2009).

pressupostos entre ambos os autores, para em seguida examinar os pormenores da discussão sobre a identidade do guardião da Constituição.

Os pormenores mencionados seriam, basicamente, as diferenças marcantes entre a fundamentação de Kelsen, que vislumbrava o desenvolvimento de órgão especial para exercer o controle de constitucionalidade (o tribunal constitucional), mais de acordo com o modelo da Constituição de Weimar então vigente, e a concepção de Schmitt que divisava realidade diversa daquela então existente na Alemanha, e que pressuporia centralização de poderes do Estado nas mãos de um só indivíduo (o Estado totalitário seria a figura que mais se coadunaria com o ideal schmittiano).

1.3.1 Pressupostos distintos

De forma bastante simplista e, quiçá, até mesmo tautológica, é possível dizer que as concepções de Kelsen e de Schmitt sobre a identidade do guardião da Constituição do Reich são divergentes, porque partem de pressupostos distintos. Hans Kelsen nos seus estudos sobre a jurisdição constitucional deixa evidente, desde o princípio, que a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis não deve ser entregue aos órgãos, cujos atos devem ser controlados, leia-se, ao Parlamento e ao governo.

Essa compreensão fica bastante evidente a partir da leitura do trecho de *Quem deve ser o guardião da Constituição?* que dita da seguinte forma:

[...] caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria²⁴.

Neste texto significativo, dirigido a responder às argumentações de Schmitt em *O guardião da constituição*, ele invoca em seu auxílio não apenas os princípios jurídicos, como também o senso comum, que apregoa que ninguém pode ser juiz de sua própria causa, o que

²⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 240.

seria inevitável se se acatasse a ideia de que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis devesse ser aferida pelo Presidente do *Reich* e não por uma corte criada para tal objetivo. Segundo Kelsen, esta seria a principal falha do pensamento de Schmitt, ao defender o papel do Presidente do *Reich* como único guardião da Constituição²⁵.

Kelsen fornece, ademais, elementos para que se compreenda a função de guardião da Constituição. Ele apresenta as razões pelas quais tal papel seria inadequado ao governo (presidente e seus ministros). Para ele, a função de guarda da Constituição estaria relacionada, sobretudo, com a tarefa de evitar que os limites ao exercício do poder – expressos na própria Carta Magna – fossem desrespeitados.

Kelsen não hesita em afirmar que a defesa que Schmitt realiza de seu ponto de vista estaria situado no âmbito da “política do direito”²⁶. Daí, Kelsen denunciar a falibilidade de sua argumentação, construída, por vezes, por meio de contradições e conclusões que partem de premissas falsas, apenas para corroborar seu modelo teórico comprometido com dada ideologia (excluir o tribunal constitucional do papel de garante da Constituição, conferindo esse papel exclusivamente ao presidente, aumentando-lhe consideravelmente os poderes).

O ponto de partida de Carl Schmitt para o desenvolvimento de sua concepção sobre o guardião da Constituição é diferente. Ele acredita numa contradição essencial existente entre as funções jurisdicional e política. Segundo ele, a decisão sobre a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade das leis) seria um ato de natureza política e não jurisdicional. E, por essa razão, as questões políticas não seriam passíveis de serem submetidas ao controle

²⁵ Tradução livre do texto: “Schmitt vê – assim consta na réplica de Kelsen ao ‘Guardião da Constituição’ de Schmitt – o perigo para a Constituição apenas no Parlamento e não vê necessidade de um guardião da Constituição nas violações do Executivo. O guardião schmittano deve controlar apenas as leis do Parlamento para que possa, quanto mais tranquilo, lidar com as outras ameaças à Constituição. Esta teoria da Constituição não funciona, conforme Thoma já havia reconhecido, ‘como uma especial santificação, mas como uma depreciação das constituições escritas, às quais são devotadas rigorismo, pelo qual elas poderiam sob determinadas circunstâncias serem rompidas’”. No original: “Schmitt sieht – so Kelsens Replik auf Schmitts ‘Hüter der Verfassung’ – die Gefahr für die Verfassung nur beim Parlament und sieht keinen Bedarf für einen Hüter der Verfassung bei Verstößen der Exekutive. Der Schmittsche Hüter soll nur die Parlamentsgesetze prüfen, um desto ungestörter die anderen Verfassungsverstöße machen zu können, auf dem Verordnungsweg. Diese Verfassungslehre läuft, wie auch Thoma sofort erkannt hat, keineswegs ‘auf eine besondere Heiligung, sondern auf eine Entwertung der geschriebenen Verfassungen hinaus, denen eine Härte angedicht wird, an der sie unter Umständen zerspringen müssten’”. (BRUNKHORST, Hauke. *Der lange Schatten des Staatswillenspositivismus: Parlamentarismus zwischen Untertanenrepräsentation und Volkssouveränität. In: Leviathan*, 3/2003, p. 13).

²⁶ “[...] Deduzir, a partir de um conceito qualquer de *jurisdição*, que a instituição aqui referida como *tribunal constitucional* seria impossível ou inconveniente, seria um caso típico daquela *jurisprudência conceitual*, que já pode ser considerada como superada hoje em dia. É de supor que tampouco Schmitt maneje tal argumentação. Porém, ele faz crer o contrário quando, num escrito situado no plano da política do direito e na sua luta contra a jurisdição constitucional, dá ênfase à questão de saber se ela seria verdadeira jurisdição, formulando como problema decisivo o de se o *judiciário* poderia atuar *como guardião da Constituição*”. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 248).

jurisdicional. Schmitt atribui essa necessidade de “juridicizar” questões de natureza política a uma tendência natural na compreensão do Estado de Direito:

É natural conceber a resolução judicial de todas as questões políticas como ideal do Estado de Direito e, nisso, não ver, com uma expansão da justiça, que esta só pode ser prejudicada, pois a consequência seria, como mostrei muitas vezes tanto para o direito constitucional quanto para o internacional, não, por exemplo, uma juridicização da política, e, sim, uma politização da justiça²⁷.

Em *O guardião da constituição*, Schmitt, também, rechaça a figura de um tribunal constitucional como guardião da Constituição, sob o argumento de que não haveria a necessidade por um órgão dessa natureza. De acordo com seu entendimento, a ideia de que um tribunal constitucional seria necessário decorreria, simplesmente, de um forte apego existente na Alemanha ao Estado de justiça, prevalecente no país desde a Idade Média e determinante na compreensão da teoria de divisão dos poderes existente naquele país²⁸.

Para a construção de seu modelo legitimador do Presidente do *Reich* como guardião da Constituição, Schmitt recorre ao princípio do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant. Por meio dessa doutrina do século XIX, busca aquele comprovar a tese de que o presidente do *Reich* seria a figura mais adequada (e a única) compatível com o papel de guardião da Constituição.

1.3.2 A doutrina do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant na argumentação de Carl Schmitt

A doutrina do poder neutro de Benjamin Constant adquire na obra *O guardião da constituição* de Carl Schmitt função legitimadora da ampliação dos poderes do presidente do *Reich* alemão, no período da República de Weimar. A Constituição de 1919 já atribuía uma série de prerrogativas ao Presidente (conforme se observou a partir da leitura do art. 48 desta Carta) que conferiam uma posição privilegiada ao executivo em relação ao legislativo e ao judiciário. Schmitt, no entanto, procurou ampliar, sobremaneira, o rol de competências do presidente, de forma a alcançar seu objetivo final: atribuir-lhe com exclusividade o papel de guarda da Constituição do *Reich*.

Para tanto, ele faz uso do pensamento político de Constant e de sua teoria de que o poder real seria um poder neutro, cuja função precípua seria solucionar “divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência” que,

²⁷ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 33.

²⁸ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 38.

segundo ele, não poderiam ser resolvidas pela via judicial. Consoante Schmitt, essas questões não poderiam ser apreciadas pela justiça constitucional, por não se tratarem de “violações constitucionais abertas”, devendo, portanto, serem resolvidas por meio de um “terceiro superior”. Daí surge a ideia de *pouvoir neutre et intermédiaire*²⁹.

Na visão de Schmitt – que parte da concepção original de Constant elaborada no século XIX – o poder neutro seria um poder “localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares”³⁰. Sua tese consiste em comprovar que o Presidente do *Reich* alemão seria esse “poder neutro e intermediário”, que estaria estrategicamente justaposto em relação aos demais poderes de forma a permitir a relação e o equilíbrio entre eles.

Schmitt procura inicialmente conferir um sentido prático à ideia de resgatar a doutrina do *pouvoir neutre* para lhe dar uma aplicação direta à realidade alemã da época da República de Weimar:

O valor prático da teoria da posição do chefe de Estado neutra, intermediária, reguladora e defensora reside primeiramente no fato de que, doravante, pode ser respondida a pergunta sobre qual o significado do chefe de Estado em Estado civil de Direito, seja ele monarquia constitucional ou democracia constitucional, e qual o sentido de seus poderes, se o poder de legislar fica totalmente com as câmaras, se os ministros nomeados pelo chefe de Estado são totalmente dependentes da confiança das corporações legislativas, se o próprio chefe de Estado está vinculado em tudo à confirmação dos ministros e, se, por conseguinte, se puder dele dizer: *Il règne et ne gouverne pas*³¹.

²⁹ É interessante recordar que a doutrina do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant teve grande aceitação dentre os teóricos brasileiros no período monárquico. Na Constituição imperial de 1824 ele – o poder neutro – surgia como poder moderador do monarca, cujas atribuições eram basicamente as seguintes, conforme esclarecem Paulo Bonavides e Paes de Andrade: “nomear um terço dos senadores; convocar Assembleia Geral, em caráter extraordinário, nos intervalos das sessões; sancionar os decretos e resoluções da Assembleia Geral; aprovar e suspender interinamente as resoluções dos Conselhos Provinciais; prorrogar ou adiar a Assembleia Geral e dissolver a Câmara dos Deputados nos casos em que o exigir a salvação do Estado; convocar imediatamente outra que a substitua; nomear e demitir livremente os ministros de Estado; suspendê-los na forma prevista pela lei (art. 154); perdoar e reduzir as penas impostas aos réus condenados por sentença irrecorrível; conceder anistia em caso urgente e que assim aconselham a humanidade e o bem do Estado”. (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 90-91). Percebe-se, a partir do rol exposto, que os poderes conferidos ao monarca eram de tal monta que ele determinava os rumos políticos do país conforme seu talante. Nessa construção do poder moderador no período monárquico é que reside a chave para os problemas de instabilidade político-partidários do Império. Interessante sobre a adoção desse poder no Brasil é constatar as peculiaridades que este assumiu no contexto local. O poder moderador não somente contrariava a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu, como também destoava daquela que lhe servira de inspiração, a doutrina do poder neutro de Benjamin Constant. Era a legitimação do absolutismo no Brasil.

³⁰ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 193.

³¹ *Ibidem*, p. 197.

Com isso, Schmitt procura demonstrar que o presidente da República alemã, ao contrário do monarca que reinava e governava, teria na verdade uma função meramente defensora e reguladora, ativa apenas em situações de emergência, porquanto representaria:

[...] a continuidade e a permanência da unidade estatal e de seu funcionamento uniforme, transcendendo as competências a ele atribuídas, e que, por motivo da continuidade, da reputação moral e da confiança geral, tem que ter um tipo especial de autoridade, a qual faz parte da vida de cada Estado, assim como o poder e poder de comando que se tornam diariamente ativos³².

A decorrência dos argumentos leva a crer que o presidente seria esse ente dotado de neutralidade, apto, portanto, a contrabalançar os demais poderes. A partir da doutrina do *pouvoir neutre*, Schmitt cria uma ilusória representação do presidente do *Reich*, como figura dotada quase que de mera força representativa. Essa força representativa estaria relacionada, ademais, à representação da unidade do povo alemão – como se essa fosse verdadeiramente possível – para contrapor-se ao pluralismo enfraquecedor e divisor da República. Tal construção dava sinais de que o que se propunha era na verdade uma transição para um regime diverso, uma ditadura.

Talvez seja interessante fazer algumas considerações (ou conjecturas) sobre a razão para Carl Schmitt escolher doutrina vigente no período das monarquias constitucionais europeias, para fundamentar posicionamento contrário à criação de um órgão jurisdicional para guarda da Constituição da República alemã.

Ao analisar-se, não sem certa dose de criatividade, a escolha de Schmitt pela doutrina do *pouvoir neutre*, não se nos afigura de todo espantosa a sua opção por essa construção política do século XIX. Não apenas pelo fato de que a doutrina do poder neutro de Constant consistia no mecanismo perfeito para conferir aspecto de legitimidade a uma situação bastante questionável: a concessão de poderes amplos ao Presidente do *Reich* (poderes esses que analisados com atenção, tornavam a distinção entre “presidente” e “ditador” bastante tênue). Mas, porque, em certos aspectos, é possível encontrar uma considerável afinidade intelectual entre o pensamento schmittiano e o pensamento de Benjamin Constant. Um estudo das vidas paralelas de ambos os pensadores, na linha daqueles realizados por Plutarco na antiguidade, provavelmente permitiria encontrar semelhanças que lançariam luz sobre muitas questões referentes, sobretudo, ao pensamento schmittiano.

³² *Ibidem*, p. 199.

A trajetória pessoal e intelectual de Benjamin Constant, por exemplo, pode ser considerada tão atribulada quanto a de Carl Schmitt e, em certo sentido, guardadas as devidas proporções, semelhante à deste último em muitos pontos. Ambos os teóricos ocuparam-se durante parcela considerável de suas vidas da tarefa de justificar determinada ideologia, regimes e formas de governo por meio de seus escritos – ideologias e regimes que seriam posteriormente duramente criticados. Constant o fizera repetidas vezes, o que chegara a granjear-lhe o epíteto pouco honroso de “Constant *inconstant*”. Schmitt o faria na Alemanha nazista.

O que se quer dizer, enfim, é que, não é de todo surpreendente que Schmitt tenha se utilizado de uma construção teórica utilizada no período de enfraquecimento das monarquias europeias (passagem das monarquias absolutistas para as monarquias constitucionais). Aliás, esta é, justamente, uma das críticas dirigidas por Kelsen a Schmitt³³. Para o primeiro, era inconcebível a aplicação de uma doutrina, cuja função primeira era compensar a perda dos poderes do monarca com o estabelecimento da posição de preponderância em relação aos demais poderes políticos e que Schmitt utilizava irrefletidamente na República alemã ou, ainda mais grave, de modo a justificar a ideologia por ele esposada (a de fortalecer o presidente com poderes de tal forma amplos que só seria possível numa situação de exceção – Estado total).

Para melhor compreender o sentido da doutrina do *pouvoir neutre* e sua utilização posterior por Schmitt, é necessário determo-nos sobre os textos do próprio Benjamin Constant. Sabe-se que ele se referia aos três poderes políticos – executivo, judiciário e legislativo como “poderes constitucionais”³⁴ – e, para ele, conforme a tradição aristotélica, tais poderes teriam implicações mútuas e cooperariam entre si. No entanto, quando esses poderes se mostrassem falhos, apresentando-se insuficientes na tarefa de cooperação, seria necessário uma “força” não proveniente deles para colocá-los novamente em perfeito funcionamento. Nas palavras do próprio Constant:

Os três poderes políticos, tais como os conhecemos até aqui – o poder executivo, o legislativo e o judiciário –, são três instâncias que devem cooperar, cada qual em sua parte, com o movimento geral. Mas quando essas engrenagens avariadas se cruzam, se entrechocam e se bloqueiam, é necessária uma força para repô-las em seu lugar. Essa força não pode estar numa dessas engrenagens mesmas, pois senão ela lhe serviria para destruir as outras. Tem de estar fora, tem de ser de certo modo neutra, para que sua

³³ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 193.

³⁴ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 203.

ação se aplique onde quer que seja necessário aplicá-la e para ela seja preservadora e reparadora sem ser hostil³⁵.

A divisão dos poderes proposta por Constant era diferente. Para ele, haveria cinco espécies de poderes. O primeiro, naturalmente, tratava-se do poder real (neutro), o qual ele distingue do poder executivo (que seria exercido pelos ministros e não pelo rei, como se poderia supor). O segundo seria o poder executivo propriamente dito. O terceiro, o poder representativo da duração. O quarto, o poder representativo da opinião pública. O quinto, o poder judiciário³⁶.

Segundo Constant, o poder representativo da duração seria exercido por uma assembleia hereditária, e o poder representativo da opinião pública seria da competência de assembleia eleita pelo povo. Ele dividia, portanto, o poder legislativo nesses dois segmentos. Esses dois poderes teriam como função a elaboração das leis do Estado. Nesse quadro, o poder real estaria distanciado dos demais poderes e entraria em cena quando fosse necessário equilibrar o funcionamento dos outros quatro poderes.

Constant prossegue na sua argumentação, afirmando que uma das virtudes da monarquia constitucional seria exatamente a criação desse *pouvoir neutre*, que deveria estar nas mãos do monarca. Segundo Constant, era providencial que tal poder estivesse concentrado na pessoa do rei, pois que este, ao contrário dos demais poderes, tinha como objetivo maior o funcionamento harmônico dos poderes. Ele chega a apontar que o “vício de quase todas as Constituições foi não ter criado um poder neutro, e sim ter posto a soma de autoridade de que este deve ser investido num dos poderes ativos”³⁷.

A criação do poder real como poder neutro é compreensível na teoria elaborada por Benjamin Constant, sobretudo, se atentarmos para a forma como ele enxergava – ou fazia crer enxergar – a figura do monarca.

Nessa passagem de sua obra sobre escritos políticos, percebe-se o tom elegíaco que adota na caracterização do rei na monarquia constitucional:

O rei, num país livre, é um ser à parte, superior às diversidades de opinião, sem outro interesse que a manutenção da ordem e a manutenção da liberdade, sem nunca poder entrar na condição comum, inacessível por conseguinte a todas as paixões que essa condição faz nascer e a todas as que a perspectiva de tirar algum proveito alimenta necessariamente no coração dos agentes investidos de um poder momentâneo. Essa augusta prerrogativa da realeza deve difundir no espírito do monarca uma calma e, em sua alma,

³⁵ *Ibidem*, p. 204.

³⁶ *Ibidem*, p. 19.

³⁷ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 205.

uma sensação de repouso, que não podem ser o quinhão de nenhum indivíduo numa posição inferior. Ele paira, por assim dizer, acima das agitações humanas, e é a obra-prima da organização política ter assim criado, no próprio seio das dissensões sem as quais nenhuma liberdade existe, uma esfera inviolável de segurança, de majestade, de imparcialidade, que permite que essas dissensões se desenvolvam sem risco, enquanto não excederem certos limites e que, mal o perigo se anuncia, lhe ponha fim por meios legais, constitucionais e livres de toda e qualquer arbitrariedade. Mas essa vantagem é perdida, seja rebaixando o poder do monarca ao nível do poder executivo, seja elevando o poder executivo ao nível do monarca³⁸.

Não foge a um olhar mais atento que a caracterização do rei no trecho extraído da obra de Constant aparenta ser impróprio até mesmo para a época (século XIX), na qual já se procurava superar a ideia do monarca legitimado por ordem divina, que prevalecia na época das monarquias absolutistas europeias.

A partir dessas palavras da lavra do próprio Constant, parece incompreensível – e aí há de se concordar com as críticas tecidas por Kelsen acerca da impropriedade da utilização da doutrina do *pouvoir neutre* na República de Weimar – que um jurista do porte de Schmitt pudesse conceber tal disparate teórico. Primeiro, porquanto Schmitt estaria resgatando uma figura desgastada da monarquia constitucional e aplicando-a irrefletidamente à República alemã da primeira metade do século XX. Segundo, pois, na visão de Kelsen, a concepção de Schmitt, também, seria errônea porque compreenderia estar o poder executivo dividido em dois: um poder ativo e outro passivo. Somente o poder passivo seria exercido pelo monarca, o que o configuraria como um poder neutro. Kelsen aponta a fragilidade desse argumento, quando destaca o importante papel desempenhado pelo monarca no âmbito das relações internacionais, sobretudo, na assinatura de tratados, na sanção de leis, por meio do comando supremo do exército e da frota, da nomeação de funcionários e juízes etc³⁹.

A crítica kelseniana expunha, ainda, a reconstrução realizada por Schmitt a partir da doutrina do *pouvoir neutre* de Constant. Kelsen acreditava que Schmitt conferira um novo patamar à ideia do poder neutro. O poder neutro schmittiano não funcionaria como uma instância neutra, mas como órgão justaposto, ou seja, um poder que não está acima, nem abaixo dos demais poderes, mas a eles equiparados⁴⁰.

Nessa reconstrução da doutrina de Constant, pode-se afirmar que Schmitt procedeu a uma adaptação do *pouvoir neutre* de forma a justificar uma interpretação do art. 48 da Constituição de Weimar que conferisse poderes amplos ao Presidente do *Reich*. Essa

³⁸ *Ibidem*, p. 21-22.

³⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 245.

⁴⁰ *Idem*, p. 246.

“descaracterização” era intencional e teria como finalidade a funcionalidade do modelo de Schmitt, em que o Presidente desempenharia o papel mais importante na relação de poderes da República alemã.

Surpreendente são os rumos que a argumentação de Constant sobre o poder neutro ou real toma em determinado ponto. Assim como procede Schmitt, nas palavras de Agamben⁴¹, Constant, também, procurar fazer acreditar que o rei funcionaria como uma instância neutra em relação aos demais poderes, daí cabendo-lhe o exercício desse *pouvoir neutre* que o pressupõe como figura imparcial na solução de conflitos entre poderes. Porém, ele mesmo, de forma exemplificativa, aponta o poder judiciário como um modelo de neutralidade, o que em grande medida depõe contra seus argumentos acerca do suposto caráter de imparcialidade do monarca:

Quando os cidadãos, divididos entre si pelo interesse, se prejudicam reciprocamente, uma autoridade neutra os separa, sentencia sobre suas pretensões e preserva a ambos. Essa autoridade é o poder judiciário. Do mesmo modo, quando os poderes públicos se dividem e estão a ponto de se prejudicar, é necessária uma autoridade neutra, que faça com eles o que o poder judiciário faz com os indivíduos. Essa autoridade, na monarquia constitucional, é o poder real. O poder real é, de certo modo, o poder judiciário dos outros poderes⁴².

O simples fato de Constant caracterizar o poder real e o monarca como uma figura neutra no balanço dos poderes não é suficiente para que essa pressuposição se torne, de fato, realidade. Essa falha de fundamentação é perceptível, também, em Carl Schmitt, quando este defende a ideia de que o presidente do *Reich* alemão seria o único detentor de suficiente imparcialidade para exercer o papel de guardião da Constituição. Esse pressuposto pode ser visto como o calcanhar de Aquiles da compreensão de Schmitt e permite a Kelsen acusá-lo de fazer política do direito.

1.3.3 Sobre a natureza do tribunal constitucional e de se sua função

É um ponto importante da discussão entre Kelsen e Schmitt o que diz respeito à natureza do tribunal constitucional. Schmitt questiona acerca da natureza do órgão e de sua função. Questiona se o tribunal constitucional seria de fato um tribunal e se a sua função seria

⁴¹ “O soberano está fora [steht ausserhalb] da ordem jurídica normalmente válida e, entretanto, pertence [gehört] a ela, porque é responsável pela decisão quanto à possibilidade da suspensão *in toto* da constituição”. (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 57).

⁴² CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*, p. 207.

consequentemente jurisdicional. A partir desses dois questionamentos – críticas acerbas ao pensamento de Kelsen e a sua proposta já colocada em prática na Áustria, de um órgão próprio para realizar o controle de constitucionalidade das leis – procura Schmitt descaracterizar o tribunal constitucional como órgão apto à função de guardião da Constituição.

A recusa de conferir ao judiciário o papel de guardião da Constituição alemã é um dos principais pontos utilizados por Schmitt na sua argumentação. Não é surpreendente que ele inicie o primeiro capítulo de seu livro *O guardião da constituição* com a afirmação de que “os tribunais com jurisdição civil, penal ou administrativa não são, em um sentido próprio guardiães da Constituição”⁴³. Em seguida, ele oferece a resposta pela qual tal afirmação deve ser considerada verdadeira. Esta mesma afirmação, todavia, parece, de forma contraditória, corroborar o fato de que tais tribunais desempenham o papel de guardiães da Constituição, não obstante sua assertiva em sentido diverso. Afinal, Schmitt afirma que tais tribunais são qualificados como guardiães da Constituição apenas pela razão de que “[...] ao examinarem as leis ordinárias em sua coerência material com os comandos constitucionais e, em caso de conflito, negarem à lei ordinária sua aplicação”⁴⁴.

É, também, nesse primeiro capítulo de *O guardião da constituição* que Schmitt procura diferenciar a função realizada pela Suprema Corte americana, daquela realizada pelos tribunais alemães. Para Schmitt, a Corte americana seria um exemplo notório de um tribunal que funciona como guardião da Constituição, em razão de dispor sobre questões fundamentais, sobretudo, em matéria econômica. Mais adiante em sua obra, Schmitt também aponta como “verdadeiros alvos da Suprema Corte dos Estados Unidos”, os “direitos políticos fundamentais, em especial a liberdade pessoal, a liberdade de opinião, a liberdade de contrato, a liberdade econômica, a liberdade de profissão e a propriedade privada”⁴⁵.

Tal feição de guarda da Constituição, segundo Schmitt, só foi possível ocorrer nos Estados Unidos, porquanto o Estado surgido naquele país era de modelo *judicial* ou *jurisdicional*, uma herança do universo anglo-saxão. Essa mesma peculiaridade que permitiu o surgimento de uma corte constitucional nos Estados Unidos seria exatamente a razão pela qual um tribunal dessa mesma natureza estaria impossibilitado de se desenvolver na Alemanha, Estado de modelo *legiferante*.

⁴³ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*, p. 19.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 115.

A posição do supremo tribunal dos Estados Unidos desenvolveu-se nos moldes de um *Estado judicial* do tipo anglo-saxão, o qual, como um Estado sem direito administrativo, contrasta fortemente com os Estados do continente europeu, não fazendo diferença se o Estado europeu é uma república, como a França, ou um Estado-funcionário monárquico, como a Prússia do século XIX. O supremo tribunal norte-americano é bem diferente de um tribunal de estado e sua justiça bem diferente do que se costuma chamar, hoje na Alemanha, de jurisdição do Estado ou jurisdição constitucional⁴⁶.

Ainda sobre as razões pelas quais a Corte Suprema americana é considerada guardiã da Constituição americana e aos tribunais alemães é negado esse papel, ele argumenta:

Não se trata aqui, naturalmente, nem de uma apologia nem de uma refutação do tribunal norte-americano, mas apenas de impedir, por meio de uma pequena retificação, transferências irrefletidas e mitificações. Deve-se dizer basicamente que o direito de exame judicial, por si só, apenas torna os tribunais sentenciadores guardiões da Constituição em um *Estado judicial* que subordina a totalidade da vida pública ao controle dos tribunais ordinários e só quando, por *Constituição*, forem entendidos, sobretudo, os *direitos fundamentais* do Estado de Direito civil, *liberdade pessoal* e *propriedade privada*, os quais devem ser protegidos contra o Estado pelos tribunais ordinários, *i.e.* contra legislação, governo e administração⁴⁷.

No capítulo cinco de *O guardião da constituição*, Schmitt detalha a classificação qualificadora dos Estados, quanto ao núcleo precípua de suas atividades e que esclarece a sua pretensa ideia de excluir a possibilidade de estabelecimento de um tribunal constitucional como guardião da Constituição. Tal classificação divide os Estados em três espécies distintas – judicante ou jurisdicional, como executivo e legiferante – e serve, dentro de sua teoria, não somente para afastar a possibilidade de um tribunal constitucional como guardião da Constituição alemã (afinal, o Estado alemão é um Estado legiferante e não jurisdicional), mas também para legitimar sua proposição sobre a manifestação do centro do Estado durante o período de exceção.

Na visão de Schmitt, cada espécie de Estado manifestar-se-ia de forma diferente na circunstância do advento da exceção. O Estado jurisdicional, por exemplo, utilizar-se-ia, nessa hipótese, de uma justiça sumária ou lei marcial; o Estado como executivo, por sua vez, promoveria a transferência do poder executivo e a consequente suspensão dos direitos fundamentais. Já o Estado legiferante, o modelo no qual se enquadrava o Estado alemão de

⁴⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁷ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*, p. 22.

Weimar, valer-se-ia dos “decretos de Estado de emergência e exceção” e de um “processo legislativo sumário”⁴⁸.

De forma mais precisa, dispõe conclusivamente Schmitt a razão pela qual um Estado legiferante não pode ter como guardião da Constituição um tribunal:

Um Estado jurisdicional é possível enquanto normas definidas em seu conteúdo possam também ser pressupostas e serem reconhecidas de forma incontroversa sem o estabelecimento consciente e escrito de normas por um poder organizado. Em contrapartida, em um Estado legiferante não pode haver nenhuma justiça constitucional ou jurisdição estatal como verdadeiro guardião da Constituição⁴⁹.

Kelsen desenvolve crítica lúcida contra os argumentos de Schmitt. Primeiro, ele questiona o caráter da dúvida levantada por Schmitt acerca da natureza do tribunal constitucional e da função desempenhada por este, isto é, se o tribunal constitucional seria, de fato, um tribunal e se a sua função seria realmente jurisdicional. Kelsen procura expor a irrelevância do questionamento para se descobrir quem, de fato, vem a ser o guardião da Constituição. Para ele, seria legítimo, até mesmo, questionar a conveniência de se estabelecer uma corte constitucional nos moldes por ele mesmo definidos e adotados na Áustria. No entanto, segundo o jurista de Viena, colocar em dúvida se a função realizada por tal corte seria, realmente, jurisdicional, apenas para denegar ao judiciário a função de guarda da Constituição é certamente questionável.

Segundo Kelsen, o fato de Schmitt atribuir o papel de guardião da Constituição à Suprema Corte americana é uma contradição extrema na sua argumentação. Uma vez que, no plano prático, a diferença existente entre a tarefa realizada pela Corte americana e àquela exercida pelos tribunais alemães seria meramente quantitativa. Isto é, quando a Suprema Corte norte-americana decide acerca de inconstitucionalidade de uma lei, esta a anula não apenas para um caso concreto, mas para todos os casos. O controle exercido pelos tribunais civis, penais e administrativos alemães seria apenas para um dado caso concreto⁵⁰. Já no plano teórico-jurídico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e os tribunais alemães é que, não obstante a possibilidade de ambos poderem ser considerados aplicadores e produtores do direito, os tribunais civis, penais e administrativos produziram

⁴⁸ *Ibidem*, p. 111-112.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 112.

⁵⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, p. 249.

apenas normas de caráter individual, enquanto a Corte Suprema atuaria como legislador negativo ao eliminar norma geral após cotejo com o texto constitucional⁵¹.

Para Kelsen, a verdadeira questão a ser respondida seria quanto à conveniência de se confiar dessa maneira aos tribunais a tarefa de garantir a Constituição⁵². Ou seja, Kelsen reconhece que o controle de constitucionalidade, nos padrões como era exercido, carecia de limitações, mas que, no entanto, o problema não deveria ser examinado a partir da perspectiva de Schmitt – que colocava em dúvida o caráter jurisdicional da jurisdição constitucional. Para ele, era importante debater a imposição de limitações ao caráter político da função da jurisdição constitucional. Nesse sentido, Kelsen propõe que seja delimitada a margem de discricionariedade que as leis concedem no exercício da interpretação das normas constitucionais pelos magistrados, sobretudo, no caso de normas que tratem de direitos fundamentais, comumente recheadas de termos vagos⁵³. Trata-se do risco desencadeado por constituições principiológicas.

A crítica kelseniana ao argumento de Schmitt é bastante precisa, porque atinge o pressuposto básico de sua teoria qualificadora do Presidente como guardião da Constituição, isto é, a ideia de que entre funções jurisdicionais e funções políticas existiria uma contradição essencial⁵⁴. Esse pressuposto falso é construído a partir de duas ideias igualmente falsas. A primeira delas é a de que o termo “política” seria uma contraposição do termo “jurisdição”, uma vez que a tarefa de controlar a constitucionalidade das normas seria atividade de natureza política e não jurisdicional. Dessa forma, o tribunal constitucional estaria ultrapassando os limites de sua função judicial para adentrar no campo da política, restrito ao legislativo ao aferir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada norma. A segunda ideia falsa de Schmitt – e que também é uma grave contradição dentro de seu argumento – é a de que a jurisdição estaria ligada a normas e, portanto, cessaria no momento em que tais

⁵¹ “Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius*, correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente – como *legislador negativo*. Porém, entre o tipo de função de tal tribunal constitucional e o dos tribunais normais insere-se, com seu poder de controle de leis e decretos, uma forma intermediária muito digna de nota. Pois um tribunal que não aplica no caso concreto uma lei por sua inconstitucionalidade ou um decreto por sua ilegalidade, elimina uma norma geral e assim atua também como *legislador negativo* (no sentido material da palavra *lex-lei*). Apenas observe-se que a anulação da norma geral é limitada a um caso, não se dando – como na decisão de um tribunal constitucional – de modo total, ou seja, para todos os casos possíveis”. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 263-264).

⁵² *Ibidem*, p. 250.

⁵³ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, p. 262.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 250.

normas se tornassem duvidosas e polêmicas. A partir dessa compreensão, a jurisdição se ocuparia meramente de questões de fato e nunca de questões de direito, o que descaracterizaria o verdadeiro sentido da função jurisdicional.

O que torna as contradições do pensamento schmittiano mais aparentes é justamente o fato deste não negar o caráter jurisdicional aos tribunais civis, penais e administrativos alemães (como o faz em relação ao tribunal constitucional). Não obstante, ele negue terminantemente o caráter de guardiães da Constituição a esses mesmos órgãos. Ou seja, é possível depreender que se os tribunais comuns do *Reich* exercem função jurisdicional, essa função se resumiria tratar de questões de fato, o que se afigura como uma afirmação irreal. Afinal, como lembra Kelsen, a justiça tem geralmente seu início no momento em que as normas se apresentam como “duvidosas e polêmicas em seu conteúdo”.

O questionamento de Schmitt sobre o caráter jurisdicional da jurisdição constitucional não se resume, porém, aos pontos até o momento levantados. Ele afirma, adicionalmente, que a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei não implicaria subsunção.

Por último, ainda no seu intento de desqualificar a jurisdição constitucional como verdadeira jurisdição, Schmitt procura identificá-la com mera legislação. Assim, a tentativa de equiparar lei e sentença judicial seria descaracterizar a diferenciação entre os poderes, fundamento básico do Estado de Direito. Nas palavras de Schmitt:

Uma lei não é uma sentença judicial, uma sentença judicial não é uma lei, e, sim, decisão de um “caso” com “base em uma lei”. A posição especial do juiz no Estado de direito – sua objetividade, seu posicionamento acima das partes, sua independência e sua inamovibilidade – baseia-se no fato de que ele decide justamente com base em uma lei e de que a sua decisão, *em seu conteúdo*, é derivada de outra decisão de modo mensurável e calculável já contida na lei⁵⁵.

Sobre a segunda parte do trecho extraído da obra de Schmitt, não se pode deixar de mencionar a crítica kelseniana, que aponta a tendência presente em Schmitt de resgatar a concepção vetusta desenvolvida pela Escola da Exegese que propugnava estar a decisão judicial já contida na lei, sendo apenas deduzida dessa. Trata-se da concepção que buscava encontrar a vontade do legislador contida na norma jurídica. Seria uma forma depreciativa da jurisdição constitucional que se resumiria a mero automatismo jurídico⁵⁶.

Não deixa, portanto, de chamar a atenção que, em seguida, Schmitt proceda à afirmação de que toda decisão, “mesmo na de um tribunal” residiria elemento de pura

⁵⁵ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*, p. 56-57.

⁵⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, p. 258.

decisão. Como seria possível, após tal assertiva, seguir defendendo a ideia de que a jurisdição constitucional não produziria decisões jurídico-políticas?

1.3.4 Reis-juízes ou legisladores-régios?

O que seria preferível na realidade em questão: um tribunal com amplos poderes sobre o controle de constitucionalidade das leis? Ou legisladores com plenos poderes na atividade de legislar? O dilema platônico é recuperado no debate entre Kelsen e Schmitt, ganhando destaque, sobretudo, em virtude deste último que sugere a hipótese de legisladores com poderes tais que necessitariam do contrapeso do presidente, como guardião da Constituição. Os juízes-reis poderiam ser representação dos poderes adquiridos pelos membros da Corte Constitucional, que passariam a dar a última palavra sobre a “vida e a morte” das leis de um Estado.

Na visão de Schmitt, nenhuma dessas situações seria preferível ou realmente desejável. Daí ser necessário o poder neutro incorporado pelo presidente. Kelsen, por outro lado, estaria enquadrado involuntariamente no lado daqueles que sugeririam a opção pelos reis-juízes, mas que, no entanto, procura limitar o poder destes, sugerindo mecanismos democráticos na escolha dos membros da Corte Constitucional.

1.3.5 Pluralismo na visão de Schmitt e de Kelsen

O termo “pluralismo” surge no texto de Carl Schmitt como uma nota dissonante e sofre reconstrução drástica para se adequar ao pensamento do autor. Kelsen, ao explorar o produto da reconstrução de Schmitt, também fornece sua concepção do termo. Assim, não seria demasiado recordar, antes de adentrar na oposição entre os dois autores sobre a definição da expressão e sua aplicação no Estado alemão, alguns possíveis conceitos para essa palavra que denota, por si só, a força de uma ideologia e de uma teoria.

No dicionário de política de Bobbio, pluralismo seria uma concepção a propor como modelo de sociedade, uma variedade de grupos – ainda que conflitantes – aos quais são conferidos a função de limitar, controlar e contrastar, chegando mesmo, por vezes, a eliminar o centro de poder dominante (o Estado). Nesse sentido, o pluralismo seria forma de pensamento frontalmente contrária à concentração de poder, característica marcante do Estado

moderno⁵⁷. É, portanto, uma forma de contraposição à tendência de fortalecimento excessivo por parte do Estado, por meio da centralização de poderes.

O pluralismo não se confunde com outras doutrinas clássicas do pensamento político, como a da separação dos poderes, a teoria do liberalismo, ou a teoria democrática. Como chama atenção Bobbio:

[...] o Pluralismo se distingue da teoria da separação dos poderes, que propõe a divisão do poder estatal, não em sentido horizontal, mas em sentido vertical. Distingue-se igualmente da teoria do liberalismo clássico que propõe a limitação da onipotência do Estado pela subtração à sua ingerência de algumas esferas de atividade (religiosa, econômica e social, em geral), onde os indivíduos possam desenvolver livremente sua própria personalidade. Distingue-se, finalmente, da teoria democrática que vê o remédio na participação mais ampla possível dos cidadãos nas decisões coletivas⁵⁸.

A versão schmittiana do conceito de pluralismo não é diferente daquela explicitada por Bobbio no *Dicionário de política*⁵⁹. Porém, os desdobramentos de seu pensamento são de tal forma originais que deságuam numa espécie de pluralismo que levaria, justamente, à situação que o próprio pluralismo (na melhor acepção do termo) pretende combater, isto é, a concentração de poderes na figura do Estado (neste caso, o Estado total)⁶⁰. Ao abordar o tema do pluralismo, da policracia e do federalismo no capítulo cinco de *O guardião da constituição*, Schmitt procura construir seu pensamento de forma a demonstrar que a ideia de pluralismo não seria de forma alguma incompatível com a ideia de unidade por ele defendida. Essa incompatibilidade se daria apenas à primeira vista.

A pluralidade social representada no âmbito político pela multiplicidade de partidos políticos é transformada e reduzida à figura de um Estado-partidário-pluralista, para legitimar

⁵⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p. 928.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p. 928.

⁵⁹ “Pluralismo, em contrapartida, designa uma maioria de complexos *sociais* de poder, solidamente organizados e estendendo-se pelo Estado, *i.e.*, tanto pelas várias áreas da vida estatal, quanto pelas fronteiras dos Estados e pelas corporações territoriais autônomas, esses complexos de poder como tais se apoderam da volição estatal, sem deixar de ser um produto apenas social (não-estatal)”. (SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 105).

⁶⁰ A ideia do Estado total começa a ganhar forma, quando Schmitt declara o fim da dicotomia entre Estado e sociedade. A sociedade passa a se auto-organizar como Estado. Assim, todos os problemas sociais e econômicos são a partir dessa mudança problemas estatais. Nas palavras de Schmitt: “A sociedade transformada no Estado torna-se um Estado econômico, Estado cultural, Estado assistencial, Estado preocupado com o bem-estar social, Estado fornecedor da previdência social, o Estado transformado na auto-organização da sociedade e que, dessa forma, no caso, não mais pode ser separado dela, toma todo o social, *i.e.*, o que diz respeito à convivência entre homens”. (SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 116).

a passagem do estado legiferante para o Estado total e manter a aparência de pluralidade. O cenário político plural da Alemanha de Weimar é caracterizado pejorativamente como “Estado partidário de coalizão”⁶¹ e, nesse cenário desolador em que barganhas políticas são feitas para se alcançar e manter-se no poder, a passagem para o totalitarismo soa como a melhor alternativa.

Na sua crítica a Schmitt, Kelsen aponta o fato daquele procurar reunir dois termos opostos como “pluralismo” e “Estado total” para construir uma “pluralidade na unidade”, se assim for possível dizer. Kelsen alerta para a contradição de se afirmar que a passagem para o Estado total seria o ápice do pluralismo⁶².

Interessante é que no conceito do “Estado total pluralista” de Schmitt não há espaço para uma jurisdição constitucional pluralista. Isso se explica, porque em um Estado em que direitos subjetivos podem ser oponíveis em face do Estado, com base na Constituição haveria uma dissolução do conceito de Estado⁶³.

1.3.6 A falta de legitimidade democrática do tribunal constitucional e os riscos de uma “aristocracia da toga”

As vantagens de se estabelecer um tribunal constitucional como guardião da Constituição são inúmeras, na visão de Kelsen. A primeira delas estaria centrada no caráter neutro de tal órgão. Por não participar diretamente do exercício do poder, ele não estaria tão condicionado a violar a Constituição como os demais poderes. Além disso, os próprios magistrados, em razão de sua função, já possuiriam consciência sobre a necessidade de agir com neutralidade. Afinal, é uma exigência para o exercício da magistratura o caráter da imparcialidade. Deve-se mencionar, nesse caso, que os membros do tribunal constitucional são nomeados, via de regra, pelo presidente e que aí já há um risco de corte representar os interesses do Executivo.

⁶¹ “A presente situação do parlamentarismo alemão caracteriza-se pelo fato de que a volição estatal depende de maiorias parlamentares de numerosos partidos heterogêneos em todos os aspectos, maiorias estas instáveis e alternantes de caso a caso. A maioria é sempre uma maioria de coalizão e, de acordo com as várias áreas de luta política – política externa, política econômica, política social, política cultural – muito diferente. Esse Estado partidário democrático-parlamentarista é, numa palavra, um instável Estado partidário de coalizão. Os defeitos e inconvenientes de tal situação já foram frequentemente apresentados e criticados o suficiente, p. ex., maiorias incalculáveis, governos incapazes de governar e, devido a suas vinculações compromissórias, irresponsáveis, acordos partidários e faccionais ininterruptos e realizados às custas de um terceiro ou do todo estatal, nos quais cada partido partícipe se deixa pagar por sua colaboração, distribuição dos cargos e prebendas estatais, municipais e outros de caráter público entre os adeptos do partido, segundo algum código da força da facção ou da situação fática”. (SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 129).

⁶² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, p. 268.

⁶³ *Ibidem*, p. 273.

Para questionar a preferência de Schmitt pelo presidente como guardião da Constituição, Kelsen coloca em dúvida, mesmo, a capacidade das eleições para alcançarem decisões verdadeiramente democráticas. Como ele deixa claro neste trecho:

Concluir – a partir do fato de que o chefe de Estado é eleito pelo povo, isto é, na verdade nomeado por uma maioria, por vezes mesmo por uma minoria do povo em luta contra outros grupos – que ele expressará a vontade geral do povo unitário é portanto discutível, não apenas porque tal vontade geral não existe, mas também porque justamente a eleição não respresenta nenhuma garantia para uma função do chefe de Estado de equilibrar interesses em conflito⁶⁴.

Ele prossegue nos seguintes termos que denotam uma mudança na sua própria concepção da realização da democracia:

Enxergar na eleição uma garantia de independência, como faz Schmitt, só é mesmo possível se fecharmos os olhos para a realidade. Tampouco se deve superestimar os outros meios que as Constituições de repúblicas democráticas oferecem para garantir a independência do chefe de Estado eleito, tais como um mandato longo e uma destituição mais difícil, tanto mais que eles, em parte, são paralisados pela possibilidade de reeleição prevista constitucionalmente. Mesmo a estipulação de incompatibilidades, à qual Schmitt atribui especial importância, não tem grande peso; sobretudo se estiver proibida a filiação a corporações legislativas, mas não a organizações políticas: uma proibição de pouco significado prático. Não há, particularmente, razões suficientes para considerar a independência do chefe de Estado eleito mais forte ou mais garantida do que a do juiz ou do funcionário⁶⁵.

O fato de Kelsen apresentar argumentos pertinentes que deslegitimam o presidente do *Reich* como guardião exclusivo da Constituição não são suficientes, todavia, para eliminar o problema da evidente falta de legitimidade democrática do tribunal constitucional. Como já se observou, via de regra, os magistrados membros da Corte Constitucional são apontados pelo presidente e não são selecionados pelo escrutínio popular. Como enfrentar esse problema, caso se opte pelo tribunal como guardião da Constituição? Ou melhor, essa falta de legitimidade popular deve ser vista como um problema? Em caso afirmativo, até que ponto ela se afigura como um problema insolúvel?

A crítica schmittiana é bastante incisiva e o termo cunhado por ele para designar essa situação, “aristocracia da toga”, parece, à primeira vista, desarrazoado. No entanto, não se pode deixar de reconhecer que, por trás da ironia, encontra-se um diagnóstico pessoal da

⁶⁴ *Ibidem*, p. 283.

⁶⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, p. 268.

realidade relativa à adoção de um tribunal constitucional como órgão máximo do controle de legalidade das leis de um Estado, não se levando em consideração os pontos positivos e negativos decorrentes dessa escolha.

1.4 Lugares-comuns ao analisar o debate Kelsen-Schmitt

Objetiva-se aqui identificar alguns lugares-comuns frequentemente observáveis, quando se aborda o tema em questão (a discussão Kelsen-Schmitt). Este tópico é curioso, pois, procura apontar propensões, por vezes, irreprimíveis que acabam diluindo-se furtivamente nos escritos daqueles que pretendem abordar temas de forte conteúdo ideológico. O debate entre H. Kelsen e C. Schmitt possui forte teor ideológico, e aqueles que se dedicam a estudá-lo dificilmente fogem a essa regra e sequer o distanciamento dos anos parece ser suficiente para afastar o desvio do caráter de neutralidade.

O lugar-comum mais aparente identificável nessa discussão é, sem dúvida, a tendência em classificar Schmitt, de antemão, como o “jurista do Terceiro *Reich*”; o “Mefisto do Direito do Estado”, como nas palavras de Michael Stolleis. Perspectiva que nos leva a considerar com muita cautela os escritos schmittianos. Não obstante, suas obras possuem grande relevo para o pensamento jurídico e político e contêm críticas razoáveis e extremamente elaboradas ao pensamento kelseniano.

Em muitos aspectos, bem pouco interessaria saber que Carl Schmitt fora um ferrenho anti-semita, não fosse assaz conhecido o fato de que Schmitt moldava muitas de suas obras e seu pensamento, conforme os seus interesses políticos momentâneos⁶⁶. Também teria menor interesse saber que Kelsen, assim como outros tantos, tivera de emigrar por conta do triunfo do nazismo e da sua incompatibilidade étnica com o novo regime.

Não se pode deixar, contudo, de reconhecer que tal visão simplista e essencialmente maniqueísta guarda uma grande verdade. Afinal, não é possível ignorar o fato de que a vitória momentânea do pensamento schmittiano naquele cenário específico legitimava a ruína da República de Weimar e de tudo o que esta representava, desobstruindo o caminho para Hitler e seus sectários, legitimados muitas vezes por construções jurídicas degeneradas.

⁶⁶ Tradução livre do texto: “Carl Schmitt teórico do Estado na República de Weimar e no ‘Terceiro Reich’ foi o protótipo do cientista inescrupuloso que servia a qualquer governo, se lhe ajudasse na própria carreira. Sempre que os nacional-socialistas queriam se desvencilhar de pessoas, o vaidoso Professor de *Sauerland* fornecia a eles a correspondente fundamentação jurídica”. No original: “Carl Schmitt, Staatsrechtler in der Weimarer Republik und im ‘Dritten Reich’, war der Prototyp des gewissenlosen Wissenschaftlers, der jeder Regierung dient, wenn es der eigenen Karriere nutzt. Wann immer die Nationalsozialisten Menschen beiseiteräumen wollten, der eitel Professor aus dem Sauerland lieferte ihnen die passende rechtliche Begründung (DARNSTÄDT, Thomas. Mephisto als Untertan. *Der Spiegel*. Berlin, 30 jan. 2008, p. 30).

Carl Schmitt não deixa de ser classificado aqui como o jurista do Terceiro *Reich*, ou Hans Kelsen, como um defensor dos ideais democráticos. O que se quer alertar, de fato, é para a falha comumente observável de se fixar unicamente no questionamento acerca das posições políticas dos autores ora discutidos (isto é, Kelsen e Schmitt). Deve-se, é verdade, discutir a legitimidade do pensamento schmittiano que naquele momento histórico específico, em razão de servir plenamente aos interesses do regime em vigor, encontrou perfeita acolhida, afastando ao arrepio da razão concepções mais justas e humanas do direito que seriam possíveis somente após o esfacelamento do Terceiro *Reich*.

1.5 Excurso: a importância do debate Kelsen-Schmitt para a compreensão da realidade brasileira

No Brasil, discute-se profundamente o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na balança dos poderes no País. Notadamente, persiste certo ressaibo quando se pensa no conjunto de decisões tomadas nos últimos anos que vem garantindo fortalecimento da Corte Constitucional brasileira, com ampliação considerável dos poderes desta, em detrimento dos outros poderes, especialmente, o poder legislativo. A contragosto, diga-se de passagem, de muitos teóricos que apontam suposta usurpação de funções por parte do judiciário em relação aos outros poderes. Ganha força, assim, a discussão acerca do fenômeno conhecido como “judicialização da política”, este fenômeno multifacetado, a demandar estudos criteriosos, especialmente em razão do caráter fundamental que assumiu nos debates mais recentes sobre o Estado Democrático de Direito no século XXI.

Sobre esse fenômeno – denominado pejorativamente “ativismo judiciário”, porque importa em grande medida numa maior participação dos juízes nas decisões políticas e no processo de formação das leis – discorre Renato Lessa:

A judicialização da política, mais do que um processo de reconfiguração da relação entre os poderes tem como premissa a ideia de que o sistema de justiça é um elemento ativo no processo de definição do interesse público, e não apenas um guardião passivo da sua integridade⁶⁷.

Discute-se a “judicialização da política” nas mais diversas esferas da sociedade, as razões que possibilitaram o novo papel dos magistrados (ministros) no cenário político – relacionadas, sobretudo, à normatização dos direitos, ao término de regimes ditatoriais e à

⁶⁷ LESSA, Renato. *Do risco da delinquência judiciária*. In: CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade – Boletim/Abril de 2007. Rio de Janeiro: IUPERJ, abr. 2007.

elaboração de cartas constitucionais democráticas – e os efeitos decorrentes desse processo complexo. Afinal, no caso brasileiro, trata-se de um órgão colegiado – o Supremo Tribunal Federal – composto por membros do judiciário, não eleitos democraticamente, fazendo às vezes de legislador ordinário, assumindo funções atípicas e por meio do controle de constitucionalidade (uma de suas prerrogativas asseguradas constitucionalmente), extirpando do ordenamento jurídico normas que passaram por um processo definido, também, na Constituição e legitimamente confeccionadas pelos representantes do povo, eleitos democraticamente mediante voto direto.

Uma das principais perguntas a voejar em torno da cabeça dos interessados em direito e política é de como o fenômeno da “judicialização da política” se justificaria dentro de um Estado Democrático de Direito e, especialmente, no modelo adotado no Brasil. Estaria este fenômeno relacionado a uma mudança de paradigmas no modelo estatal conhecido? Apontaria transformações indicativas de uma nova concepção jurídico-política do Estado (brasileiro)? Ou ainda, tratar-se-ia, pura e simplesmente, de relativização do princípio da soberania do povo? Em caso afirmativo, seria isto aceitável? Além disso, seriam as transformações relacionadas a este fenômeno resultado de um processo de reflexão, ponderação e amadurecimento pelo qual passou a justiça, de modo geral, nos últimos anos? Ou seria mera usurpação funcional levada a cabo por um tribunal, a pretexto de “consertar” normas jurídicas aparentemente “defeituosas”? Estas são algumas questões que carecem de respostas prementes. A solução destas, talvez, possa indicar, ainda que de forma precária, a visão alentadora de uma luz no final do túnel, uma solução parcial para este verdadeiro imbróglio com o qual se defrontam os estudiosos do direito e cientistas políticos hodiernamente.

Ao longo deste primeiro capítulo, buscou-se responder a cada uma dessas questões/problemas, recordando-se um pouco de história constitucional contemporânea, observando-se comparativamente o sistema de controle de constitucionalidade de países que, sobremaneira, influenciaram a construção do modelo de controle judicial aplicado no Brasil, sobretudo, os modelos alemão e americano. Como ponto de partida, toma-se a notória “peleja acadêmica” entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, que teve início nos albores dos anos trinta do século passado e que importaram numa visão original sobre o tema do controle nos tribunais, com o predomínio da visão kelseniana (não a princípio), sobretudo, após a *débâcle* alemã na Segunda Guerra Mundial.

1.6 Algumas características do órgão “tribunal constitucional” a partir do modelo desenvolvido por Hans Kelsen e as variantes assumidas nos demais países que o adotaram

A figura do tribunal constitucional foi instituída a partir do modelo kelseniano em muitos países⁶⁸. Naturalmente, cada qual passou a apresentar características bastante próprias no exercício da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade. Essas peculiaridades, todavia, não impedem, como aponta Roger Stiefelmann, “que sejam detectados traços comuns na experiência dos Tribunais Constitucionais dos diversos países com a finalidade de extrair as características básicas deste modelo de jurisdição constitucional”⁶⁹.

Uma característica essencial dos denominados tribunais constitucionais é facilmente identificável na autonomia que tais órgãos possuem em relação aos demais poderes do Estado. Nesse sentido, é importante mencionar uma vez mais as palavras de Stiefelmann quando afirma que:

O Tribunal Constitucional deve, portanto, compor uma magistratura independente do aparato jurisdicional ordinário e das estruturas dos demais poderes. Nesse sentido, configura um poder autônomo, distinto e organicamente independente do Poder Legislativo, do Poder executivo e do Poder Judiciário. É este, segundo Favoreu, o atributo que diferencia um Tribunal Constitucional de um Tribunal Supremo de última instância⁷⁰.

Pode-se dizer que o tribunal constitucional, via de regra, terá sua autonomia assegurada no texto constitucional, que prevê por meio do estatuto do tribunal regras que irão condicionar a sua existência e o seu funcionamento. Essa autonomia do tribunal – que implica

⁶⁸ Nada obstante o tribunal constitucional ser, como informa Eduardo Garcia de Enterría, “una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano” (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, p. 123) foi no século XX remodelada por Hans Kelsen. Ele tomava como ponto de partida a ideia de que a Constituição seria diferente das outras normas, porque seria a primeira de todas elas, isto é, seria *lex superior*. Sobre a reformulação feita por Kelsen, escreveu Garcia de Enterría: “[...] Estructuralmente el sistema kelseniano introduce un cambio básico, que es concretar la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes en un solo Tribunal y no, como es el sistema americano genuino, en todos los Tribunales, si bien esta pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes se ordene sobre el principio *stare decisis*, que vincula todos los Tribunales a la jurisprudencia de la Corte Suprema. La fórmula kelseniana consagra así lo que se ha llamado un sistema de <<jurisdicción difusa>>, propio del constitucionalismo americano”. Tradução livre do texto: “[...] Estruturalmente o sistema kelseniano introduz uma mudança básica que é a de concretizar a jurisdição de controle de constitucionalidade das leis em um só tribunal e não como no sistema americano genuíno, em todos os tribunais, se bem que esta pluralidade de fontes de decisão sobre a constitucionalidade das leis se ordene sob o princípio *stare decisis*, que vincula todos os tribunais à jurisprudência da Corte Suprema. A fórmula kelseniana consagra assim o que se chamou um sistema de <<jurisdicção difusa>>, próprio do constitucionalismo americano”. (*Ibidem*, p. 131).

⁶⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 59.

⁷⁰ *Idem*, p. 60.

que este não figure entre as instâncias jurisdicionais dos Estados – é uma das características que diferenciam este órgão da Suprema Corte americana. Esta se encontra integrada na hierarquia da justiça americana como instância última do sistema jurídico.

Esta condição especial do Tribunal Constitucional, isto é, como órgão apartado dos poderes do Estado é decorrência da reformulação feita por Kelsen no século XX. É dizer, o Tribunal Constitucional não seria propriamente um tribunal, porquanto sua função seria diversa daquela de um tribunal comum. Ele faria a aplicação da norma a casos concretos, porquanto o Tribunal Constitucional não se ocuparia de casos concretos, mas do controle de compatibilidade de normas abstratas, é dizer, a lei e a Constituição⁷¹. A intenção de Kelsen ao realizar esta releitura do modelo Tribunal Constitucional foi evitar a formação daquilo que Carl Schmitt designou “aristocracia da toga”. A partir desse modelo é que o Tribunal Constitucional será visto também como “poder legislativo negativo”, porque ao contrário do legislador positivo que tem a iniciativa legislativa, ele elimina as leis incompatíveis com a Constituição.

Outra característica observável nos tribunais constitucionais é o monopólio que tais órgãos possuem sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Naturalmente, tal afirmação é procedente nos países que adotam um modelo de controle concentrado de constitucionalidade das leis. Se um país permite que os demais magistrados e tribunais exerçam o chamado controle de constitucionalidade das leis, estar-se-á diante de modelo distinto daquele proposto por Kelsen, isto é, de um modelo que privilegia o controle difuso. Há de se recordar, à guisa de complementação, que para Kelsen o controle de constitucionalidade não consistiria exatamente uma atividade judicial. Seria, na verdade, uma função constitucional e, como tal, a ser exercida por uma corte que deveria se manifestar quanto a sua inconstitucionalidade. Anteriormente à construção kelseniana, a lei devia ser aplicada e “após a decisão dos tribunais deveria ser retirada do mundo jurídico”. Sobre esse

⁷¹ Sobre isso, escreve García de Enterría da seguinte forma: “[...] Para Kelsen el Tribunal Constitucional no es propiamente un Tribunal, porque un Tribunal es un órgano que aplica una norma previa a hechos concretos y el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas las dos: la Constitución y la Ley. No es, pues, un Tribunal porque no enjuicia situaciones concretas, hechos específicos, sino que limita su función a resolver este problema de la *Vereinbarkeit*, de la compatibilidad entre dos normas abstractas, eliminando la norma incompatible con la norma suprema, pero haciéndolo *ex nunc*, no *ex tunc*”. Tradução livre do texto: “[...] Para Kelsen o Tribunal Constitucional não é propriamente um Tribunal, porque um Tribunal é um órgão que aplica uma norma prévia a casos concretos e o Tribunal Constitucional não julga casos concretos, mas limita-se a controlar a compatibilidade entre duas normas igualmente abstratas: a Constituição e a lei. Não é, pois, um Tribunal, porque não julga situações concretas, casos específicos, mas limita sua função a resolver este problema da *Vereinbarkeit*, da compatibilidade entre duas normas abstratas, eliminando a norma incompatível com a norma suprema, mas fazendo-o *ex nunc*, e não *ex tunc*”. (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, p. 131).

ponto, dispõe Luís Roberto Barroso em *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*:

Por essa linha de entendimento, a lei inconstitucional não seria nula, mas meramente anulável. Vale dizer: a inconstitucionalidade não geraria uma nulidade, mas tão-somente a anulabilidade do ato. Como consequência, a decisão que a reconhecesse teria natureza *constitutiva negativa* e produziria apenas efeitos *ex nunc*, sem retroagir ao momento de nascimento da lei. Citando Volpe, García de Enterría procura demonstrar uma razão histórica para a posição restritiva da atuação do Judiciário: Kelsen queria com isso evitar um *governo de juízes*, numa época em que havia certa *revolta dos juízes* contra a lei. O mundo germânico vivia a influência de algumas posições românticas, como as da *Escola livre do direito* e da *Jurisprudência livre*. Proibindo os juízes de deixar de aplicar as leis, procurava submeter a jurisdição à legislação e à primazia do Parlamento⁷².

Barroso, também, chama a atenção para o fato de que a tese da anulabilidade da lei inconstitucional sequer teve acolhida na Alemanha, tendo alcançado maior expressão na Áustria⁷³. No Brasil, ele recorda que essa posição foi defendida por Regina Macedo Nery Ferrari e pelo Ministro Leitão de Abreu em voto vencido no Supremo Tribunal Federal, destacando, porém, as concessões que a teoria da nulidade teve de fazer para que fosse acolhida no Brasil⁷⁴.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

⁷³ *Idem, ibidem*.

⁷⁴ “Como visto, prevalece no Brasil, em sede doutrinária e jurisprudencial, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa, restando inválidos todos os atos praticados com base na lei impugnada. A Constituição brasileira não contempla a possibilidade, admitida expressamente na Carta portuguesa, de limitação dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade (v., supra). E assim, como regra geral, os tribunais permaneceram fiéis ao dogma da nulidade da lei inconstitucional. A vida, contudo, na aguda observação de Clèmerson Merlin Clève, é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. Foi inevitável, assim, que em algumas hipóteses excepcionais se admitisse o temperamento da regra geral, suprimindo ou atenuando o caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade, em nome de valores como a boa-fé, justiça e segurança jurídica. Vejam-se alguns exemplos, colhidos em decisões do próprio Supremo Tribunal Federal ou em manifestações bem fundadas da doutrina: a) Em nome da boa-fé de terceiros e da teoria da aparência, o STF deixou de invalidar atos praticados por funcionário investido em cargo público com base em lei que veio a ser declarada inconstitucional. b) Em nome da irredutibilidade de vencimentos, O STF pronunciou-se, relativamente à remuneração indevida percebida por servidores públicos (magistrados), no sentido de que a ‘retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada inconstitucional – tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade’. c) Em nome da proteção à coisa julgada, há consenso doutrinário em que a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, não desconstitui automaticamente a decisão baseada na lei que veio a ser invalidada e que transitou em julgado, sendo cabível ação rescisória, se ainda não decorrido o prazo legal. Caso se tenha operado a decadência para a rescisão, já não será possível desfazer o julgado. d) Em nome da vedação do enriquecimento sem causa, se a Administração tiver se beneficiado de uma relação jurídica com o particular, mesmo que ela venha a ser tida por inválida, se não houver ocorrido má-fé do administrado, faz ele jus à indenização correspondente. Os autores cogitam, ainda, de algumas situações previstas no direito comparado, notadamente o alemão, que igualmente envolveriam juízo de inconstitucionalidade sem nulidade ou sem efeitos *ex tunc*, como por exemplo: a declaração de incompatibilidade da norma com a Constituição sem a pronúncia de nulidade, a declaração de norma ainda constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade e o apelo ao legislador. [...] Outras técnicas que

As decisões proferidas pelo tribunal constitucional devem possuir, ademais, caráter de imutabilidade, ou seja, devem constituir coisa julgada e efeito *erga omnes*.

Outro aspecto importante a ser considerado no momento de elencar os caracteres mais relevantes dos tribunais constitucionais é a forma de nomeação de seus membros ou ministros, como no caso brasileiro. A escolha dos magistrados a comporem o tribunal constitucional como esclarece Roger Stiefelmann é:

[...] efetivada mediante a livre designação por altas autoridades do Estado. Este é mais um de seus traços característicos basilares. A escolha pode, inclusive, recair sobre um magistrado no exercício do cargo, mas certamente não será em virtude dos critérios de promoção e progressão inerentes à carreira. Embora recomendável, nem sempre o preenchimento de critérios técnicos é observado, prevalecendo, por vezes, a linha política a que se filia

não importam em nulidade da norma, já incorporadas ao direito brasileiro, são a interpretação conforme a Constituição e a Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (v., *infra*). A doutrina tem admitido, ainda, a hipótese de inconstitucionalidade superveniente, resultante de alteração na jurisprudência ou da mudança substancial das circunstâncias fáticas sobre as quais incidia a norma. Também nesses casos os efeitos da decisão somente se produzem para o futuro. Por ocasião da Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988, foi apresentada proposta que permitiria ao Supremo Tribunal Federal determinar se a declaração de inconstitucionalidade em ação direta retroagiria ou não. A ideia foi rejeitada. Durante o incipiente processo de revisão levado a efeito em 1994, procurou-se uma vez mais autorizar o Supremo Tribunal Federal a limitar os efeitos retroativos de suas decisões declaratórias de constitucionalidade. Novamente sem sucesso. Todavia, mais à frente, foi aprovada a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Nela se permitiu, de forma expressa, pela primeira vez, a atenuação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, admitindo-se, por exceção, que a declaração de inconstitucionalidade não retroagisse ao início de vigência da lei. ‘Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado’. O dispositivo enfrenta críticas quanto a sua conveniência e oportunidade, assim como objeções relativamente a sua constitucionalidade. Argumentou-se, contrariamente a sua introdução, que a orientação do Supremo Tribunal Federal, até então, era a de reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei inconstitucional, o que exigiria uma emenda à Constituição para introduzir a novidade. Em suporte da tese, aliás, é possível invocar as duas tentativas, noticiadas acima, de inserção no texto constitucional de norma que visava objetivo análogo ao do art. 27 transcrito. Se a providência pudesse ser tomada no plano infraconstitucional, tornar-se-ia difícil justificar que se tivesse optado pela via mais complexa da previsão no texto da própria Constituição. [...] No mérito, é respeitável a tese de que, por vezes, a produção de efeitos retroativos pode trazer consequências indesejadas pelo próprio texto constitucional. Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vinha tratando a questão de forma equilibrada e construtiva. Não havia necessidade de ato legislativo interferindo nesse mandato. Aliás, em testemunho da riqueza do universo da interpretação constitucional, é possível uma leitura singular e muito razoável do dispositivo, embora contrária ao legislador histórico (isto é, à *mens legislatoris*): a de que, na verdade, veio ele restringir a liberdade de ponderação até então exercida pelo Supremo Tribunal Federal, ao impor o *quorum* de dois terços de seus membros. Nesse caso, também caberia questionar se o legislador ordinário poderia impor condições para a ponderação de valores constitucionais. Registre-se, a bem da verdade, que a providência contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99 era reclamada por parte da doutrina, e, com efeito, a flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional foi saudada como positiva por juristas que nela viram a concessão de uma ‘margem de manobra’ para o Judiciário ponderar interesses em disputa. A inovação tem sido utilizada com moderação e prudência pelo Supremo Tribunal Federal, em hipóteses raras e excepcionais, que não provocaram maior reação”. (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20-25).

o juiz indicado. Em vários países, o indicado para juiz do tribunal Constitucional acaba por assumir um mandato com prazo determinado, vedada, como regra, sua recondução⁷⁵.

A decorrência mais aparente da adoção desse critério essencialmente político para a nomeação dos membros dos tribunais constitucionais – que teria como pressuposição a ideia de que por serem as autoridades responsáveis pela nomeação eleitas democraticamente, sua legitimidade terminaria, de algum modo, por comunicar-se aos juízes nomeados sem o crivo popular – é a crítica que se faz ao caráter antidemocrático dessas cortes.

Esse tema já divisado por Schmitt e transformado em uma poderosa crítica contra o modelo kelseniano, será uma vez mais retomado no capítulo segundo por meio da atualização dos debates sobre a jurisdição constitucional e a soberania do povo.

1.7 Algumas considerações e conclusões provisórias sobre o tema da jurisdição constitucional e da soberania do povo a partir da reconstrução do debate Kelsen-Schmitt sobre o guardião da Constituição alemã

A primeira consideração a ser feita sobre a tentativa de reconstrução do debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, realizada neste primeiro capítulo, reporta-se ao forte caráter político predominante no texto de ambos os autores. Tanto a teoria kelseniana, quanto a schmittiana – expressas respectivamente em *Quem deve ser o guardião da constituição* e *O guardião da constituição* – estão repletas de alusões que encerram forte conteúdo político e que não podem ser ocultadas ou evitadas por ambos os autores. Nada obstante, muitas vezes, prevaleça tendência em considerar a argumentação de Schmitt como sendo bem mais carregada ideologicamente que a de Kelsen, não se pode deixar de reconhecer que a linguagem adotada pelo jurista de Viena neste debate específico está, igualmente, lastreada por sua ideologia e visão do que é o político e o jurídico.

Este, porém, não é o único traço a aproximar os dois autores. Ambos conferem grande importância à jurisdição constitucional nas suas reflexões. Kelsen defendendo-a; Schmitt rechaçando-a. O certo é que, para os dois juristas, a jurisdição constitucional seria apenas parcialmente responsável pela guarda da Constituição (no caso de Schmitt, essa constatação só teria aplicação no caso da Suprema Corte americana, órgão jurisdicional que de fato exerceria guarda da constituição). Além disso, não se pode deixar de reconhecer que, quer na

⁷⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67-68.

compreensão de Schmitt, quer na compreensão de Kelsen, o estabelecimento de um tribunal constitucional representaria uma mudança considerável no balanço de poderes do Estado.

A segunda consideração a ser feita encerra crítica direcionada aos pontos frágeis dos argumentos kelseniano e schmittiano no debate sobre a identidade do guardião da Constituição alemã. Ainda que, neste caso, o pensamento de Kelsen seja mais bem construído e grande parte de suas críticas a Schmitt seja procedente, não se pode deixar de observar a fraqueza do argumento daquele, quando procura instituir órgão não-democrático no sistema democrático para desempenhar função tão importante no jogo político-jurídico. Afinal, não se pode negar que o tribunal constitucional – conquanto seja órgão notadamente mais adequado para exercer o controle de constitucionalidade das leis em relação ao presidente –, carece de legitimidade democrática. E quando atua como legislador (seja negativo ou positivo), isto é, quando qualifica uma norma como inconstitucional e retira sua validade está agindo como verdadeiro legislador na melhor acepção da palavra.

Essa fraqueza do argumento kelseniano não desaparece simplesmente pelo fato de Kelsen reconhecê-la expressamente no corpo de *Quem deve ser o guardião da Constituição?* Na tentativa de superar essa fraqueza, ele aventa a possibilidade de se conferir viés democrático ao tribunal constitucional, na tentativa de refutar a argumentação de Carl Schmitt sobre a possível formação de uma “aristocracia da toga”. No entanto, ele não chega a apresentar uma construção satisfatória para essa sua ideia.

Quanto à intenção de Schmitt de trajar o presidente do *Reich* com as vestes de guardião exclusivo da Constituição, não restam dúvidas, tratar-se de tentativa deliberada de promover maior empoderamento do presidente, com grande prejuízo do Parlamento. Sua atitude, ao procurar conferir aspecto de legalidade a uma situação de crise, permitindo, assim, a passagem para o Estado unitário é sobremaneira condenável. Nesse sentido, ele procura apresentar o Parlamento como órgão enfraquecido, dividido e limitado em seu poder de atuação, em razão dos confrontos partidários. Em contrapartida, ressalta o papel do presidente como representante da unidade do povo alemão e como protetor da Constituição, isto é, como guardião exclusivo desta.

Malgrado as fraquezas identificadas nas posições defendidas exemplarmente por ambos os juristas, não se pode deixar de louvar a importância da discussão teórico-jurídica travada entre os dois autores. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt possibilitou que se discutisse a problemática da jurisdição constitucional a partir dos mais diversos enfoques, levando em conta, sobretudo, os aspectos referentes à democracia e à soberania. As divergências entre ambos os juristas foram apenas o princípio de polêmicas que se

prolongariam ao longo do século XX. No entanto, é possível afirmar que, com o final da Segunda Guerra Mundial, ficou evidente que a concepção de Schmitt (do presidente do *Reich* como único guardião da Constituição) perdera a razão de ser. Kelsen, que emigrara para os Estados Unidos, teve o seu valor devidamente reconhecido e sua concepção de um tribunal constitucional como guardião da Constituição pôde finalmente alcançar acolhida em muitos dos países que se reerguem após os regimes totalitários.

A constituição de tribunais constitucionais ganhou extrema relevância no cenário pós-1945. O ressurgimento de questões referentes ao direito natural e à ética parecia ser decorrência lógica após as monstruosidades cometidas no regime de exceção nazista. Uma nova concepção de constitucionalismo e o advento do Estado social seriam o pano de fundo para essas transformações que seriam observadas em muitos países europeus, dentre eles a Alemanha.

No que diz respeito à jurisdição constitucional, o problema principal não seria mais a questão de saber se o Tribunal Constitucional alemão (ou outro órgão que fizesse às vezes de corte suprema) deveria ou não ser considerado legítimo guardião da Constituição, como fora então nos debates Kelsen-Schmitt nos anos 20 e 30 do século passado. Agora, tratava-se de observar aquele ponto já observado pelo próprio Kelsen com a devida clarividência em *Quem deve ser o guardião da constituição?*, sobre os limites a serem impostos às cortes constitucionais no mundo inteiro, que passaram a desempenhar, desde então, papel cada vez mais relevante no cenário jurídico-político dos Estados. Sendo possível afirmar, chegando mesmo a transpor a ideia de que seriam legislador negativo, porquanto passam a ditar regras e diretrizes de comportamento sobre os mais diversos campos para toda a população.

O capítulo seguinte procura atualizar a discussão sobre a jurisdição constitucional e a soberania do povo, observando, para tanto, as obras de autores contemporâneos que se ocupam do tema.

CAPÍTULO 2

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SOBERANIA DO POVO

“To reconcile the practice of judicial review with the sovereignty of people to govern themselves, it is necessary to show that courts do not resolve conflict and judge the way those in government exercise the powers of the state on the basis of their own personal opinions of what is right and wrong. One needs a theory about the way in which judges should exercise their powers of review that tells them how they can distinguish laws that are a legitimate expression of the coercive powers of the state from those that are not, without being influenced by their own biases and personal points of view.”
(David M. Beatty – The Ultimate Rule of Law)

“Mas mesmo quando a Justiça – em todas as suas instâncias – decide questões morais polêmicas a partir de pontos de vista morais, pratica deste modo a ‘desqualificação’ da base social.”
(Ingeborg Maus – Judiciário como Superego da Sociedade)

“Tivemos depois o relato de Fanny sobre sua ida ao Tribunal de Justiça. Na primeira visita ela já chegara à conclusão de que os juízes ou eram feitos de madeira ou personificados por grandes animais semelhantes ao homem que foram treinados para mover-se com extrema dignidade, resmungar e balançar a cabeça. Para testar a sua teoria ela abriu um lenço cheio de moscas-varejeiras no momento crítico de um julgamento, mas não foi capaz de julgar se as criaturas davam sinais de humanidade, pois o zumbido das moscas induziu a um sono tão pesado que ela só acordou a tempo de ver os prisioneiros levados para as celas embaixo. Mas pelo seu depoimento decidimos por voto ser injusto supor que os juízes são homens.”
(Virginia Woolf – Contos Completos)

2.1 Além de Kelsen e Schmitt: o debate sobre a jurisdição constitucional e soberania do povo na segunda metade do século XX e início do século XXI

O interesse despertado pela tensão existente entre jurisdição constitucional e a soberania do povo vai bem além das discussões entre Kelsen e Schmitt que tiveram lugar na primeira metade do século XX (o alvo principal do capítulo primeiro desta pesquisa). A relação paradoxal – expressada em binômios como “controle de constitucionalidade” e “democracia”; “direitos fundamentais” e “soberania popular”; “autonomia pública” e “autonomia privada” etc. – persistiu como temática diletta na outra metade do século passado, prolongando-se até os dias atuais como um dos objetos de estudo mais recorrentes da teoria do direito constitucional. Hodiernamente, no entanto, ela se desenvolve a partir de perspectivas diferentes e é vista com ânimo diverso daquele que mobilizou Schmitt e Kelsen outrora.

A questão já não gira mais em torno da identidade do guardião da constituição – *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, como questionava Kelsen no seu combativo texto –, isto é, se seria o tribunal constitucional ou o presidente do *Reich*. Também não se discute mais se

a função jurisdicional do tribunal constitucional seria de fato “verdadeira jurisdição”, como colocava em dúvida Schmitt na sua crítica ao tribunal constitucional como guardião da Constituição alemã. A temática mudou, assim como os principais argumentos utilizados tanto por defensores, como pelos detratores da jurisdição constitucional.

Atualmente, discute-se, sobretudo, a forma como o controle de constitucionalidade vem sendo exercido, sua relação com o princípio da soberania do povo e sobre a necessidade ou não de que sejam impostos limites ao seu exercício. Em face disso, é possível identificar, não sem se utilizar de grande tendência simplificadora, dois posicionamentos contraditórios, quando nos referimos ao modelo de jurisdição constitucional exercido na atualidade: o primeiro, contrário à forma como o controle de constitucionalidade vem sendo exercido e que sugere a imposição de limites ao seu exercício; o segundo, que defende a legitimidade da expansão criativa dos juízes como uma consequência inevitável do processo de “judicialização da política”.

O primeiro deles que verifica na função dos magistrados tentativa de usurpação do poder legislativo, mormente, quando da resolução dos denominados *hard cases*, em que os juízes são obrigados, muitas vezes, a utilizarem-se de métodos ditos “irracionais” para decidir. Este posicionamento vê a atuação do judiciário como forma de legislar independentemente da legitimação democrática, decorrente do voto popular, o que indicaria desacordo entre a jurisdição constitucional e a soberania do povo. O segundo posicionamento, por outro lado, credita o incremento das funções do judiciário às transformações experimentadas ao longo das últimas décadas. Os defensores deste posicionamento defendem que o fato das decisões dos tribunais alcançarem *status* normativo não feriria o princípio da soberania do povo, com o qual estaria perfeitamente adequado. Além disso, o fato de os tribunais constitucionais não terem seus membros eleitos democraticamente não os tornaria instituições antidemocráticas, uma vez que eles funcionariam justamente para efetivar o modelo Estado Democrático de Direito. Assim, o papel contramajoritário desses tribunais seria, inclusive, salutar para a preservação da democracia que não deve ser vista apenas como o predomínio da maioria⁷⁶.

Visto tratar-se de tema que suscita controvérsias, é necessário examiná-lo com cuidado, de forma a evitar incorrer em erro (ou erros) decorrente da adoção, pura e simples,

⁷⁶ “Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 107).

de um ou outro posicionamento. Daí ser necessária reflexão mais aprofundada sobre o assunto – que mais do que apresentar respostas à perguntas que possuem respostas variadas –, procura sugerir no sentido de se buscar a harmonia entre o exercício da jurisdição constitucional e o princípio da soberania do povo⁷⁷.

2.1.1 Algumas considerações de ordem geral sobre o capítulo segundo: tema, enfoque e método

Segue-se neste capítulo linha crítica que procura estudar o binômio “jurisdição constitucional” e “soberania do povo”, tendo sempre como referência as obras e o pensamento de autores que se dedicam à análise do assunto, especialmente da teoria do direito e da teoria do direito constitucional. A doutrina escolhida serve primeiro como subsídio teórico para a construção da ideia central, evidenciada no título “Jurisdição Constitucional e Soberania do Povo”; em segundo lugar, funciona como elo com o capítulo seguinte, que irá tratar da realidade brasileira a partir da decisão do Supremo Tribunal Constitucional, que legitimou o entendimento previsto na Resolução n° 22.610/10 do Tribunal Superior Eleitoral que disciplina a perda do mandato parlamentar em razão de infidelidade partidária.

Ainda que este capítulo enfrente o tema de forma mais generalizada, utilizando-se, precipuamente, de autores estrangeiros de teoria do direito, é inevitável pensar algumas das questões suscitadas a partir da ótica brasileira. Apesar disso, o tema “judicialização da política” à luz da realidade brasileira, como já se fez menção, será objeto do capítulo terceiro desta pesquisa.

A propósito disso, é interessante recordar a lição de Mauro Cappelletti ao discorrer sobre a “expansão da criatividade judiciária nas sociedades modernas” em sua obra *Juízes legisladores?*. O jurista italiano propõe que a melhor forma de se defrontar com esse fenômeno ou problema – dependendo do posicionamento adotado – é perceber que muitas das perguntas comumente decorrentes desta questão (é dizer, relativas ao caráter positivo ou negativo da criatividade na interpretação das leis realizada pelos magistrados) necessitam de respostas “demasiadamente vinculadas a situações contingentes e mutáveis de determinado

⁷⁷ Pode-se compreender a oposição entre jurisdição constitucional e soberania do povo como uma faceta da difícil relação entre *Têmis* e *Leviatã* apontada por Marcelo Neves em sua obra homônima e que se trata de uma questão fundamental no Estado de Direito atual. Dessa forma, a harmonização que se faz extremamente necessária entre jurisdição constitucional e soberania do povo deve ser alcançada a partir daquilo que Neves designa como estabelecimento de “[...] uma relação horizontal e construtiva, sem subjugações ou submissões entre *Têmis* e *Leviatã*, que lhes possibilite enfrentar os graves problemas da sociedade mundial do presente”. (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XX).

país, para serem suscetíveis de generalizações comparativas” e que, por isso, “apenas um exemplo poderá ser suficiente para esclarecer a gravidade de tais questões”.

Cappelletti com percuciência observa que a expansão criativa do judiciário pode ser vista a partir de diferentes perspectivas, conforme o caso concreto que se tenha em consideração. Ele recorda, por exemplo, o importante papel do judiciário durante o período em que o fascismo predominou na Itália⁷⁸ e que, nesse sentido, o comportamento mais ativo dos juízes teria não somente uma causa justificável, como legitimidade. O próprio Cappelletti afirma que sua pesquisa, sob certos aspectos, poderia ser vista como uma “defesa” da expansão da criatividade judiciária. Ele ressalva, todavia, que a leitura que considere sua obra apenas como uma “defesa” deste fenômeno seria, contudo, incompleta:

[...] a forma mais plausível, embora incompleta, de ler este estudo é a de nele ver a *defesa* da expansão da criatividade judiciária nas sociedades modernas. Trata-se, repito, de uma chave de leitura plausível, mas desde que se entenda por “defesa” a investigação e análise *objetiva* das razões que se justificam na nossa época, e na verdade impõem este grande movimento de acentuação do papel dos juízes. Acrescento desde logo, todavia, que tal defesa deve ser entendida, de qualquer modo, num quadro que deve assumir manifestações e colorações bem diferenciadas, conforme as diversas famílias e sistemas jurídicos individuais. Embora geral, a tendência evolutiva evidenciada seria de todo impróprio, pelo contrário, defender ou propugnar em determinado país certos desenvolvimentos ou certo curso de ação, sem primeiro verificar a situação *específica* de tal país e a sua concreta posição no âmbito de tendência evolutiva (relativamente) universal⁷⁹.

⁷⁸ “[...] Sob o regime fascista na Itália, alguns dos mais iluminados juristas procuraram preservar um bastião extremo contra a tirania do governo, justamente mediante a firme tomada de posição em favor da ‘certeza do direito’ (entendendo com isto, essencialmente, a lei escrita) e contra a discricionariedade administrativa e judiciária. Enquanto aceitavam dessa maneira, pelo menos em teoria, o poder ilimitado na feitura das leis pelo legislador da época, reivindicavam, de outra parte, o estabelecimento de rigoroso vínculo às leis por parte da administração e tribunais. Evidentemente, eram temerosos da legislação, arbitrariedade, mais insidiosa, ramificada e alastrante da atividade administrativa, e até da judiciária. Sabiam que, em regime rigidamente autoritário, muitos administradores públicos e não poucos juízes, por convencimento ou medo, além do modo de sua escolha, teriam inspiração para sua discricionariedade na ‘constituição não escrita’ do regime, na sua filosofia declaradamente antilibertária e antidemocrática, agravando dessa forma a situação de insegurança e opressão dos direitos civis e políticos. Mas depois da queda do regime totalitário e o acolhimento na Itália, de uma Constituição que proclama ao mesmo tempo as liberdades civis e os direitos sociais e garante, em alto grau, a independência dos juízes, um daqueles mesmos juristas adotou, ao contrário, um bem diverso posicionamento, favorável à faculdade e mesmo ao dever de se posicionarem os juízes para além da rígida aplicação literal da lei, com vistas a dar atuação à nova concepção liberal e aos programas sociais da Constituição republicana. Pois bem, se, do ponto de vista da pura lógica abstrata, pode-se vislumbrar alguma contradição nesses diversos posicionamentos, parecem eles, pelo contrário, perfeitamente justificados pela concreta e específica situação do país, e totalmente coerentes relativamente à unitária filosofia política e moral pela qual ambos foram inspirados”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 113-115).

⁷⁹ *Ibidem*, p. 112.

Cappelletti resume, de forma como nenhum outro autor, a essência deste capítulo que procura conceder tratamento, de certa forma, genérico a tema complexo. Porém, somente até o ponto em que tal generalização não se apresente como um engodo ou uma tentativa fracassada de abranger diversas realidades que guardem pouca ou nenhuma similitude entre si, o que tornaria o resultado da pesquisa ineficaz e por via de consequência insatisfatório.

Assim, não se trata, simplesmente, de conferir o mesmo rótulo a produtos diversos, mas de encontrar semelhanças entre modelos distintos que possibilitem a apreensão das diversidades, para que, a partir delas, seja possível compreender melhor as razões pelas quais tais problemas afligem, de forma diferente, cada Estado e cada sociedade, além de oferecer uma excelente oportunidade para observar os meios utilizados por cada um deles para os enfrentarem, permitindo a chance de aprendizado.

2.1.1.1 Dialogando com o pensamento de Ingeborg Maus

Permite-se o autor a liberalidade de realizar “salto histórico” na cronologia até então adotada nesta pesquisa. Deixa-se de lado, ainda que parcialmente, o período de 1933-1945 para passar-se ao período imediatamente posterior ao término da Segunda Guerra Mundial, no qual se deu a restauração ou instauração da ordem democrática na Europa (excluindo-se naturalmente os países do leste europeu e a parte oriental da Alemanha). Obviamente, serão feitas referências a algumas das práticas judiciais adotadas ao longo dos doze anos de governo totalitário, porém, terão objetivo essencialmente complementar.

Tal opção não consiste em tentativa de se furtar à discussão, diuturnamente levantada, sobre a legitimidade ou não da ordem jurídica estabelecida durante o período nazista ou mesmo sobre a validade do direito alemão neste momento. Uma vez que, parte-se aqui do pressuposto de que o direito alemão que teve vigência durante doze anos na Alemanha sob o regime totalitário era ilegítimo, porquanto permitia condutas frontalmente opostas aos direitos humanos e aos imperativos de ordem moral.

Não se ignora, porém, – ainda que aqui não se o faça com as devidas minúcias e as digressões necessárias – que examinar aspectos do direito vigente durante o nazismo oferece perspectiva reveladora do papel da justiça na Alemanha de antes e depois da Segunda Guerra Mundial. Sobretudo, porque privilegiar o estudo de elementos desse direito permite revelar a compreensão autoritária e patriarcal predominante na época acerca da função dos magistrados.

Dessa forma, para não fugir inteiramente desse período, recorre-se ao pensamento de Ingeborg Maus, que em seu artigo *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”* oferece perspectiva sobre o papel da justiça sob o domínio de Hitler. E mais, ela observa com bastante clarividência linhas de continuidade nas posturas adotadas pelos membros do judiciário na Alemanha nazista que teriam tido, segundo a autora, sequência no período posterior ao desbaratamento desse regime (ponto que possui maior relevância para a presente pesquisa).

Isto é, ao trabalhar facetas do direito da época referida, ela procura verificar o que restou deste e de suas práticas no momento imediatamente posterior e quais seriam os resquícios perceptíveis mesmo na Lei Fundamental de Bonn, Carta Constitucional notadamente infensa ao regime de exceção que tão profundamente marcou a Alemanha.

Ingeborg Maus recorda, por exemplo, a máxima contida na “Carta aos Juízes de 1942” de que os juízes seriam a corporificação da consciência viva nacional⁸⁰. Em outras palavras, com base nesse pensamento os magistrados encontrar-se-iam “livres” para agir em nome da proteção dos valores do povo alemão, ainda que às expensas dos princípios do direito. Isso para não mencionar o sacrifício das liberdades individuais abafadas pelo ideário nazista. Não que tais condutas comuns a este período se manifestem de maneira mimética após 1945. Tal asserção seria descabida, uma vez que desconsideraria o caráter da ordem que se estabeleceu com o fim do regime totalitário. I. Maus, também, não faz tal afirmação. O que ela procura demonstrar é o prosseguimento de forma patriarcal de interpretação constitucional, visível nas decisões do Tribunal Federal Constitucional alemão, nas quais é possível divisar os vestígios deixados por ideias elitizadas do papel da justiça.

As observações de I. Maus, quer se esteja de acordo com elas ou não, são excelente ponto de partida para o início deste capítulo segundo, em que será possível discutir o papel da jurisdição constitucional na atualidade. As considerações de Maus chamam a atenção pela atualidade e clareza com que são desenvolvidas, sobretudo, ao destacar o papel pretensamente assumido pela Justiça como “a mais alta instância moral da sociedade”, oferecendo perspectiva pouco lisonjeira desta na Alemanha de então. Tal abordagem aponta uma Justiça que ignoraria ou procuraria ignorar inteiramente o papel que outros agentes desempenhariam na sociedade.

A pretensão desmesurada de se alçar a Justiça – seja na Alemanha ou em qualquer outro país – à condição de herdeira dos valores morais de determinada sociedade é deveras

⁸⁰ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Novos estudos Cebrap, n° 58, Nov. 2000, pp. 183-202.

criticável, e tal posicionamento é preponderantemente observável em momentos especiais da história. Especialmente, naqueles em que convulsões sociais e políticas acontecem e são habilmente utilizadas por grupos específicos para tomarem o poder e exercerem o domínio a seu talante, com a falsa aparência da legalidade.

Lamentavelmente, tais tendências não foram suprimidas juntamente com os regimes totalitários que delas se utilizavam outrora com tamanho sucesso. Ao contrário, não se pode deixar de quedar pasmado ante a longevidade de propostas antidemocráticas como estas, facilmente observáveis no discurso de muitos grupos políticos na atualidade, inclusive no interior do próprio sistema judiciário, não somente em países europeus, como no Brasil neste princípio do século XXI.

2.1.1.2 Dialogando com o pensamento de J. Habermas e R. Dworkin

Uma segunda observação a ser feita nessas linhas iniciais deve ressaltar que o intuito do autor ao realizar o referido “salto histórico” – que nos remete ao momento posterior à Segunda Guerra Mundial e se prolonga até a primeira década do século XXI – é justamente chegar até os escritos de autores como J. Habermas e R. Dworkin, que permitem revisitar a problemática enfrentada por Kelsen e por Schmitt de forma a atualizar o debate. A crítica habermasiana ao papel dos tribunais constitucionais e ao modelo de jurisdição constitucional é uma das vias escolhidas para discutir a questão a partir do ponto de vista, talvez, menos romântico da jurisdição constitucional com o qual Habermas enfrenta a temática da relação entre direitos fundamentais e soberania do povo. A oposição ao pensamento de J. Habermas observável nas elaborações de Dworkin que enriquecem o debate. Suas ideias de uma leitura moral do direito e do “juiz Hércules” possuem apelo quase irresistível, porém devem ser tomadas com cuidado, por se tratarem, no final das contas, de proposições teóricas dificilmente observadas na prática.

Antes, porém, de nos imiscuirmos no pensamento desses dois autores, procurou-se examinar as implicações das novas concepções do constitucionalismo surgidas na Europa e que em certa medida foram importadas para países da América Latina, inclusive para o Brasil, como discussões aparentemente relevantes para o contexto local. Ao utilizar-se a expressão “aparentemente”, intenta-se chamar a atenção para o fato de que algumas das questões debatidas ardorosamente nos países europeus ou nos Estados Unidos pouca ou nenhuma relevância teriam para o debate travado no Brasil e na América Latina de modo geral. Por essa

razão, uma leitura crítica é essencial para evitar o deslumbramento facilmente observável em muitos trabalhos que se propõem a tratar de temas de natureza constitucional.

Feitas essas considerações introdutórias, pode-se dizer que a partir das visões de Habermas e Dworkin se afigura possível construir posicionamento crítico em relação à postura adotada pelos tribunais constitucionais nos diversos Estados que deles se utilizam para a aplicação da justiça. O princípio da soberania do povo e a discussão sobre a democracia, tópicos também examinados por ambos os autores, são explorados de forma a provocar questionamentos sobre a relativização do princípio majoritário representado na dificuldade contramajoritária, apontada por muitos autores.

2.2 O constitucionalismo europeu no Pós-Segunda Guerra Mundial e as implicações para o exercício do controle de constitucionalidade

No momento que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, é possível vislumbrar o avanço das ideias e princípios relacionados ao Estado constitucional democrático na Europa. Não é à toa que o constitucionalismo contemporâneo teve seus traços primordiais delineados a partir do término daquele conflito e esses traços podem ser observados nos textos constitucionais de muitos países europeus, dentre eles, no da Itália, da Alemanha e dos países ibéricos (Portugal e Espanha). Conforme indica Miguel Carbonell:

O constitucionalismo contemporâneo definiu seus traços característicos nos últimos cinquenta anos, sobretudo a partir do final da Segunda Guerra Mundial. São exemplos deste tipo de Constituições os textos fundamentais da Itália (1947) e Alemanha (1949) primeiro, e, de Portugal (1976) e Espanha (1978), depois. Apesar disso, desde então o constitucionalismo não permaneceu como um modelo estático, mas segue evoluindo em muitos sentidos⁸¹.

Interessante perceber, como aponta Carbonell, que o constitucionalismo não se apresenta como um fenômeno estagnado e, nesse sentido, vale recordar a ideia de que ele seria um “movimento” ou “processo político e ideológico”, expressões que por si sós já implicam a ideia de continuidade. Dessa forma, não é surpreendente que este modelo continue

⁸¹ Tradução livre do texto. No original: “El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. Son ejemplos de este tipo de Constituciones los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después. Sin embargo desde entonces el constitucionalismo no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha seguido evolucionando en muchos sentidos”. (CARBONELL, Miguel Carbonell. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo* (s). 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 9).

em constante processo de evolução, especialmente, a partir da consequente (re) democratização de muitos países europeus com o término da Segunda Guerra Mundial. Nesse cenário evolutivo que se delineou após o conflito, deve-se considerar o importante papel desempenhado pelos tribunais constitucionais que assumiram a função de controlar a legalidade das leis, aferindo se estas se encontrariam ou não de acordo com a norma máxima do ordenamento jurídico, a Constituição.

Sobre essa transformação de grandes proporções ocorridas no cenário jurídico-político europeu, é pertinente citar Alexy:

[...] A expansão das ideias do Estado constitucional democrático correspondem na Europa ao desenvolvimento de uma teoria e uma *práxis* constitucionais comuns, singularmente pelo que se refere ao controle de constitucionalidade, em que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e a ciência do Direito público alemã desempenham um papel importante. Se falo da Alemanha em geral, há de se entender com este pano de fundo⁸².

Na Alemanha, em particular, dentre os pontos destacáveis nesse cenário de transformações, pode-se enumerar: magistrados que passavam a realizar o controle de constitucionalidade das leis; o Tribunal Constitucional Federal, que passava a desempenhar papel ativo nas decisões políticas do país, ou seja, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e a ciência do direito público passaram a ter papel relevante nessas transformações⁸³; o legislador passava a ser limitado pelos direitos fundamentais. Em outras palavras, tomando-se o pensamento de H. Kelsen como referência central, o positivismo

⁸² Tradução livre do texto. Na tradução espanhola citada: “[...] La expansión de las ideas del Estado constitucional democrático se corresponde en Europa con el desarrollo de una teoría y una *práxis* constitucionales comunes, singularmente por lo que se refiere al control de constitucionalidad, en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y la ciencia del Derecho público alemana juegan un importante papel. Si hablo de Alemania en general, habrá de entenderse con este trasfondo”. (ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 31).

⁸³ “[...] Foi sua jurisdição que tornou a Constituição pela primeira vez na Alemanha experimentável como normativa. Isso vale, em especial, para os direitos fundamentais. A determinação de que todo poder público, inclusive o legislativo, estaria vinculado a eles, tornou-se realidade graças ao Tribunal Constitucional. Mas, além disso, ele também se preocupou para que os direitos fundamentais também fossem observados na aplicação cotidiana da lei pelas repartições e tribunais, que protegessem contra ameaças à liberdade, como aqueles advindos especialmente do progresso técnico-científico. A política não mais podia impor suas intenções sem considerar a Lei Fundamental e uma mudança exigida por esta também tinha que se realizar, mesmo que a política tivesse preferido esquecer sua missão, como *e.g.* a equiparação de direitos entre homens e mulheres”. (GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 96).

jurídico passava a ser temperado pelo ressurgimento de concepções jusnaturalistas ou pós-positivistas que reavivaram o interesse pelos temas relativos à ética e à moral⁸⁴.

Tratava-se, portanto, de verdadeira ruptura com o passado e com a Constituição de Weimar. Nesta, conforme aponta Alexy, os direitos fundamentais eram mera “lírica constitucional” (*Verfassungsliryik*), uma vez que eram previstos em abundância no corpo da Constituição, porém careciam de efetividade e da devida tutela judicial, ou simplesmente possuíam caráter exclusivamente programático. Essa ruptura, no entanto, não ocorreu simplesmente pela vontade única do povo alemão. Ao contrário, nada obstante, o “clima constitucional propício do pós-guerra”, conforme as palavras de Dieter Grimm, alguns obstáculos tiveram de ser transpostos. Como ele próprio aponta em trecho de *Constituição e política*:

O fato de o Estado Constitucional na Alemanha ter se tornado uma história de sucesso não é nada óbvio, haja vista que o país tivera pouca sorte com suas constituições anteriores. E a Lei Fundamental de 1948/49 também não era nenhum tema caro aos alemães. Sua elaboração partiu da pressão por parte dos aliados, da qual prefeririam ter se esquivado por preocupação com a reunificação. E as deliberações se realizaram afastadas do interesse público. Após a votação, a crítica predominou entre os especialistas. Porém, em uma fase de crescente prosperidade, de validade restrita quanto à política externa e, sobretudo, militar em firme integração na aliança ocidental e modernização e conhecimento de mundo crescentes, a República Federal a tomou como sua, manifestando-lhe, por fim, um alto respeito, expresso na palavra “patriotismo constitucional”, usada tanto pela direita como pela esquerda⁸⁵.

Sobre o cenário do Pós-Segunda Guerra Mundial na República Federal Alemã, já sob a vigência da Lei Fundamental de Bonn (1949), Alexy destaca as mudanças agudas pelas quais passou o sistema de controle jurisdicional alemão em relação ao sistema precedente da República de Weimar:

Na República Federal, ao contrário, a observância dos direitos fundamentais se encontra plenamente controlada pelos tribunais, começando pelos inferiores, assim em um tribunal administrativo e terminando pelo Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe. Esta justiciabilidade plena em relação às quais são acolhidas outras normas constitucionais é um dos tesouros da

⁸⁴ “Depois da II Guerra Mundial, a doutrina do direito natural esteve em efervescência, novamente. Afirma-se, categoricamente, que houve um evidente retorno ao direito natural. Este direito natural renovado, vinculado à fase contemporânea, está ‘revestido’ de um conceito que afasta a admissão em sua formulação das pretensões de imutabilidade e validade eterna e universal dos princípios vinculados ao antigo direito natural”. (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 52).

⁸⁵ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 95.

Constituição. Quem pretende escrever na Constituição ideais políticos não justicializáveis deve ser consciente do que se joga. Com uma só disposição na Constituição não controlável judicialmente, abre-se caminho para a perda da obrigatoriedade⁸⁶.

Com essas palavras percebe-se mudança no transcurso das discussões sobre a jurisdição constitucional. Os debates aprimoraram-se no aspecto de que não mais se discutia no sentido schmittiano de colocar em dúvida o caráter jurisdicional do Tribunal Constitucional, ou ainda, na não aceitação do controle abstrato de constitucionalidade das normas como legítima aplicação do direito. Nesse cenário pós-1945, tratava-se, pois, de enfatizar o papel dos direitos fundamentais, permitindo-se realizar o ideal esboçado durante a República de Weimar, que, porém não foi concluído com sucesso. Isto é, reconciliar o Estado com a sociedade⁸⁷.

A Constituição como documento com força normativa, cujas normas (regras e princípios) não são meramente normas programáticas – afinal, os direitos e garantias constitucionais podem ser exigidos em face do Estado, uma vez que se tratam de direitos tutelados judicialmente – afasta, uma vez mais, a ideia da Constituição como “folha de papel”⁸⁸ e como ancila, em muitos aspectos, dos fatores reais de poder conforme Lassale⁸⁹.

⁸⁶ Tradução livre do texto. Na tradução espanhola citada: “En la República Federal, por el contrario, la observancia de todos los derechos fundamentales se halla plenamente controlada por los tribunales, comenzando por los inferiores, así en un tribunal administrativo, y terminando por el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe. Esta justiciabilidad plena, a la que se acogen también otras normas constitucionales, es uno de los tesoros de la Constitución. Quien pretenda escribir en la Constitución ideales políticos no justiciables, debe ser consciente de lo que se juega. Con una sola disposición en la Constitución no controlable judicialmente se abre el camino para la pérdida de su obligatoriedad”. (ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 33).

⁸⁷ “O intento de reconciliar o Estado com a sociedade, até então divorciados pela ciência jurídica positivista, veio associado com o interesse de superação de uma normatividade formal concebida desde a ideia da Constituição como uma *mera folha de papel do racionalismo (Lassale)* em direção a um modelo de Estado social que absorvesse a *programaticidade das normas constitucionais* tão inoperantes, senão excluída da tese jurídica, de caráter neutralizante, dos fundamentos políticos sustentada pelo modelo de Estado-legislação”. (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 17).

⁸⁸ A ideia da Constituição como “folha de papel” de Lassalle é explicada com clareza por Gilberto Bercovici em sua obra *Soberania e constituição*. Ele ensina: “Insatisfeito com as definições formais de constituição, Lassalle afirma que a constituição, em sua essência, é a soma dos fatores reais de poder *thatsächlichen* * (sic) *Machtverhältnisse*) que regem um país, que, ao serem incorporados a um papel, são erigidos em direito. Há, assim, duas constituições: a real e efetiva, formada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e a escrita, chamada por Lassalle de ‘folha de papel’ (‘Blatt Papier’), que seria específica dos tempos modernos. A questão essencial levantada por Lassalle é a de que, em caso de conflito, a constituição escrita, se não mais corresponder às forças reais de poder, sucumbirá frente à constituição real. No país em que uma constituição reflete os fatores reais e efetivos do poder, jamais haverá um partido que tenha como bandeira o respeito à constituição. O grito em defesa de sua conservação é, para Lassalle, a prova de sua caducidade, como estava ocorrendo em relação à constituição prussiana”. (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008).

* (Palavra grafada incorretamente. O correto seria *tatsächlichen*).

⁸⁹ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2007.

Tal concepção é combatida com veemência por Konrad Hesse⁹⁰, por meio de suas concepções desenvolvidas acerca da força normativa da Constituição em seu ensaio de mesmo nome.

É, portanto, na vaga deste novo constitucionalismo que surge no século XX, que a Constituição passa a ser vista não só como um mero ideal a ser buscado pelos Estados, mas como um documento jurídico-político a vincular os cidadãos aos compromissos previstos nas suas normas. Assim, quando Alexy afirma que ao pretender o legislador constituinte inserir na Constituição norma não passível de ser concretizada ou justiciabilizável, estaria ele assumindo expressamente o risco de promover o descrédito do texto constitucional e a consequente perda de sua obrigatoriedade, caso esta disposição não fosse efetivamente concretizada.

2.2.1 O constitucionalismo contemporâneo: complemento ou substituto do positivismo jurídico?

A questão que dá título a este tópico é bastante complexa e as inúmeras respostas possíveis para ela demandam mais um exercício de futurologia do que de certeza decorrente de raciocínio bem construído e fundamentado em conhecimentos sólidos. É certo que o constitucionalismo contemporâneo foi criado como uma forma de contraposição à abordagem juspositivista (este como doutrina descritiva, que confere destaque à neutralidade e que preza pelo distanciamento, representado pelo “ponto de vista externo”), mas, em realidade, seria esse constitucionalismo contemporâneo, como indica Susanna Pozzolo, “senão, sobretudo, uma política constitucional: que indica não como o direito é, mas, como o direito deve ser”⁹¹.

O constitucionalismo contemporâneo, portanto, pretende acertar onde o positivismo jurídico não logrou obter sucesso. Não se pode deixar, todavia, de perceber nele um caráter utópico que confere predomínio à moral, ideia que pode soar, sob muitos aspectos, inalcançável.

2.2.1.1 A expressão neoconstitucionalismo

O prefixo “neo”, que procura indicar a ideia de “novo”, parece não ser propriamente adequado para caracterizar o constitucionalismo contemporâneo formado, sobretudo, no

⁹⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁹¹ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 78.

século XX, após a decadência do constitucionalismo moderno que perdurou na Europa continental entre os séculos XVIII e XIX. Afinal, seria, no mínimo, deselegante acrescentar o complemento sempre que se desejasse fazer menção ao constitucionalismo característico de uma determinada época, o que terminaria por acarretar redundâncias extremadas.

O fato de não haver unidade entre os autores considerados como “neo-constitucionalistas” também não facilita maiores conclusões sobre o vocábulo que persiste como objeto de amplas desavenças e se apresenta como verdadeiro convite à equívocidade. Dessa forma, o autor deve sublinhar que não compartilha do entusiasmo que muitos dedicam à expressão e se reserva no direito de usá-la somente em razão de ser esta, constantemente, enunciada por autores de relevo e que não podem deixar de ser considerados para os fins desta pesquisa.

2.2.1.2 O sentido do constitucionalismo contemporâneo

Deixando de lado, porém, a questão terminológica, seria mais apropriado buscar o sentido da palavra “constitucionalismo” ou “neoconstitucionalismo”, para em seguida identificar alguns de seus traços característicos. Paolo Comanducci explica que as duas expressões vinculariam dois significados. Primeiramente, estariam ambas a fazer referência a uma teoria e/ou ideologia e/ou a um método de análise do direito. Numa segunda acepção, as expressões “constitucionalismo” e “neo-constitucionalismo” designariam mudanças de alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político que limitam os poderes do Estado e/ou protegem os direitos fundamentais. Ele ensina da seguinte forma:

Parece-me oportuno sublinhar desde o início, a fim de evitar ambigüedades na análise a que me proponho cumprir, o duplo significado veiculado pelos termos “constitucionalismo” e “neoconstitucionalismo”. Designam, em uma primeira acepção, uma teoria e/ou uma ideologia e/ou um método de análise do direito. Em uma segunda acepção designam, por outro lado, alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político que são descritos e explicados pelo (neo) constitucionalismo como teoria, ou que satisfazem os requisitos do (neo) constitucionalismo como ideologia. Nesta segunda acepção “constitucionalismo” e “neoconstitucionalismo” designam um modelo constitucional, ou seja, o conjunto de mecanismos normativos e institucionais, realizados em um sistema jurídico-político historicamente determinado que limitam os poderes do Estado e/ou protegem os direitos fundamentais⁹².

⁹² Tradução livre do texto. No original: “Me parece oportuno subrayar desde el inicio, a fin de evitar ambigüedades en el análisis que me propongo cumplir, el doble significado vehiculado por los términos “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo”. Designan, en una primera acepción, una teoría y/o una

O constitucionalismo seria então, essencialmente, uma ideologia limitadora do poder estatal e defensora das liberdades individuais ou dos direitos individuais. Todavia, não deve ser confundido com o jusnaturalismo, conquanto este último lhe sirva de sustentáculo teórico por meio de sua conexão entre Direito e moral.

Conforme aponta Comanducci, o constitucionalismo como ideologia jamais tentara concorrer com o positivismo ideológico como teoria mais difundida do direito. Apenas o neoconstitucionalismo seria verdadeira teoria concorrente à doutrina positivista.

O neoconstitucionalismo, como teoria do Direito, aspira a descrever as conquistas da constitucionalização, isto é, desse processo que comportou uma modificação dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos com respeito aos existentes antes do desdobramento integral do processo mesmo. O modelo de sistema jurídico que surge da reconstrução do neoconstitucionalismo está caracterizado, ademais de uma Constituição “invasora”, pela positivização de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição de princípios e regras, e, por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais com respeito à interpretação e à aplicação da lei⁹³.

Conquanto não se pretenda nesta pesquisa esmiuçar o tema da constitucionalização do direito, não se pode deixar de dedicar algumas palavras a ele. Primeiramente, porque as suas causas e consequências são decorrentes dessas transformações ocorridas ainda no final da primeira metade do século passado. Segundo, porquanto seus desdobramentos são perceptíveis na atualidade e são pertinentes à compreensão da temática abordada.

ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción designan, en cambio, algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo) constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo) constitucionalismo como ideología. En esta segunda acepción “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo” designan a un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos y institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales”. (COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 75).

⁹³ Tradução livre do texto. No original: “El neoconstitucionalismo, como teoría del Derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstitución del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una Constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de la ley”. (COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: um análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 83).

2.2.1.3 A constitucionalização do ordenamento jurídico

A constitucionalização a que se faz menção aqui não é aquela decorrente da introdução de uma carta constitucional pela primeira vez em determinado Estado. Trata-se, na verdade, da constitucionalização do ordenamento jurídico como fenômeno de “irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”⁹⁴, isto é, aqui, refere-se ao fenômeno conhecido como constitucionalização do direito.

Como aponta Luiz Virgílio Afonso da Silva, com base em estudo dos autores Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, cinco seriam as formas principais do processo de constitucionalização. A primeira delas seria a reforma legislativa, considerada por ele como a menos problemática forma de constitucionalização; a segunda ocorreria por intermédio do desenvolvimento jurídico ocasionado pela criação de novos direitos individuais e de minorias; a terceira forma teria lugar quando ocorressem mudanças paradigmáticas nos demais ramos do direito; a quarta hipótese se daria com a irradiação do direito constitucional (efeitos nas relações privadas e deveres de proteção); por fim, a quinta forma se concretizaria com a irradiação do direito constitucional por meio da jurisdição ordinária⁹⁵.

A presença de uma Constituição invasora também seria característica do ordenamento jurídico constitucionalizado. Pode-se dizer que se está em face de uma dada constituição, quando esta condicionar intensamente a legislação, a jurisprudência e a doutrina do Estado. A Constituição invasora também condiciona a atuação dos atores políticos e as relações sociais como um todo.

Melhor, acolhendo uma sugestão de Louis Favoreu, por “constitucionalização do ordenamento jurídico” proponho entender um processo de transformação de um ordenamento ao final do qual o ordenamento em questão resulta totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremadamente invasora, intrometida (*pervasiva*,

⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 38.

⁹⁵ “Em trabalho recente, Gunnar Folke e Christian Bumke dedicam-se exclusivamente à análise da ‘constitucionalização do ordenamento jurídico’ e identificam cinco formas principais desse processo: (1) reforma legislativa; (2) desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias; (3) mudança de paradigma nos demais ramos do direito; (4) irradiação do direito constitucional – efeitos nas relações privadas e deveres de proteção; (5) irradiação do direito constitucional – constitucionalização do direito por meio da jurisdição ordinária. Nem todas as formas interessam ao presente trabalho, especialmente porque nem todas elas podem ser simplesmente importadas para o sistema jurídico brasileiro, que tem uma Constituição mais abrangente do que a Constituição alemã, especialmente no seu catálogo de direitos fundamentais, e porque não existe, no sistema brasileiro, um antagonismo tão marcado entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, já que, ao contrário do que ocorre na Alemanha, o sistema de jurisdição constitucional no Brasil não é um sistema concentrado. (Idem, p. 39).

invadente), capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinal, a ação dos autores políticos, assim como as relações sociais⁹⁶.

Não se pode deixar de observar, em face das considerações de Afonso da Silva, que dado serem muitos os países que adotam modelo de Constituição invasora, o fenômeno de constitucionalização do ordenamento jurídico não se encontra delimitado a um ou a outro país determinado. Essa “expansão constitucional” e daquilo que se pode qualificar “constitucional” foi naturalmente resultado da evolução do constitucionalismo perceptível na segunda metade do século XX e início do século XXI.

2.2.1.4 Características, propriedades e teses do constitucionalismo contemporâneo

Sobre o modelo de constitucionalismo contemporâneo, denominado impropriamente “neoconstitucionalismo”, é possível dizer que ele apresenta algumas características específicas. Ou melhor, nas palavras de Écio Oto Ramos Duarte, “propriedades e teses” determinados que lhe conferem feição original.

A primeira delas seria o pragmatismo⁹⁷. Conforme essa propriedade, a ciência do direito como um todo seria obrigada, em virtude das transformações acarretadas pelo novo modelo de constitucionalismo, a assumir enfoque pragmático que associe à análise puramente normativa o enfoque político e prático.

⁹⁶ Tradução livre do texto. No original: “Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreu, por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”. (GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 49).

⁹⁷ “Esta propriedade faz depender o conceito do direito da compreensão particular que se tenha da teoria constitucional, o que torna o conjunto de sistemas jurídicos particulares dos Estados constitucionais em matéria central para a elaboração de um possível conceito de direito. Nesse caso, o sentido do pragmatismo se evidenciaria quando a determinação do conceito de direito se toma como ponto útil e, portanto, orientado à prática.

[...] Essa propriedade impõe um modelo de ciência jurídica que se contrapõe ao que tradicionalmente vem sendo defendido pelo positivismo jurídico. Nesse sentido, ‘a prioridade do caráter prático da ciência jurídica frente à sua apresentação como um estudo de caráter científico’ impulsiona o paradigma neoconstitucionalista à inclusão, também, da dimensão política do direito”. (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 65).

Outra característica a ser destacada é justamente aquela que prenuncia o caráter eclético ou sincrético do constitucionalismo. Isto é, busca-se uma “via que se situe entre a orientação analítica e hermenêutica”⁹⁸.

A terceira característica atribuída ao constitucionalismo contemporâneo é identificável na argumentação principialista de seus autores, expressa, sobretudo, na divisão das normas em regras e princípios. Esta terceira característica ou propriedade está associada à conexão estabelecida entre direito e moral. Ou seja, os princípios funcionam como “verdadeiras pautas axiológico-jurídicas de procedimento”⁹⁹, cuja finalidade básica é encontrar a melhor solução, leia-se, a solução justa para determinado caso concreto.

A quarta característica do modelo constitucionalista é o estatalismo garantista, por meio do qual soluções para os conflitos sociais e manutenção da segurança jurídica devem ser promovidos por instituições estatais. Citando Écio Duarte:

O Estado se configura como a instância comum à realização dos direitos humanos e como unidade institucional para a garantia da paz e justiça social. Esta propriedade é distinta em relação às concepções do jusnaturalismo e do positivismo jurídico justamente porque sua perspectiva está vinculada a uma pretensão garantista, é dizer: agora, o que cobra maior importância é a garantia da existência de mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais¹⁰⁰.

O tribunal constitucional é, dentro dessa concepção, o que soa em certo sentido paternalista e condescendente, a instância suprema para obter a tutela estatal acerca de pretensões judiciais. Este é um ponto que desperta interesse, porquanto não se há de compreender o papel desempenhado pela corte constitucional como o último bastião da moral social. Sobre isso, pronuncia-se Ingeborg Maus com propriedade, quando denuncia a pretensão de conferir à Justiça tal função que em muito ultrapassa os limites da função jurisdicional que esta deveria desempenhar.

A quinta característica desse novo modelo de constitucionalismo aparenta ser uma espécie de denúncia/crítica da pretensão juspositivista de dirimir todas as controvérsias jurídicas por meio do processo técnico de subsunção. Essa característica parte do pressuposto

⁹⁸ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 65.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 66-67.

de que se o direito e a moral estão conectados por liames indissociáveis, os aplicadores do direito, no momento de decidir, devem levar em consideração elementos de ordem moral¹⁰¹.

Nessa linha que reforça o laço entre direito e moral, desenvolve-se outra particularidade do constitucionalismo contemporâneo, que é a leitura moral do texto constitucional. Essa propriedade é extremamente complexa, porquanto ao trazer o aspecto jurídico-axiológico para a atividade do intérprete da Constituição, traz, simultaneamente, outro fator extremamente importante. Isto é, quando se passa a interpretar moralmente a Constituição, esta perde o seu caráter de norma suprema do ordenamento jurídico, uma vez que princípios de ordem superior passam a ser invocados para a solução de casos concretos.

Manifestando-se sobre esse aspecto, Susanna Pozzolo qualifica-o como um problema de ordem estrutural:

Em primeiro lugar, uma dificuldade de ordem estrutural: a interpretação moral da Constituição implica que essa não pode mais ser considerada como a norma mais elevada do ordenamento jurídico. A Constituição não fecha o sistema, já que pressupõe ser interpretada à luz de princípios superiores, supraconstitucionais, cuja natureza e dimensão não são claras¹⁰².

A partir dessa propriedade do novo modelo de constitucionalismo é que o poder judiciário, de forma geral, ganhará uma posição de destaque na arquitetura constitucional do Estado Democrático de Direito¹⁰³. Sua posição sofre não apenas um incremento de funções, como por meio desse incremento considerável, juízes e ministros dos tribunais constitucionais passam a exercer funções que outrora eram, primacialmente, de natureza legislativa. É nesse aspecto que se concentra o cerne deste capítulo e deste estudo, de modo geral, ao enfatizar a relação entre jurisdição constitucional e soberania do povo.

Da leitura moral da Constituição, no caso de se cotejar os aspectos negativos e positivos decorrentes de sua adoção, há de se mencionar como um de seus pontos positivos, o fato de que tal modelo de leitura constitucional permite que se evite, pelo menos em parte, decisões que desconsiderem inteiramente aspectos de ordem moral em detrimento de argumentos técnico-jurídicos, evitando os excessos do legalismo.

¹⁰¹ “[...] o neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas”. (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 67).

¹⁰² *Ibidem*, p. 99.

¹⁰³ “[...] O poder judiciário, neste quadro, configura-se como um instrumento de contrabalanceamento do poder legislativo que anula as decisões que ultrapassam os limites de tal competência legislativa. A configuração da Constituição neoconstitucionalista, por outro lado, retira a tarefa das escolhas políticas das mãos do legislador, aumentando o poder da jurisdição. Desse modo, cria-se o risco de um assim chamado “governo dos juízes” e, ao menos em parte, o perigo de um governo dos juristas, ainda que se dissolva o possível risco da “tirania da maioria”. (*Ibidem*, p. 100).

Não se pode deixar de enumerar como um aspecto importante do novo modelo de constitucionalismo o fato de que ele implica essencialmente em uma proposta diversa daquela sugerida pelo positivismo jurídico. É o que alguns autores denominam “pós-positivismo”. Luís Roberto Barroso discorre sobre o pós-positivismo de maneira esclarecedora e lembra que tal expressão estaria a se referir a um “ideário difuso”, isto é, que reuniria uma série de aspectos relevantes relacionados à “nova hermenêutica constitucional, envolvendo, sobretudo, “a definição das relações entre valores, princípios e regras”¹⁰⁴.

É característico do constitucionalismo contemporâneo a utilização do juízo de ponderação para a resolução dos denominados *hard cases*, isto é, aqueles casos considerados difíceis, porquanto os critérios tradicionais¹⁰⁵ existentes para a solução de antinomias não se apresentam suficientes para a solução do conflito, demandando dos magistrados o sopesamento de princípios. Naturalmente o sopesamento e a ponderação não se afiguram uma tarefa fácil, considerando que o conteúdo dos princípios não se apresenta delimitado, ou seja, não há uma determinada ordem de prioridade entre os princípios. Esta deve ser aferida, levando-se em conta o caso concreto. Conforme aponta János Kis:

[...] O domínio de aplicabilidade dos princípios morais não está claramente demarcado. Uma vez que os limites são confusos, não está claro se as exigências de dois princípios separados possam ou não ser cumpridas simultaneamente. No caso de conflito, os princípios devem ser ranqueados; não obstante os princípios morais serem indefinidos no sentido mais amplo de que eles não possuem uma ordem claramente determinada de prioridade¹⁰⁶.

¹⁰⁴ “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é 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 humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética”. (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, p. 278-279).

¹⁰⁵ Os critérios, tradicionalmente, utilizados para a solução de antinomias são três, isto é, hierárquico, cronológico e de especialidade. Por meio do critério hierárquico, a lei superior derroga a inferior, no cronológico, a lei mais nova derroga a mais antiga; e o de especialidade, a lei especial derroga aquela de sentido geral. Geralmente, a utilização desses critérios não se afigura tão simples, como se há de supor. Apesar disso, elas proporcionam resolução satisfatória para muitos problemas envolvendo normas jurídicas.

¹⁰⁶ Tradução livre do texto. No original: “[...] The domain of applicability of moral principles is not clearly demarcated. Since the boundaries are fuzzy, it is not clear whether the requirements of two separate principles may or may not be met simultaneously. In case of conflict, principles must be ranked; yet moral principles are undefined in the further sense that they do not have a clearly determined order of priority”. (KIS, János. *Constitutional democracy*. Budapest, Hungary: Central European University Press, 2003, p. 163).

Ponderar, nesse sentido, resulta da necessidade de se buscar a “melhor decisão” ou a “melhor sentença” e ocorre quando “na argumentação concorrem razões justificadoras conflitantes e de mesmo valor”¹⁰⁷. Resulta, ainda, de exigência de ordem funcional, uma vez que os métodos de subsunção de natureza positivista não mais se afiguravam suficientes para preencher as exigências ocasionadas pelos câmbios no modelo de constitucionalismo no Estado Democrático de Direito. No entanto, a utilização do juízo de ponderação não implica, em absoluto, o abandono da subsunção. Ao contrário, pode-se dizer como Luis Prieto Sanchís, que, na verdade, elas – subsunção e ponderação – operariam em “fases distintas”, é dizer, antes de se proceder à ponderação, deve-se realizar a subsunção¹⁰⁸.

Ainda sobre o tema da ponderação, Luíz Roberto Barroso lembra que a estrutura do raciocínio ponderativo ainda não é de todo conhecida. Em um esforço metodológico, ele identifica três etapas da ponderação: identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos com a obtenção de conclusão. Na primeira etapa, a função do intérprete seria “detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso”. Ao realizar esta tarefa, o intérprete deve, também, agrupar os “diversos fundamentos normativos” ou as “diversas premissas maiores pertinentes” no sentido da solução que estariam a indicar. Na segunda etapa, o intérprete deve valer-se de esforço interpretativo para “examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos”. Já na terceira etapa, como aponta Barroso, é que se poderá vislumbrar a peculiaridade do raciocínio ponderativo em relação ao método subsuntivo, uma vez que será neste momento que “os diferentes grupos de normas” e “a repercussão dos fatos” relativos ao

¹⁰⁷ Tradução livre do texto: “[...] Na ponderação, com efeito, há sempre razões em conflito, interesses ou bens em conflito, em suma, normas subministram justificativas diferentes na hora de se adotar uma decisão. Certamente, no mundo do Direito, o resultado da ponderação não há de ser necessariamente o equilíbrio entre tais interesses, razões ou normas; em ocasiões tal equilíbrio, que implica um sacrifício parcial e compartilhado, mostra-se impossível e então a ponderação desemboca no triunfo de algum deles no caso concreto. Em sentido contrário, onde se há de existir equilíbrio é no plano abstrato ou da validade: em princípio, não de ser todos do mesmo valor, pois de outro modo não haveria nada a ponderar; simplesmente, no caso de conflito, seria imposto o de maior valor. Ponderar é, pois, buscar a melhor decisão (a melhor sentença, por exemplo), quando na argumentação concorrem razões justificadoras conflitantes e de mesmo valor”. No original: “En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos subministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio, que implica un sacrificio parcial y compartido, se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto o de validez: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor”. (SANCHÍS, Luis Prieto. E Juicio de Ponderación. In: LAPORTA, Francisco J. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 232-233).

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 235-236.

caso concreto receberão os pesos devidos, para, em seguida decidir o grau de intensidade em que a solução deve ser aplicada. Barroso recorda que durante todo o processo estarão presentes a proporcionalidade e a razoabilidade.

Outra tese ínsita à noção do constitucionalismo contemporâneo é a que diz respeito à especificidade interpretativa. Pode-se dizer que o constitucionalismo contemporâneo, em virtude do processo de constitucionalização do direito, levou à exigência de que se desenvolvesse, paralelamente à interpretação ordinária das leis, interpretação especificamente voltada para interpretar a Constituição como norma.

Por fim, há de se enunciar outras duas propriedades do constitucionalismo contemporâneo: a ampliação do conteúdo da Constituição e o desenvolvimento de um conceito não-positivista de direito. O primeiro traço se refere à superação do “esquema positivista kelseniano, que fundamenta a validade de todas as normas a partir de uma norma fundamental completamente neutra”¹⁰⁹, uma vez que para a formação do conteúdo e do conceito de norma fundamental passam a ser incluídos princípios de ordem moral. O outro traço a que se fez menção – aquele de um conceito não-positivista de direito –, é em grande medida, resultado da união de todas essas propriedades atribuídas ao novo modelo de constitucionalismo e que indicam a reaproximação do direito e da moral.

2.3 O modelo de constitucionalismo para o século XXI

O constitucionalismo chegou ao século XXI com muitos nomes e variantes. Propostas doutrinárias são feitas no sentido de adaptar o modelo contemporâneo surgido no pós-guerra – como superação do modelo de constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX – às transformações decorrentes especialmente do processo de globalização que exige respostas sempre atualizadas para as questões derivadas da política, da economia, do direito em uma sociedade global. Apesar do alarido que se faz acerca do esboroamento das fronteiras entre os Estados e das apostas sobre o desaparecimento dos Estados nacionais, a Constituição permanece como carta representativa do ordenamento jurídico interno das “nações” e como tal deve ser vista como objeto de estudos relevantes para a compreensão da realidade dos Estados.

¹⁰⁹ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 71.

2.3.1 O modelo de constitucionalismo proposto por Roberto Mangabeira Unger

Dada a importância das constituições no arranjo jurídico-político dos Estados, qualquer modelo de constitucionalismo que busque obter acolhida e relativo sucesso no século XXI deve dispor de alguns mecanismos específicos. Esses mecanismos são variáveis e podem consistir desde um direito constitucional capaz de oferecer respostas às necessidades decorrentes das transformações aceleradas do Estado e da sociedade que refletem descompasso entre os textos constitucionais e a realidade, a questões relativas à efetividade das constituições que enfrentam grave problema de concretização normativo-jurídica.

Em *O direito e o futuro da democracia*, Roberto Mangabeira Unger elabora proposta interessante de constitucionalismo para o século XXI, destacando alguns elementos imprescindíveis ao sucesso do modelo:

Um direito constitucional favorável ao engajamento do eleitorado universal na resolução rápida de impasse entre órgãos do Estado deve tomar lugar de um direito constitucional simpático à desaceleração da política. Entre os mecanismos de tal constitucionalismo alternativo podem estar a combinação de formas pessoais plebiscitárias e parlamentares de poder, o recurso a plebiscitos e referendos e a facilidade para convocar eleições antecipadas pela iniciativa de qualquer poder do Estado. Uma estrutura jurídica da política eleitoral favorável a um aumento contínuo do nível de mobilização política popular pode tomar lugar da que transforma a política eleitoral numa interrupção ocasional e menor da vida prática. Entre seus instrumentos podem estar regras de voto obrigatório, livre acesso de uma gama ampla de partidos políticos e movimentos sociais aos meios de comunicação de massa, o financiamento público de campanhas políticas e o fortalecimento de partidos políticos¹¹⁰.

Conquanto possa-se discordar de alguns dos mecanismos e aspectos destacados por Mangabeira Unger, há de se admitir que estes se encontram inseridos dentro de um “projeto democrático”¹¹¹ bastante amplo e ambicioso que deve perpassar mudanças de ordem

¹¹⁰ UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 28-29.

¹¹¹ Para compreendermos o poder desse projeto – a moeda comum entre liberais e socialistas nos últimos dois séculos – devemos entender a democracia como muito mais do que pluralismo partidário e do que responsabilidade eleitoral do governo perante um eleitorado amplo. Visto por um ângulo maior e mais revelador, o projeto democrático foi o esforço de tronar a sociedade um sucesso prático e moral, pela conciliação da busca de dois gêneros de bens: o bem do progresso material, nos liberando da servidão e da incapacidade e dando armas e asas aos nossos desejos, e o bem da independência individual, nos libertando dos esquemas triturantes de divisão e hierarquia social. Tais esquemas nos impedem de lidar uns com os outros como indivíduos inexauríveis em vez de como titulares de lugares fixos numa determinada ordem coletiva. Uma crença influente do século XIX sustentou que há uma convergência natural, conquanto uma convergência a longo prazo, entre esses dois bens. Agora, lutamos para sustentar a fé – mais limitada e cética – de que as buscas por esses dois bens não contradizem, como o fatalismo conservador preferiria, uma à outra. O projeto democrático, liberto tanto de otimismo dogmático quanto de pessimismo dogmático, é o

constitucional, política, social e econômica. No caso do Brasil, por exemplo, o cenário é bem mais obscuro dado os desafios que se apresentam. Deve-se não somente contornar problemas como a corrupção sistêmica que impede, em uma visão sistêmica do fenômeno jurídico, a autopoeise do direito (para Luhmann, seria o *rule of law*) como também as desigualdades econômico-sociais marcantes no contexto nacional.

Para completar suas ideias acerca de um novo direito constitucional e de um constitucionalismo alternativo, Mangabeira Unger acrescenta a necessidade de inovações nas formas institucionais da sociedade civil:

A contrapartida a essa energização e aceleração da política é a organização da sociedade civil. Uma sociedade desorganizada ou organizada desigualmente não pode se reinventar. Sua discussão de futuros alternativos viria apaticamente de livros, em vez de vigorosamente dos experimentos e debates localizados de movimentos e associações concretos¹¹².

O “projeto democrático” a que faz menção Mangabeira Unger deve privilegiar o denominado “experimentalismo democrático” e combater o que ele designa “fetichismo institucional” que nas palavras de Unger seria a “crença de que concepções institucionais abstratas, como a democracia política, a economia de mercado e uma sociedade civil livre, têm uma expressão institucional única, natural e necessária”¹¹³. O autor, também, confere um importante papel à sociedade civil na efetivação desse modelo de constitucionalismo do século XXI. Ainda que ele não disponha da seguinte forma, pode-se entender essa participação da sociedade, como uma forma de “despertar” de um torpor. A sociedade brasileira pode ser exemplo representativo disso, uma vez que questões de natureza político-constitucional deveriam encontrar acolhida não apenas nos bancos das universidades e nas obras de doutrina jurídico-política, mas nos espaços públicos de debate.

esforço de identificar as estruturas práticas que se situam na área de coincidência possível entre as condições de progresso material e as condições de independência individual. A esperança de encontrar essa área de coincidência faz sentido porque tanto o progresso material quanto a liberação do indivíduo dependem da aceleração do aprendizado coletivo pelo experimentalismo prático. Ambos exigem que sujeitemos práticas sociais a um ajuste experimental, e que avancemos em direção àquelas práticas que nos encorajam a ajustá-las cada vez mais (UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 16-17).

¹¹² *Ibidem*, p. 29.

¹¹³ *Idem*.

2.3.2 Transconstitucionalismo

Conquanto este não seja o tema deste estudo e não se pretenda, em absoluto, abordar a temática na sua complexidade e inúmeras facetas, não se pode deixar de fazer menção ao conceito de “transconstitucionalismo” desenvolvido por Marcelo Neves, com base na definição de Wolfgang Welsch de “razão transversal”. Por isso, se farão algumas observações de natureza introdutória ao assunto, sem pretensão alguma de desenvolvê-lo mais aprofundadamente.

Acerca do que se deve entender da expressão “transconstitucionalismo”, Marcelo Neves ensina da seguinte forma:

Não se trata, portanto, de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução¹¹⁴.

Portanto, mais do que fornecer um conceito propriamente dito, da expressão transconstitucionalismo, Marcelo Neves destaca o que não se deve qualificar como transconstitucionalismo.

Dessa forma, entende-se o transconstitucionalismo mais como uma espécie de perspectiva decorrente de um específico conceito de Constituição, isto é, de compreensão da Constituição como “mecanismo de racionalidade transversal entre política e direito”¹¹⁵. Importante, no momento, é saber que o transconstitucionalismo é uma realidade entre ordens jurídicas semelhantes ou diversas, mas, também, assume proporções menos modestas quando envolve pluralidades de ordens jurídicas em um sistema mundial.

2.4 Ingeborg Maus e a crítica à expansão do controle normativo realizado pela Justiça

O pensamento de Ingeborg Maus traz críticas importantes ao papel da Justiça na atualidade. Ela alerta para os riscos dos argumentos morais utilizados pelos magistrados no

¹¹⁴ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo*. 2009. (Tese apresentada ao concurso para provimento do cargo de professor titular na área de direito constitucional, junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. XV), São Paulo.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. XVI-XVII.

momento de decidir e lembra que adotar a Justiça como última instância moral da sociedade certamente não é a melhor alternativa. A melhor forma, porém, de compreender o valor da contribuição dessa importante cientista política é atentar para as suas lições.

2.4.1 Sobre o papel da Justiça na Alemanha após 1945

À parte o enfoque que ressalta as transformações positivas para a consolidação de uma Justiça independente e comprometida com os direitos humanos ocorridas na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, é possível examinar a questão sob uma ótica distinta. E assim o faz Ingeborg Maus em muitas de suas obras. Ela observa que após a *débâcle* alemã na Segunda Guerra, muitas questões referentes ao papel da Justiça ficaram relegadas a segundo plano e suas consequências não deixaram de se manifestar posteriormente, seja na elaboração dos textos normativos do pós-guerra, ou mesmo nas práticas adotadas pelos tribunais nos anos que se seguiram.

Ingeborg Maus chama a atenção para a posição adotada por determinados componentes da Justiça alemã que – não obstante o estrangulamento experimentado por esta durante o regime nazi-fascista – conseguiram manter voz ativa no contexto social do pós-guerra, aumentando seu poder de forma considerável. Isso vale tanto para aqueles que encontraram sua liberdade tolhida durante a ditadura, como para aqueles que atuaram conforme os ditames da ordem então vigente. Tais juristas foram responsáveis pela perpetuação de concepções anacrônicas gravadas na Lei Fundamental de Bonn¹¹⁶.

A visão crítica de I. Maus possibilita compreender o lado negativo do processo que permitiu a reconstrução do aparato estatal alemão no período posterior a 1945. Ainda que a Alemanha tenha sido submetida a severas punições de ordem econômica e social,

¹¹⁶ “Um dos mais notáveis acontecimentos do pós-guerra é que justamente os grupos profissionais cuja consciência individual fora – de modo especialmente bem-sucedido – reprimida durante o regime nazista lograram fortalecer sua posição central de instância de consciência da sociedade. Não se percebe durante os trabalhos preparatórios da Lei Fundamental nem tampouco depois, uma mínima tendência a reconhecer a participação submissa da Justiça – que dirá então de suas funções específicas – no nacional-socialismo. Tanto já se havia chegado a essa situação extrema que mesmo o Ministério da Justiça do Reich veio a censurar, nas mencionadas “Cartas aos Juízes” de 1942, um terço do conjunto das decisões consideradas exemplares, por terem imposto penalidades excessivas. A ininterrupta permanência do pessoal da justiça alemã após 1945 explica a forte influência das velhas concepções nos trabalhos preparatórios da Lei Fundamental. Os desejos da Justiça nela encontrarem eco mediante a ampla participação de juristas nas reuniões da Convenção de Herrenchiemsee e do Conselho Parlamentar, bem como o permanente *lobby* das organizações de interesses dos juristas, entre outras a ressuscitada Associação dos Magistrados Alemães. A competência da Justiça para controlar a constitucionalidade das leis, introduzida pela primeira vez na história constitucional alemã, bem como sua centralização no TFC, foram algumas das “unanimidades” tratadas na Convenção de Herrenchiemsee”. (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Novos estudos Cebrap, n° 58, Nov. 2000, p 198).

especialmente, no que diz respeito à dramática redução do seu conteúdo populacional que pereceu em razão do conflito, e do processo de desnazificação concluído com considerável sucesso, não se pode deixar de constatar que “fragmentos” do autoritarismo não puderam ser inteiramente eliminados das práticas jurídico-políticas da nova república.

Lembrando a Convenção de Herrenchiemsee, Maus aponta que foi aí que se delinearam os caracteres principais da Justiça e dos magistrados alemães após 1945¹¹⁷. Questões como a “proteção do povo por meio da independência da jurisdição” e da “proteção do povo contra abusos da independência dos tribunais” foram, habilmente, suprimidas em razão do forte “*lobby*” exercido pelos juízes que temiam ver seus poderes limitados.

A supressão desses pontos fundamentais da pauta constitucional foi decorrente dos argumentos de muitos magistrados que recordaram as restrições sofridas durante o nacional-socialismo. Tais questões, no entanto, não tardariam a surgir no debate jurídico-político e eram, muitas vezes, resumidas na sentença irônica que dizia que a lei vinculava os destinatários, mas não seus intérpretes.

Não se pode deixar de concluir que, conquanto as transformações decorrentes do processo de redemocratização da Alemanha tenham gerado transformações positivas nas práticas judiciárias naquele país, há lado pouco discutido de como determinados grupos utilizaram esse momento de transição para ampliar seus poderes políticos. Os magistrados foram um grupo excepcionalmente beneficiado naquele momento que se sucedeu a Segunda Guerra Mundial e souberam utilizar os anseios em garantir os direitos fundamentais como um instrumento de justificação da ampliação de seus poderes.

¹¹⁷ “A Convenção ocupou-se nos mínimos detalhes do texto constitucional, em que a ‘personalidade do juiz (frente à instituição da Justiça) deveria ser especialmente talhada’, aproximando-se sobretudo da ideia de independência pessoal do magistrado baseada na apresentação de memoriais, esclarecimentos e ouvida de juízes no Conselho Parlamentar. As modestas intenções deste órgão de garantir não somente ‘a proteção do povo por meio da independência da jurisdição’ como também ‘a proteção do povo contra abusos da independência dos tribunais’ foram derrotadas pelas exigências do *lobby* dos juízes. Essas exigências fundamentaram-se na surpreendente referência à injustiça cometida pelo arbítrio do Estado nacional-socialista, contra a qual se tratava de reerguer um Estado de direito, identificado com uma Justiça livre de todas as formas de controle e vinculação. Sob tais circunstâncias, a mera continuidade dos métodos jurídicos de compreensão após 1945 era inevitável. Essa postura transparece no já conhecido ditado: ‘A lei vincula seus destinatários, não seus intérpretes’. Esse procedimento foi corroborado pela continuidade do pessoal nas faculdades de direito. Aos que lá lecionavam, como também à burocracia judicial, restou o poder de reelaborar o próprio passado, de tal forma que lhes foi possível invocar a mesma doutrina jurídico-positivista de interpretação do direito, combatida por eles de 1933 a 1945 em seu potencial supostamente destruidor da governabilidade, contrapondo-a depois de 1945 à submissão da Justiça no regime nacional-socialista. Dessa forma tornou-se mais fácil justificar o domínio da doutrina antiformalista com o ‘recomeço do Estado de direito’”. (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. In: *Novos Estudos – CEBRAP*. n° 58, novembro de 2000, p. 198-199).

2.4.2 A Justiça como “última instância moral da sociedade”

O papel que a Justiça assumiu a partir da segunda metade do século XX até os dias atuais é o de “última instância moral da sociedade”¹¹⁸. Com isso os tribunais adquirem poderes incomensuráveis, uma vez que passam a ter monopólio de valores “supra-positivos” e por meio deles estão praticamente invulneráveis a qualquer mecanismo de controle externo de suas funções que passam a ser incontestáveis.

Esse papel desempenhado pela Justiça que, segundo Maus, pode ser entendido como “regressão a valores pré-democráticos” deve ser visto com desconfiança, porque ignora a evolução da função judiciária como instituição anti-patriarcal, “delegada” da soberania legislativa do povo. Tomando essa concepção democrática da Justiça, gestada a partir das ideias iluministas de Sieyès e Kant, é que I. Maus irá argumentar que:

[...] A relação entre poder do Estado e cidadãos elabora-se assim como extremo oposto da forma tradicional da família dominada pela figura paterna. A concepção democrática de Estado inverte as relações “naturais”: nela os filhos aparecem em primeiro plano, sendo-lhes derivado o pai¹¹⁹.

A partir da compreensão da Justiça como instância moral última da sociedade, coloca-se em dúvida essa emancipação de ideias originada desde o século XVIII. A utilização de argumentos de natureza moral imunizaria as decisões judiciais, permitindo à Justiça uma posição excepcionalmente privilegiada, porquanto esta se desvincularia da obrigatoriedade da fundamentação legal de suas decisões ao utilizar argumentação essencialmente de natureza moral.

¹¹⁸ “[...] Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

No desdobramento dessa tendência e de seus fundamentos – em que as condições sociais estruturais, assim como seu apoio em mecanismos psíquicos, devem ser levados em consideração –, convém investigar se se trata de uma simples regressão social ou antes de uma acomodação às condições do moderno e anônimo aparato de administração do Estado, em que todas as figuras paternas são obrigadas à abdicção. Pode ocorrer que penetre nesse foro interno aquela instância que compreende a si própria como moral e que, de maneira tão incontroversa, é reconhecida como consciência de toda a sociedade, de tal modo que a imagem paterna à qual se resiste atue concomitantemente como ponto de partida do clássico modelo da transferência do superego e como representante de mecanismos de integração despersonalizados. A pergunta a ser feita é, portanto, a seguinte: não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”. (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. In: *Novos Estudos – CEBRAP*. n° 58, novembro de 2000, p. 187).

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 188.

O mais interessante é que, conquanto se possa atribuir em grande escala o fortalecimento dos tribunais à ampliação da argumentação moral, não se pode deixar de considerar o papel da sociedade ante essas transformações no aparelho judicial e mesmo na sua forma de julgar e decidir os conflitos sociais. Ingeborg Maus chega a falar do “infantilismo da crença na Justiça” que, segundo ela, se manifestaria menos nos “comportamentos eleitorais” e “em processos não institucionalizados de formação de consenso” do que na esperança depositada nas “decisões da mais alta corte”.

Naturalmente, Maus está se referindo à situação da Alemanha do século XX, contudo, não é difícil traçar paralelos e fazer analogias à situação do Brasil atual. Assim como o Tribunal de Karlsruhe, o Supremo Tribunal Federal brasileiro funciona como “censor” (para usar o termo utilizado por I. Maus) do legislador democrático e deriva sua competência não mais da Constituição, mas de valores supra-positivos criados pelo próprio tribunal no exercício de sua tarefa interpretativa. Isso nos leva a imaginar que estaríamos adentrando em uma etapa em que os poderes do tribunal constitucional não mais seriam hauridos na Constituição, mas o tribunal constitucional estaria conferindo a si mesmo, poderes que sequer constariam nos textos constitucionais. A diferença mais aparente, todavia, entre a realidade brasileira e a realidade alemã é que, muito provavelmente, o tribunal constitucional pátrio não goze da mesma credibilidade que seu equivalente alemão.

2.5 Jurisdição constitucional e soberania do povo: acerca da “dificuldade contramajoritária”

O cerne da questão envolvendo jurisdição constitucional e soberania do povo é aquilo que muitos acadêmicos reconhecem como o problema da “dificuldade contramajoritária”. Este problema decorre da quantidade considerável de poder conferido aos tribunais constitucionais e cortes supremas, para o exercício do controle de constitucionalidade, permitindo, desse modo, a anulação de decisões emanadas do legislativo (legitimado democraticamente). Este problema ou dificuldade passou a ocupar um papel primordial no debate constitucional de muitos países, a ponto do jurista norte-americano Barry Friedman referir-se a ele como uma verdadeira “obsessão”¹²⁰. A maior dificuldade para superar essa “obsessão” seria exatamente o fato de que os tribunais constitucionais continuam a exercer a jurisdição constitucional, de uma tal forma, que não se consegue distinguir a interpretação que

¹²⁰ FRIEDMAN, Barry. *The history of contramajoritarian difficulty, party one: on the road to judicial supremacy*, 73:2 New York University Law Review 333-343 (1998).

fazem da Constituição do julgamento pessoal entre certo e errado que é pura discricionariedade.

Em razão disso, surgem vários argumentos contrários ao modo pelo qual os tribunais exercem o controle de constitucionalidade das leis. Argumenta-se, por exemplo, que o exercício do controle de constitucionalidade alteraria o balanço dos poderes do Estado, afetando dessa maneira, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito Contemporâneo, isto é, o princípio da separação dos poderes. Aduz-se, também, aos debates, o argumento de que como os tribunais constitucionais carecem de legitimação popular ou democrática, deveriam abster-se de imiscuir-se em controvérsias de natureza, essencialmente, política. Outro ponto comumente ressaltado por aqueles refratários ao modo de exercício do controle de constitucionalidade, é de que, considerando que as leis anuladas são emanadas de outro dos poderes do Estado (o Legislativo), isto implicaria solapamento da segurança jurídica. Além desses argumentos, existem outros que questionam a forma como os membros das cortes constitucionais são eleitos e a duração de suas funções, geralmente indeterminada.

Em sentido oposto, os argumentos que procuram afastar a “dificuldade contramajoritária” posicionam-se de forma a ressaltar a importância do papel dos tribunais na proteção dos direitos das minorias, que ficariam desguarnecidos, caso se concedesse primazia integral à vontade da maioria. A força desse argumento é considerável, se considerarmos, sobretudo, o caráter plural de muitas sociedades contemporâneas, nas quais convivem lado a lado uma multiplicidade de etnias, grupos religiosos e opiniões políticas.

Aponta-se, também, que a jurisdição constitucional funcionaria ainda para consolidar direitos já estabelecidos (este argumento é incontestável) e que teria, ademais, a função de “corrigir” eventuais desvios do processo político. Por fim, há o argumento favorável ao controle de constitucionalidade e que já fora levantado nos textos clássicos do federalismo americano, de que o poder judiciário seria o poder que menos apto estaria a desferir ataques contra a Constituição.

Encontrar respostas para o problema enfrentado não é tão simples quanto aferir as grandes proporções da questão. Por isso, na tentativa de enfrentar o problema, procura-se recorrer a duas abordagens distintas, isto é, a de Jürgen Habermas e a de Ronald Dworkin, que se não oferecem uma resposta definitiva, auxiliam, parcialmente, nessa tentativa. Habermas, por meio de seu posicionamento questionador em relação ao modelo de jurisdição constitucional, elabora críticas proveitosas que indicam a necessidade de repensar a forma como é exercido o controle de constitucionalidade pelos tribunais. Dworkin, por outro lado, cria teoria que procura atestar a compatibilidade da *judicial review* com o modelo

democrático. Obviamente, suas construções teóricas possuem pontos altos e baixos e cabe a nós identificá-los de forma a melhor formularmos nossos próprios pensamentos sobre a matéria ora em análise.

2.6 A contribuição habermasiana aos debates sobre a tensão entre jurisdição constitucional e soberania do povo

No primeiro capítulo procedeu-se à reconstrução do debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a identidade do guardião da Constituição alemã no período da República de Weimar. Analisaram-se os argumentos de Schmitt, especialmente aqueles encontrados em *O guardião da constituição*, e os contrapontos apresentados por Kelsen, em *Quem deve ser o guardião da constituição?*. Discutiram-se aspectos referentes ao controle de legalidade das leis e a legitimidade para seu exercício, isto é, se essa seria tarefa exclusiva do presidente do *Reich*, como propugnava Schmitt (com base no arcabouço teórico de pensadores do liberalismo político como Benjamin Constant), ou, se seria tarefa de um tribunal apto a aferir a legalidade das normas dentro do modelo estatal adotado na Alemanha naquele momento, como defendia Hans Kelsen, escorado na experiência desenvolvida na Áustria.

Examinando essas duas concepções que se chocaram na primeira metade do século passado, não escapa a um exame mais criterioso o fato de que se opunham duas formas de pensar frontalmente opostas: o decisionismo schmittiano e o positivismo kelseniano. Mesmo com a atualização dos debates, fica difícil fugir a rotulações como essas, conforme irá atestar claramente o debate entre Jürgen Habermas e os teóricos americanos, como Dworkin.

Habermas pode ser visto como um “positivista democrático” (conforme Hauke Brunkhorst) em oposição àqueles que ele mesmo denomina “republicanos-liberais” apoiados no pensamento de Schmitt e/ou de Kelsen. Não se trata em absoluto de verificar a procedência ou a adequação de tais “rótulos”, mas de apreender o denominador comum resultante dessa nova contraposição de ideias e a quais conclusões é possível chegar a partir delas. Certamente, adotar posicionamento refratário ou favorável aos câmbios ocorridos no modelo Estado de Direito a partir de novas formas de pensar e vivenciar a interpretação constitucional fica mais fácil, tendo-se à disposição um leque de opiniões abalizadas sobre a matéria.

O que se faz em grande medida neste segundo capítulo, ao apresentarmos a contribuição habermasiana para a questão, é atualizar a divergência que opôs Kelsen e Schmitt, com fundamento nas contribuições trazidas pelo filósofo alemão. Habermas procura fugir ao simplismo de uma abordagem que demanda posicionamento imediatamente favorável

à prevalência de uma ou de outra posição. Isto é, se, no presente contexto, devemos optar por uma jurisdição constitucional nos moldes atuais ou se pelo princípio da soberania do povo. Naturalmente, Habermas não se esquivava no momento de abordar temática tão delicada.

Ao contrário, ele é bastante crítico em relação à forma pela qual a jurisdição constitucional vem sendo exercida pelos tribunais constitucionais na atualidade. Suas objeções e críticas desenvolvidas em *Direito e Democracia* são, certamente, ponto dos mais relevantes para a discussão e se apresentam como contraponto àqueles que enxergam na “judicialização da política” fenômeno desprovido de maiores consequências para o arranjo dos poderes no Estado Democrático de Direito.

Para o Brasil, a contribuição de Habermas é especialmente relevante, porquanto o País adotou o modelo de um “tribunal constitucional”, intérprete último das questões constitucionais e que cada vez mais desempenha funções atípicas de órgão jurisdicional, tornando-se verdadeiro criador de normas jurídicas. O exemplo evidente dessa tendência foi a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre fidelidade partidária (tema do capítulo terceiro desta pesquisa), que legitimou o entendimento de que o candidato que cometa “infidelidade partidária” deve perder o mandato político. Tal decisão foi tomada contrariando disposição expressa da Constituição e os próprios precedentes jurisprudenciais da Corte Suprema, que já decidira anteriormente, que a troca de partido após o pleito não sujeitaria o parlamentar à perda do mandato. O Supremo Tribunal Federal brasileiro para decidir este caso teria recorrido, supostamente, a princípios constitucionais e a argumentos de natureza, eminentemente, valorativa, o que ressalta a importância de se estudar o pensamento de Jürgen Habermas que explora detidamente as razões e consequências dessa tendência dos tribunais constitucionais.

A obra de Habermas que nos interessa, em particular, é justamente aquela que o autor dedica ao estudo do fenômeno jurídico. Traduzida do original alemão (*Faktizität und Geltung*) para o português como *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, é no sexto capítulo deste livro que o autor aborda a problemática divisão de competências existente entre tribunal constitucional e legislador democrático, predominante nos países que adotaram o primeiro como órgão maior de interpretação das normas estatais. Esse tema reflete a discussão travada nos últimos anos e décadas sobre se seria possível compatibilizar o sistema de controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais com o princípio da soberania do povo.

Em outras palavras, trata-se da tensão entre “democracia” e “direitos fundamentais” ou entre “legislador democrático” e “juízes”. No entanto, a visão habermasiana é bem mais complexa e não se resume à análise perfunctória da questão ou a “um mero maniqueísmo

entre democracia popular e elitismo judicial”, que terminaria por implicar na adoção de postura favorável ou à jurisdição constitucional ou à soberania do povo, como bem apontam Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner em ensaio sobre *Habermas e a jurisdição constitucional*¹²¹.

2.6.1 As críticas usuais do liberalismo identificadas por Habermas em relação ao papel da jurisdição constitucional no Estado de Direito

Habermas procura colocar o problema sob ótica distinta, desenvolvendo sua argumentação a partir de três críticas comumente direcionadas ao exercício da jurisdição constitucional, construídas a partir de uma concepção liberal do direito. No primeiro momento, faz uma reflexão sobre a fundamentação usual dessas críticas à prática decisória dos juízes do Tribunal Constitucional alemão. Observa, por exemplo, que grande parte dessas críticas contra o ativismo judicial no Estado contemporâneo “apoia-se numa interpretação liberal do clássico esquema de divisão de poderes”:

Sob o primeiro aspecto, a crítica à prática de decisão do tribunal constitucional, especialmente na República Federal da Alemanha, apoia-se numa interpretação liberal do clássico esquema da divisão de poderes. Para explicar a ampliação de funções da justiça, praticamente inevitável, porém perigosa do ponto de vista normativo, uma vez que sobrecarrega o tribunal constitucional com tarefas de uma legislação concorrente, a crítica apoia-se no desenvolvimento do Estado liberal de direito que se transforma no Estado intervencionista e do bem-estar social (Seção I)¹²².

Sobre isso, é interessante destacar o comentário pertinente de Hübner e Afonso da Silva:

¹²¹ “O debate levado a cabo por ele não se limita a um mero maniqueísmo entre democracia popular e elitismo judicial, o que levaria a uma automática rejeição de uma jurisdição constitucional, ou entre tirania da maioria e juízes garantidores de direitos, o que levaria a uma justificação dessa jurisdição. Embora seja refratário ao papel que o judiciário tem no controle da legislação na maioria dos Estados democráticos contemporâneos, Habermas aborda o problema de forma diferenciada, e distingue diversas formas de crítica à jurisdição constitucional”. (SILVA, Virgílio Afonso; MENDES, Conrado Hübner. *Habermas e a Jurisdição Constitucional*. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 203).

¹²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1v., p. 298. No original: “Unter dem ersten Aspekt stützt sich die – insbesondere in der Bundesrepublik vorgetragene – Kritik an der Entscheidungspraxis des Verfassungsgerichts auf eine spezielle, nämlich liberale Lesart des klassischen Gewaltenteilungsschemas. Sie erklärt die faktisch unvermeidliche, aber normativ bedenkliche Funktionserweiterung der Justiz, die das Verfassungsgericht mit Aufgaben einer konkurrierenden Gesetzgebung belastet, aus der Entwicklung des liberalen Rechtsstaats zum Interventions- und Wohlfahrtsstaat (I)”. (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 293).

A arquitetura liberal da separação de poderes preconiza uma divisão de competências estáticas, cada uma com efeitos temporais predefinidos: ao legislador cabe tomar decisões orientadas para o futuro; ao juiz emitir um juízo de legalidade que promova a subsunção entre um fato passado e a norma abstrata produzida pelo primeiro¹²³.

Essa forma de compreender a separação de poderes, ignorando as transformações jurídico-políticas e, sobretudo, o novo papel desempenhado pelo judiciário é vã. Assim, ainda que se mostre favorável à limitação da atuação dos tribunais constitucionais, Habermas não deixa de reconhecer a fragilidade inerente às críticas feitas à jurisdição constitucional construídas por aqueles que ignoram a “dissolução do paradigma liberal do direito”¹²⁴ decorrente não somente da crítica representada pelo modelo Estado social, mas em virtude das transformações decorrentes da vida política moderna.

Segundo Habermas, a relação da justiça com a administração em face da lei resultaria no esquema de divisão de poderes, que deveria regular, através do Estado de Direito, o arbítrio do poder estatal absolutista. Nesse sentido, Habermas entende que as críticas de concepção liberal procuram ver o processo decisório desencadeado pelos juízes como um “agir orientado pelo passado”, que tomaria por base as normas elaboradas pelo legislativo que em outro sentido representariam “decisões voltadas para o futuro” ou que ligam o agir futuro”.

Essa primeira crítica proveniente da concepção liberal do direito apontada por Habermas estaria, como nos indicam Conrado Hübner e Luís Virgílio Afonso da Silva, relacionada às “diferentes concepções de política e direito” existentes. Ao enfrentar essa variedade de conceitos e percepções, estaria Habermas buscando superar algumas abordagens clássicas da matéria – influenciadas de um lado por uma “concepção liberal e degenerada” e, de outro, por uma “concepção republicana e idealizada da política” – para tentar compreender o papel dos tribunais no Estado Democrático de Direito.

É com os olhos voltados para o passado liberal, sem, no entanto, descurar do presente, que Habermas procura, ao longo de toda sua argumentação, encontrar resposta satisfatória

¹²³ SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 205.

¹²⁴ “O advento do Estado Social e o fenômeno da materialização do direito põem em crise as premissas que sustentavam o modelo liberal. Ao abrir espaço para que a argumentação jurídica ingresse no terreno da moral e dos fins políticos, aquela divisão de trabalho tradicional fica nublada, e o judiciário passa a ocupar um espaço político de maior envergadura. Se antes a separação entre as duas funções estava clara e coordenada, a mudança de paradigma do direito faz com que legislação e jurisdição passem a concorrer no exercício de papel qualitativamente parecido. Este alargamento das funções do judiciário e as novas possibilidades argumentativas que estimulam maior ativismo judicial devem ser vistos, para Habermas, pelo prisma da democracia deliberativa”. (*Idem*).

para o papel dos tribunais constitucionais nesse cenário atual. Para tanto, fica bastante evidente que uma premissa deveria ser adotada pelos magistrados no momento de aferir a constitucionalidade das normas: a de que não poderiam retomar os debates sobre a fundamentação dessas leis que é da competência exclusiva dos parlamentares. Isto é, o papel do judiciário seria muito mais no sentido de analisar e compreender o que foi colocado pelo legislador. Afinal, no plano da aplicação das normas não se pode simplesmente desconsiderar o que foi decidido pelos representantes do povo. Além disso, a retomada constante dos temas já abordados no momento de confecção das espécies normativas levaria, na concepção habermasiana, a um círculo vicioso, infelizmente bastante comum nos dias atuais.

A segunda crítica tecida pela concepção liberal do direito identificada por Habermas e comentada por Hübner e Afonso da Silva se refere ao que o filósofo alemão designa “jurisprudência de valores”. Esta estaria relacionada ao juízo de valores – sopesamento de princípios – exercido pelos magistrados no âmbito da jurisdição constitucional. Trata-se, nas palavras do próprio Habermas, de crítica direcionada contra “uma autocompreensão metodológica que se forma no tribunal, que equipara a orientação por princípios com a comparação entre bens (Seção II)”¹²⁵.

Por último, a terceira crítica observada por Habermas ao papel da jurisdição constitucional dirige-se ao fato de que esta, nos Estados Unidos, funcionaria para “proteger o procedimento democrático da legislação”. Ele completa sua análise, concluindo tratar-se de “uma compreensão republicana, portanto não-instrumental, do processo político em seu todo”¹²⁶.

¹²⁵ “Sob o segundo aspecto, o debate sobre a indeterminação do direito prossegue tendo em vista a jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional Federal. A crítica volta-se contra uma autocompreensão metodológica que se forma no tribunal, que equipara a orientação por princípios com a comparação entre bens (Seção II)”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1v., p. 298). No original: “Unter dem zweiten Aspekt wird die Debatte über die Unbestimmtheit des Rechts im Hinblick auf die Wertejudikatur des Bundesverfassungsgerichts fortgesetzt. Die Kritik richtet sich gegen ein vom Gericht ausgebildetes methodologisches Selbstverständnis, das die Orientierung an Prinzipien mit der Abwägung von Gütern gleichsetzt (II)”. (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 293).

¹²⁶ “Sob o terceiro aspecto, o papel do tribunal constitucional consiste, especialmente nos Estados Unidos, em proteger o procedimento democrático da legislação; trata-se da renovação de uma compreensão republicana, portanto não-instrumental, do processo político em seu todo (Seção III)”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1v., p. 299). No original: “Unter dem dritten Aspekt wird, insbesondere in den USA, die Rolle des Verfassungsgerichts darin gesehen, das demokratische Verfahren der Gesetzgebung zu schützen; dabei geht es um die Erneuerung eines republikanischen, also nicht instrumentellen Verständnisses des politischen Prozesses im ganzen (III)”. (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, pp. 293-294).

Por meio desses três aspectos ou críticas provenientes do pensamento liberal, procura Jürgen Habermas analisar em que medida a tarefa exercida pelos intérpretes da Constituição – a interpretação constitucional – não consistiria numa verdadeira usurpação de competência do poder legislativo por parte dos magistrados. Ele questiona até que ponto a interpretação constitucional é aceitável dentro do modelo Estado Democrático de Direito sem que ocorra efetivo comprometimento do princípio da separação dos poderes.

Para responder devidamente a esses questionamentos, é oportuno recordar que Habermas principia seu ensaio do capítulo VI de *Direito e Democracia* colocando em dúvida a própria imprescindibilidade dos tribunais constitucionais. Afinal, quando destaca que os tribunais constitucionais não seriam construções do intelecto humano por si só “auto-evidentes”, de certa forma coloca em dúvida o papel de tais instituições.

A existência de tribunais constitucionais não é autoevidente. Tais instituições não existem em muitas ordens do Estado de direito. E, mesmo onde eles existem – eu me restrinjo aqui à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões. E tais controvérsias constituem um indício da necessidade de clarificação, resultante do enfeixamento *institucional de funções*, que são nitidamente diferenciadas numa teoria da constituição¹²⁷.

Pode-se questionar o caráter autoevidente dos tribunais constitucionais primeiramente, porque a existência de tais órgãos não seria prevista em todos os Estados. E em segundo lugar, porque mesmo nas ordens constitucionais que prevêm a figura do tribunal constitucional, ainda assim perdurariam questionamentos acerca de sua estrutura, funções e limites.

O exame do leque de competências do Tribunal Constitucional alemão, parece corroborar uma vez mais tal compreensão. Conforme Habermas:

Os tribunais constitucionais preenchem normalmente várias funções ao mesmo tempo. E, mesmo que as suas diferentes competências converjam na tarefa de decidir autoritariamente questões de interpretação da constituição e,

¹²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1v., p. 298. No original: “Die Existenz von Verfassungsgerichten versteht sich nicht von sich selbst. Derartige Institutionen fehlen in vielen rechtsstaatlichen Ordnungen. Und dort, wo sie – wie in der Bundesrepublik und den USA, den beiden Länder, auf die ich mich beschränke – bestehen, sind ihre Stellung im Kompetenzgefüge der Verfassungsordnung und die Legitimität ihrer Entscheidungen umstritten. Die scharfsinnigen Kontroversen selbst sind ein Indiz für einen Klärungsbedarf, der durch die *institutionelle Bündelung verfassungstheoretisch gut zu unterscheidender Funktionen* mindestens veranlasst ist”. (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 292-293).

desta maneira, de proteger a coerência da ordem jurídica, o enfeixamento destas competências no quadro de uma instituição, sob pontos de vista de uma teoria constitucional, não é pura e simplesmente cogente. Se tomarmos como exemplo o Tribunal Federal Constitucional, poderemos distinguir três esferas de competência: as disputas entre os órgãos (inclusive as controvérsias entre a União e os Estados), o controle da constitucionalidade de normas jurídicas (nosso interesse estará dirigido especialmente às leis) e os recursos constitucionais¹²⁸.

O raciocínio habermasiano parece sugerir, senão a desnecessidade do tribunal constitucional, pelo menos que este possuiria competências que poderiam, perfeitamente, não lhes serem atribuídas pelo texto constitucional. Assim, o argumento daqueles que procuram conferir aspecto cogente ao papel do tribunal constitucional no Estado de Direito contemporâneo estaria equivocado, uma vez que a existência deste órgão jurisdicional não seria, por si só, autoevidente.

Sob outra perspectiva, poder-se-ia entender as palavras de Habermas como uma crítica ostensiva à supremacia do tribunal constitucional e de sua competência de “revisão constitucional”, o que colocaria em dúvida a qualidade da Justiça como última instância da moral da sociedade (lembrando-se das lições de Ingeborg Maus).

Nesse sentido, Habermas sugere que o reexame das decisões parlamentares poderia ser feito não por um tribunal propriamente dito, mas pelo próprio legislador democrático, organizado nos moldes de um tribunal, incluindo, para tanto, neste órgão juristas de formação aptos a proceder ao autocontrole de suas próprias decisões¹²⁹. Seria aquilo que Habermas designa “internalização da auto-reflexão sobre decisões próprias” que, ademais, teria, segundo

¹²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1v., p. 299. No original: “(I) Verfassungsgerichte erfüllen normalerweise mehrere Funktionen gleichzeitig. Obwohl die verschiedenen Kompetenzen in der aufgabe konvergieren, Interpretationsfragen der Verfassung autoritativ zu entscheiden und insoweit auch die Kohärenz der Rechtsordnung zu wahren, ist die Bündelung dieser Kompetenzen im Rahmen einer Institution unter verfassungstheoretischen Gesichtspunkten nicht ohne weiteres zwingend. Am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts lassen sich drei Kompetenzbereiche unterscheiden: die Organstreitigkeiten (einschliesslich der Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern), die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Rechtsnormen (wobei uns im folgendem vor allem Gesetze interessieren werden) und Verfassungsbeschwerden”. (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 294).

¹²⁹ “[...] É sempre útil considerar se o reexame desta decisão parlamentar também poderia dar-se na forma de um autocontrole do legislador, organizado em forma de tribunal, e institucionalizado, por exemplo, numa comissão parlamentar que inclui juristas especializados”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1v., p. 300). No original: “[...] Es ist immerhin einer Überlegung wert, ob nicht auch die Nachprüfung dieser parlamentarischen Entscheidung in der Form einer gerichtsförmig organisierten Selbstkontrolle des Gesetzgebers durchgeführt und beispielweise in einem (auch) mit juristischen Experten besetzten Parlamentsausschuss institutionalisiert werden könnte”. (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 295).

ele, a vantagem de produzir “incremento da racionalidade do processo de legislação”¹³⁰. Afinal, o conteúdo normativo dos princípios constitucionais poderia ser preservado, uma vez que questões de natureza ética e moral não estariam sujeitas a serem redefinidas.

2.6.2 O conceito de direito na visão habermasiana

Para compreender o papel que Habermas procura conferir à jurisdição constitucional e ao órgão mais importante para sua realização, o tribunal constitucional, é imprescindível que se façam algumas considerações sobre conceitos básicos do pensamento habermasiano. Dentre eles, o conceito de direito de afigura entre os mais relevantes.

Na teoria de Habermas, o direito não é visto como um sistema funcional¹³¹ – afinal, para este autor, existiriam apenas dois sistemas, o dinheiro e o poder político –, mas como um “meio de controle” que possibilita a comunicação entre dinheiro e poder político. Nesse sentido, seria uma espécie de tradutor ou instrumento do dinheiro e do poder político. Simultaneamente serviria, também, para limitar a influência dos meios “dinheiro” e “poder político” no mundo da vida¹³² (este, na teoria habermasiana do agir comunicativo, entendido como o horizonte do agir comunicativo ou seu pano de fundo, *Hintergrund*).

Até chegar à concepção do direito como instrumento, poder-se-ia, talvez, falar de algumas fases do conceito de direito para Habermas e, sobre o desenvolvimento do pensamento jurídico habermasiano, ensina Marcelo Neves em sua obra *Entre Têmis e Leviatã*:

É possível afirmar que se verificou um desenvolvimento do pensamento jurídico habermasiano de uma concepção que enfatizava o aspecto instrumental-sistêmico do direito, passando por um modelo que, apesar de considerar as duas dimensões, a sistêmica e a do mundo da vida, não lhes revela a conexão para chegar ao modelo que apresenta o direito como “transformador” entre sistema e mundo da vida¹³³.

¹³⁰ *Idem*, p. 295.

¹³¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 107.

¹³² “Habermas toma o conceito de mundo da vida da filosofia posterior de Edmund Husserl. Alfred Schütz introduziu esse conceito na sociologia. O mundo da vida se distingue pelas três características: 1) Ele é dado incontestavelmente aos sujeitos viventes, de modo que nem sequer possa ser problematizado, mas eventualmente possa demonstrar. 2) Os seus pontos em comum estão adiante de qualquer dissenso possível. Ele não pode se tornar controverso na forma de conhecimento intersubjetivamente partilhado, mas no máximo decompor-se. 3) Situações mudam, as fronteiras do mundo da vida, porém, são intransponíveis e formam um contexto por princípio inesgotável. O conceito contém um paradoxo na medida em que o conhecimento do mundo da vida “só transmite a sensação de certeza absoluta porque ainda não se sabe dele”. O conceito oposto a ‘mundo da vida’ é ‘sistema’”. (REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 55).

¹³³ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 108.

Não se pretende aqui discorrer pormenorizadamente sobre cada uma dessas “fases” de desenvolvimento do direito no pensamento habermasiano. O próprio Habermas revisitou muitas vezes algumas dessas fases, fazendo novas reflexões, o que deixa em aberto a exatidão e a delimitação existente entre cada uma delas.

O que se deve compreender, no entanto, é que a concepção habermasiana do direito – que muito deve ao pensamento kantiano e kelseniano – compreende o direito em uma posição central. Ele se afirma como norma por meio da coerção. Além disso, enquanto norma merece ser reconhecida por todos os seus destinatários. Não obstante, o direito, na concepção habermasiana, encontra-se intensamente relacionado à moral, uma vez que, para Habermas, a ordem jurídica somente é legítima se estiver de acordo com os princípios morais. Nesse sentido, a sua obra recupera o pensamento kelseniano, sendo-lhe contrária, todavia, no que diz respeito ao relativismo moral.

2.6.3 Autonomia pública e autonomia privada

A discussão sobre a autonomia pública e autonomia privada é ponto importante da obra *Direito e democracia*. É um reflexo evidente da questão que se espalha por toda a obra acerca da facticidade e validade do direito ou entre a positividade e a legitimidade deste. Também, exprime-se na oposição de dois importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito, isto é, os direitos humanos e o princípio da soberania do povo. Conciliar as duas formas de autonomia é um desafio, porque implica, também, conciliar direitos humanos e soberania do povo que, apesar da aparente concorrência¹³⁴, possuiriam “afinidades”, conforme o entendimento habermasiano. Nesse intento, Habermas procura ir além do pensamento clássico de Kant e Rousseau, buscando alcançar o sucesso, onde os dois teriam falhado, recorrendo, para tanto, ao conceito da cooriginaridade.

2.6.3.1 O conceito de autonomia jurídica e sua bipartição

Entende-se autonomia jurídica como a representação das “liberdades para autocondução da vida humana definidas por direitos subjetivos portados por cidadãos de

¹³⁴ “As tradições políticas surgidas nos Estados Unidos e caracterizadas como ‘liberais’ e ‘republicanas’ interpretam os direitos humanos como expressão de uma autodeterminação moral e a soberania do povo como expressão de auto-realização ética. Nesta perspectiva, os direitos humanos e a soberania do povo não aparecem como elementos complementares, e sim, concorrentes”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1v, p. 133.)

comunidades jurídicas específicas”¹³⁵. Tomando como referencial essa definição, devem-se buscar os conceitos derivados de “autonomia pública” e “autonomia privada” surgidos a partir do desdobramento da concepção originária de autonomia jurídica. Como aponta Felipe Gonçalves Silva:

[...] os desenvolvimentos do pensamento jurídico-filosófico moderno produziram uma cisão do conceito de autonomia jurídica a fim de alcançar tanto a liberdade para os cidadãos decidirem sobre as normas que regulam o comportamento de todos os membros de suas respectivas comunidades, como também a liberdade para decidir sobre a orientação que darão a suas próprias vidas individuais. Nos termos de Habermas, a autonomia jurídica distingue-se na modernidade em autonomia *pública* e *privada* para referir-se a esferas da vida social distintas, mas igualmente carentes de proteção¹³⁶.

Conforme a teoria do discurso de Habermas, compreende-se a autonomia privada como um conjunto de liberdades de cunho individual que assegura os indivíduos contra a ação do Estado e de seus pares. Tratar-se-ia de “uma igual distribuição de liberdades de ação entre os sujeitos de direito” que teria como função precípua assegurar o livre arbítrio (liberdade para agir sem necessidade de justificar-se perante os outros membros da comunidade), tudo isto dentro de um determinado contexto ético-cultural.

A autonomia pública na visão habermasiana seria caracterizada como a liberdade de “agir conforme seu arbítrio pessoal e para configurar um projeto de vida autônomo nos limites de seus direitos subjetivos”¹³⁷. A sua faceta mais aparente seria perceptível na liberdade dos indivíduos de se autogovernarem.

A bipartição do conceito de “autonomia jurídica” decorrente do desenvolvimento do pensamento jus-filosófico produziu simultaneamente a tensão entre as duas esferas de autonomia, identificável na oposição entre liberalismo e republicanismo ou no “par de opostos” direitos fundamentais e soberania do povo.

¹³⁵ SILVA, Felipe Gonçalves. A solidariedade entre público e privado. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 91.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 92.

¹³⁷ SILVA, Felipe Gonçalves. A solidariedade entre público e privado. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 107.

2.6.3.2 Liberalismo e republicanism

A polêmica sobre a prevalência da autonomia pública (política) ou da autonomia privada – de uma frente à outra – é representada no confronto entre as duas correntes ideológicas liberal e republicana¹³⁸. Sobre as duas vias de pensamento observa Habermas:

¹³⁸ O liberalismo surgiu como corrente de pensamento político-filosófica dominante no início do século XIX e, aparentemente, predominou nos últimos dois séculos de forma quase inteiramente soberana. Seu mote principal, de então, era de que “nada pode ser bom ou ruim a não ser que seja bom ou ruim para os indivíduos”. Sobre isso, esclarece János Kis: “Quando se afirma que algo é bom somente na sua linha derivativa; no sentido, de que algo é bom para cada membro da comunidade, ou de que é bom para alguns de seus membros, enquanto não é ruim para ninguém; ou de que, apesar de ser bom para alguns de seus membros e ruim para outros, os benefícios superam os males e a distribuição dos males e benefícios não é injusta para ninguém. Chamemos isso de tese do *individualismo ético*”. No original: “When claiming that something is good only in a derivative fashion; in the sense, that is, that something is good for every member of a community, or that it is good for some of its members while it is not bad for any one; or that even though it is good for some and bad for others, the goods outweigh the bads and the distribution of harms and benefits is not unfair to anyone. Let us call this the thesis of *ethical individualism*”. (*Idem*, p. 3-4). Esse “individualismo ético” característico do liberalismo significava, basicamente, que os indivíduos deveriam assumir a responsabilidade por suas vidas e pela forma como as conduziam. Por meio dessa compreensão, qualquer arranjo político deveria assegurar a maior liberdade possível aos indivíduos, de forma a permitir que esses pudessem alcançar o seu próprio bem. Além disso, as suas liberdades deveriam ser protegidas em face dos outros indivíduos. Essa consequência do individualismo ético é denominada “liberdade negativa”. Essa perspectiva de dado arranjo estatal valorizava o papel que os indivíduos desempenhavam nas suas vidas particulares em detrimento daquele desempenhado nos assuntos de interesse coletivo. Por meio dela chega-se ao conceito de “disponibilidade política limitada. Outro conceito relevante a que se chega, a partir da compreensão do que vem a ser o individualismo ético, é aquele de “economizar na virtude”. Trata-se de definição que identifica uma ordem política como boa, não pelo fato de demandar maior participação dos indivíduos nos assuntos políticos, mas pelo fato de “não exigir ativismo público permanente e vigilante dos seus cidadãos”. Como elucida János Kis: “[...], o funcionamento apropriado de uma ordem política deve ser independente não somente da prontidão de todos para devotarem todo seu tempo a participar de assuntos públicos. Não deveria mais depender da prontidão dos cidadãos para subordinarem seus objetivos pessoais aos interesses da comunidade sempre que tomarem decisões. As regras institucionais devem ser tão específicas de forma a prover os indivíduos com os respectivos incentivos para observá-los na maioria das situações previstas, sendo o interesse próprio um motivo mais seguro e mais confiável que a identificação com o interesse dos outros. Tais regras são necessárias de forma a resultar no maior bem comum possível, enquanto permite a cada indivíduo ser guiado pelo próprio interesse. Chame-se isso (junto com a alegação de que uma boa ordem política não requer o ativismo público permanente e vigilante de seus cidadãos) a tese de *economizar na virtude*”. No original: “[...], the proper functioning of a polity must be independent not only from everyone’s readiness to devote all their time to participating in public affairs. It should no more depend on the citizens’ readiness to subordinate their private goals to the interests of the community whenever they make decisions. Institutional rules must be so specified as to provide individuals with self-regarding incentives to observe them in the most of the typical situations, self-interest being a safer, more reliable motive than identification with the interest of others. Such rules are needed, therefore, that yield the greatest possible common good while allowing each individuals to be guided by self-interest. Call this (together with the contention that a good polity order does not require the permanent, vigilant public activism of its citizens) the thesis of the *economizing on virtue*”. (*Idem*, p. 4-5). O liberalismo rejeita basicamente os pressupostos básicos da doutrina republicana, isto é, a ideia de que qualquer objetivo político deveria ter como finalidade última alcançar o bem comum e de que o bem comum somente pode ser alcançado, quando as ações individuais são motivadas por aquilo que se designa “virtude cívica”. Enquanto, como já se afirmou, nos últimos séculos parece ter havido um predomínio marcadamente majoritário da corrente liberal, experimentou-se a partir de meados do século XX um renascimento e fortalecimento do pensamento republicano. Juntamente com o renascimento do republicanism surgem as críticas ao pensamento liberal ao qual são atribuídas muitas das fraquezas e debilidades dos governos e dos Estados atuais. O republicanism resgata o ideal de coletividade, que implica no rompimento com muitas das teses do liberalismo. Mais do que isso, trata-se de “revigoração da democracia”, como aponta János Kis. Estaria o republicanism atual a

O *republicanismo*, que remonta a Aristóteles e ao humanismo político da Renascença, sempre deu primazia à autonomia pública dos cidadãos do Estado, em comparação com as liberdades das pessoas em particular que antecedem à política. O *liberalismo*, que remonta a Locke, conjurou o perigo das maiorias tirânicas e postulou uma primazia dos direitos humanos. Em um dos casos, a legitimidade dos direitos humanos se deveria ao resultado de um autoentendimento ético e de uma autodeterminação soberana de uma coletividade política; no outro caso, os direitos humanos, já em sua origem, constituiriam barreiras que vedariam à vontade do povo quaisquer ataques a esferas de liberdade subjetivas e intocáveis¹³⁹.

No debate americano, por exemplo, poderia ser identificada “uma tensão entre o domínio impessoal das leis, fundadas em direitos humanos naturais e auto-organização espontânea de uma comunidade, a qual se outorga suas leis através da vontade soberana do povo”¹⁴⁰. Essa discussão identificada por Habermas, a partir de Michelman, poderia ser solucionada tanto em um, como noutro sentido. Para os liberais, deveria se conceder primazia aos direitos humanos, uma vez que garantiriam “as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político”. Para os representantes do pensamento republicano, a questão deveria ser resolvida favoravelmente ao princípio da soberania do povo que “dão destaque ao valor próprio, não-instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos”.

Basicamente, o que ocorre é que o liberalismo pressupõe que os direitos fundamentais, base da autonomia privada, devem se sobrepor ao princípio da soberania do povo, a base respectiva da autonomia pública. O republicanismo, no sentido inverso, propugna a soberania do povo como fator maior a ser considerado, em relação aos direitos humanos que “só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente”.

Com o propósito de harmonizar as duas esferas de autonomia, Habermas utiliza-se do argumento da cooriginaridade (relação de complementaridade entre autonomia privada e pública, isto é, uma não pode pretender se impor em relação à outra). Dessa forma, ele procura alcançar objetivo que não fora alcançado nem por Kant, nem por Rousseau, que apenas aproximaram os conceitos de direitos humanos e soberania do povo, sem, contudo, entrelaçá-los simetricamente. Segundo Habermas, os dois eminentes pensadores não teriam logrado sucesso nessa tarefa, porquanto não vislumbraram que “o visado nexos interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um modo de exercício

valorizar novamente os assuntos políticos em detrimento dos assuntos de natureza individual e privada dos indivíduos? Ou seria um republicanismo com viés liberal (se é que se pode colocar dessa maneira)?

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 299.

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1v., p. 133.

da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não através da forma das leis gerais”¹⁴¹.

2.6.3.3 O argumento da cooriginaridade

Habermas acredita que, para que seja possível exercer adequadamente a autonomia pública, que se concretiza efetivamente por meio dos direitos políticos, os indivíduos devem gozar concomitantemente de independência e liberdade na esfera privada (autonomia privada). Mas, para que isso ocorra, devem os indivíduos fazer uso simultaneamente da autonomia pública¹⁴². Dessa forma, Habermas procura colocar em pé de igualdade, no âmbito do Estado Democrático de Direito, direitos humanos e soberania do povo.

Interpretando a obra habermasiana e o entendimento deste autor sobre a ideia de cooriginaridade (ou cooriginalidade, conforme tradução extraída da obra de Marcelo Neves), Marcelo Neves anota que:

Na análise da relação entre autonomia privada e autonomia pública, Habermas segue a interpretação dominante do pensamento de Kant e Rousseau no sentido de que, neles, os direitos humanos moralmente fundamentados e o princípio da soberania do povo estariam em uma “relação inconfessada de concorrência”. Em seguida, rejeita a subordinação do princípio do direito ao princípio (da autonomia) moral, como também sua restrição ao princípio democrático. Dessa maneira, sem desconhecer a tensão entre autonomia privada e autonomia pública, enfatiza, no seu estilo reconstrutivo, “a afinidade entre soberania do povo e direitos humanos e, portanto, a cooriginalidade de autonomia política e privada” ou “a relação de pressuposição recíproca” entre ambas¹⁴³.

¹⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1v., p. 137.

¹⁴² “[...] a ideia dos direitos humanos, vertida em direitos fundamentais, não pode ser imposta ao legislador soberano a partir de fora, como se fora uma limitação, nem ser simplesmente instrumentalizada como um requisito funcional necessário a seus fins. Por isso, consideramos os dois princípios como sendo, de certa forma, cooriginários, ou seja, um não é possível sem o outro. Além disso, a intuição da ‘cooriginaridade’ também pode ser expressa de outra maneira, a saber, como uma relação complementar entre autonomia privada e pública. Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem uso *adequado* de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os ‘cidadãos da sociedade’ (*Gesellschaftsbürger*) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (*Staatsbürger*), fizerem uso adequado de sua autonomia política – uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o ‘mesmo valor’”. (HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155).

¹⁴³ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 115.

Habermas, na sua tarefa de equiparar por meio do argumento da cooriginaridade direitos humanos e soberania do povo – os quais ele associa respectivamente à autodeterminação moral e autorrealização ético-política – “afasta-se tanto do modelo ‘liberal’ quanto do modelo ‘republicano’ (ou comunitarista), que, sobretudo, na discussão constitucional norte-americana, atribuem primazia, respectivamente, ao princípio da autonomia privada ou ao da autonomia pública, à liberdade negativa ou à positiva”¹⁴⁴.

Porém, o que chama a atenção, de fato, no seu argumento acerca da cooriginaridade é que ele acaba por conferir um peso muito superior aos princípios de ordem moral que são a base da autonomia privada, ponto este que sujeita a teoria habermasiana a críticas¹⁴⁵.

2.7 Dworkin e a revisão judicial (*judicial review*)

A teoria da decisão judicial proposta por Ronald Dworkin é também uma crítica ao positivismo jurídico, que confere aos juízes poder discricionário para decidir os denominados “casos difíceis” por meio, do que para ele seria, na verdade, legislação de novos direitos jurídicos (*new legal rights*)¹⁴⁶.

Dworkin procura demonstrar que “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter direito de ganhar a causa”. Com isso ele quer afirmar que os juízes não necessitam “inventar direitos retroativamente”. Essa sua compreensão da atividade interpretativa dos magistrados procuraria adequar o instituto da *judicial review* com o modelo democrático, uma vez que, ao recorrer aos princípios, os juízes estariam atuando dentro dos limites que lhes são atribuídos para decidir corretamente.

Ao tecer comentários sobre o pensamento de Dworkin, procura-se fazer retrospecto do processo de evolução da revisão constitucional na história americana, uma vez que, não é possível ignorar o papel preponderante desempenhado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que há muitos anos exerce o controle das leis de forma incontestada, dado o manto de sacralidade, com o qual se reveste desde os princípios do federalismo americano. As ideias de

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 116.

¹⁴⁵ Felipe Gonçalves Silva identifica dois grupos de críticas à tese habermasiana da cooriginaridade. O primeiro seria formado “por aqueles que defendem o não cumprimento da pretendida harmonização entre autonomia pública e autonomia privada (a) e por aqueles que, tendo observado o cumprimento de tal projeto, defendem que a referida harmonização anula a proteção jurídica específica de cada um desses princípios normativos (b)” (SILVA, Felipe Gonçalves. A solidariedade entre público e privado. In: NOBRE, Marcos (org.); TERRA, Ricardo (org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 127.

Dworkin, conquanto críticas sob muitos aspectos, encerrariam a herança dessa compreensão histórica.

2.7.1 A evolução da *judicial review* nos Estados Unidos

Antes de explorar o pensamento de Ronald Dworkin e, em certo sentido, a defesa que este faz da jurisdição constitucional e da *judicial review*, é importante compreender este “mecanismo de revisão das leis” como um elemento fundamental da cultura jurídica americana¹⁴⁷. Esse caráter fundamental da *judicial review* fica evidente nas palavras de Garcia de Enterria, quando recorda a origem dessa técnica proveniente do direito costumeiro inglês¹⁴⁸

¹⁴⁷ “[...] Embora não se encontre referência expressa no texto da Constituição norte-americana, a evolução do constitucionalismo naquele país acabou por reconhecer aos tribunais o poder de afastar a aplicação de quaisquer atos normativos por serem manifestamente contrários à Constituição, revisando, portanto, a compatibilidade de tais atos com o texto constitucional. Instituiu-se o chamado *judicial review*, situando-se o poder de realizar o controle da constitucionalidade dos atos estatais no âmbito de competência do Poder Judiciário.

A introdução do controle de constitucionalidade, bem como o seu exercício por parte do Poder Judiciário, foi objeto de controvérsia já durante o processo de elaboração da Constituição dos Estados Unidos. Já se tinha notícia, àquela época, de práticas similares – embora não fossem usuais nem institucionalizadas – que, de certo modo, influenciaram os norte-americanos.

Presente estava na mente dos constituintes daquele país o famoso *Dr. Bonham case*, em que Sir Edward Coke asseverou de modo eloquente a controlabilidade dos atos do Parlamento inglês. Houve, ademais, durante o período colonial, uma espécie de controle das leis editadas pelas assembleias coloniais pelo *Privy Council* em Londres, de modo a verificar a sua conformidade com o Direito da Inglaterra. Já após a independência foram proferidas nas ex-colônias decisões judiciais em que foram invalidados atos editados pelos legislativos estaduais em razão de violação de preceitos da Constituição. Já se tinha presente, portanto, à época do processo constituinte norte-americano, a ideia do *judicial review*.

Ainda durante o processo constituinte dos Estados Unidos, também foram apresentadas propostas alternativas ao *judicial review*. Ressalta, nesse sentido, a proposição formulada pelo grupo liderado por James Madison. Sustentava-se a instituição de um conselho de revisão das leis, composto por membros do Executivo e do Judiciário, que teria poder de veto em relação aos atos editados pelo Congresso americano antes que entrassem em vigor.

A rejeição dessa proposição, porém, apresenta nota evidenciadora do reconhecimento, por parte dos constituintes norte-americanos, do papel do Poder Judiciário na fiscalização da regularidade constitucional dos atos estatais. Durante os debates, registram-se expressas manifestações de contrariedade à proposta do grupo de Madison em razão do poder dos tribunais de inaplicarem leis que violassem a Constituição, afirmando-se que caso a proposição fosse acatada, os juízes teriam dupla oportunidade de afastar as leis aprovadas pelo Congresso”. (LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19-20).

¹⁴⁸ Tradução livre do texto: “[...] a técnica da *judicial review*, que provém do *common law* inglês, de sua posição precisamente central como “Direito comum”, desde a qual o Direito comum pode exigir contas aos *statutes*, às leis, como normas puramente singulares ou excepcionais que são, que penetram em um Direito comum já constituído. Esta técnica de predomínio do *common law* sobre as leis ou estatutos é o que, todavia, hoje no sistema inglês, que não conhece a técnica de constitucionalidade das leis por motivos que imediatamente vamos ver, segue-se chamando *the control of the common law over statutes*, isto é, o princípio interpretativo básico por virtude do qual o Direito comum situa dentro do sistema que ele representa e normalmente com critérios restritivos todas as normas singulares ditas pelo legislativo, posto que o *common law* em sua essência não é um direito legislado, como bem se sabe. Desde essa posição de superioridade do *common law* sobre os estatutos, sobre as leis do parlamento, já em princípios do século XVII o grande juiz Coke tentou plasmá-lo em algumas sentenças, sobretudo, na famosa *Bonham’s case* de 1610, um controle não já sobre o alcance e a interpretação das leis parlamentares, mas sobre a validade destas leis, implicando, por conseguinte,

e que teve como primeiro passo para seu acolhimento nos Estados Unidos a Constituição americana de 1787. Ainda que não se fizesse menção expressa ao controle de constitucionalidade, a Constituição de 1787 já trazia o princípio de que a Constituição seria o “supremo direito sobre a terra”, o que terminava por vincular os juízes a esta “*supremacy clause*”, como observa Garcia de Enterría. Tratava-se, portanto, de uma semente para que em seguida se desenvolvesse e se aperfeiçoasse o controle das leis por meio da revisão judicial.

Assim, é possível visualizar as origens da *judicial review* (ainda que esta designação não fosse utilizada) mesmo antes do paradigmático caso *Marbury versus Madison* (1803) comumente apontado como sua certidão de nascimento¹⁴⁹. Alexander Hamilton já nos

a eventual anulação das mesmas por contrárias aos princípios fundamentais do sistema, considerados como expressão do direito natural (*the common law will control acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void*; e em outro lugar da mesma sentença, faz-se um equiparação expressa entre *common law* y *natural equity*, correlativa a sua vez de *iura naturae*, que são *inmutabilia*: são termos literais deste caso capital que conhecem e utilizam os juristas americanos da independência). Mas esta tese veio a perecer no Direito inglês, no desenvolvimento constitucional posterior, que veio a fazer do dogma da soberania do Parlamento e o Rei um princípio central da Constituição inglesa, do que concluirá derivando a correlativa imunidade judicial das leis. No original: “[...] la técnica de la *judicial review*, que proviene del *common law* inglês, de su posición precisamente central como “Derecho común”, desde la cual el Derecho común puede exigir cuentas a los *statutes*, a las leyes, como normas puramente singulares o excepcionales que son, que penetran en un Derecho común ya constituido. Esta técnica de predominio del *common law* sobre las leyes o estatutos es lo que todavía hoy en el sistema inglés, que no conoce la técnica de la constitucionalidad de las leyes, por motivos que inmediatamente vamos a ver, se sigue llamando *the control of the common law over statutes*, es decir, el principio interpretativo básico por virtud del cual el Derecho común situa dentro del sistema que él representa, y normalmente con criterios restrictivos, todas las normas singulares dictadas por el legislativo, puesto que el *common law* en su esencia no es un derecho legislado, como bien es sabido. Desde esa posición de superioridad del *common law* sobre los estatutos, sobre las leyes del Parlamento, ya a principios del siglo XVII el gran juez Coke intento plasmar en algunas sentencias, sobretudo en la famosa del *Bonham’s case*, de 1610, un control no ya sobre el alcance y la interpretación de las leyes parlamentarias, sino sobre la validez misma de esta leyes, implicando por consiguiente, la eventual anulación de las mismas por contrarias a los principios fundamentales del sistema, considerados como expresión del derecho natural (*the common law will control acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void*; y en otro lugar de la misma sentencia se hace una equiparación expresa entre *common law* y *natural equity*, correlativa a su vez de *iura naturae*, que son *inmutabilia*: son términos literales de este caso capital fallo, que conocen y utilizan los juristas americanos de la independencia). Pero esta tesis va a perecer en el Derecho inglés, en el desarrollo posterior constitucional, que va a hacer del dogma de la soberanía del Parlamento, forjado al hilo de la lucha entre el Parlamento y el Rey, un principio central de la Constitución inglesa, de lo que concluirá derivándose la correlativa inmunidad judicial de las leyes” (ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, p. 124-125).

¹⁴⁹ Tradução livre do texto: “Pela primeira vez, nessa famosa sentença, anula-se uma lei federal, partindo da observação elementar que faz o juiz MARSHALL de que quando uma lei se encontra em contradição com a Constituição a alternativa é muito simples: ou se aplica a lei, em cujo caso não se aplica a Constituição, ou se aplica a Constituição, o que obriga que não se aplique a lei; ele opta por esta segunda solução naturalmente que julga *the very essence of judicial duty*, sobre a base do que, já antes, Hamilton, em *The Federalist*, havia chamado, e que irá ficar mais adiante estabelecido como um princípio capital do Direito público norte-americano, a obrigação mais forte, a vinculação mais forte do juiz à Constituição (*higher, superior obligation*)”. No original: “[...] Por primera vez en esa famosa sentencia se anula una ley federal, partiendo de la observación elemental que hace el juez MARSHALL de cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución la alternativa es muy simple: o se aplica la ley, en cuyo caso se inaplica la Constitución, o se aplica la Constitución, lo que obliga a inaplicar la ley; él opta por esta segunda solución, naturalmente, que juzga *the very essence of judicial duty*, sobre la base de lo que ya antes HAMILTON, en *The Federalist* había llamado, y va a quedar en adelante establecido como un principio capital de Derecho público norteamericano, la obligación más fuerte, la vinculación más fuerte del juez a la Constitución (*higher, superior obligation*)”.

Federalist Papers teria propugnado pela adoção da *judicial review* ao louvar, sobretudo, o papel do judiciário como instância neutra na resolução de conflitos, destacando, até mesmo a fraqueza deste em relação aos demais poderes, o que deporia contra o órgão judiciário para exercer o controle de constitucionalidade das leis. No entanto, a ressalva desta fraqueza teria o propósito inverso de conferir ao judiciário o exercício do controle, com base na concepção de que este estaria menos apto a imiscuir-se nos demais poderes ou mesmo de violar os dispositivos constitucionais.

A suposta fraqueza atribuída ao poder judiciário seria exatamente a característica que legitimaria esse ramo do poder a controlar a legalidade das normas jurídicas, conforme nos indica a leitura do trecho extraído da obra de Alexander Hamilton:

Quem considerar atentamente os diferentes departamentos do poder deve perceber que em um governo no qual eles estejam separados um do outro, o judiciário, pela natureza de suas funções, sempre será o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição; porque será menor em capacidade para importunar ou ferir os outros poderes. O executivo não somente não dispensa honras como detém a “espada” da comunidade. O legislativo não apenas comanda as finanças, como, também, prescreve as regras pelas quais os direitos e deveres de cada cidadão são regulados. O judiciário, ao contrário, não tem influência nem sobre a “espada” ou sobre as finanças; nem direção sobre a força ou sobre a prosperidade da sociedade e não pode tomar nenhuma resolução ativa, qualquer que seja. Pode-se dizer verdadeiramente que ele não tem FORÇA ou QUERER, mas meramente julgamento; e deve, em última instância, depender da colaboração do executivo, até mesmo para a eficácia de seus julgados.

A simples visão do assunto sugere diversas consequências importantes. Prova incontestavelmente que o judiciário é, fora de comparação, o mais fraco dos três poderes; que não pode jamais atacar com sucesso nenhum dos outros dois ramos; e que todo cuidado possível é requisito para permitir que ele se defenda contra o ataque desses outros poderes. É provado igualmente que embora a opressão individual possa agora e sempre proceder dos tribunais de justiça, a liberdade geral das pessoas não pode ser nunca colocada em perigo por parte daí. Quero dizer, enquanto o judiciário permaneça verdadeiramente distinto tanto do legislativo, quanto do executivo¹⁵⁰.

(ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, p. 126).

¹⁵⁰ Tradução livre do texto. No original: “Whoever attentively considers the different departments of Power must perceive that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honors but only commands the purse but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society, and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.

The simple view of the matter suggests several important consequences. It proves incontestably that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power, that it can never attack with

O trecho retirado dos *The Federalist Papers* é bastante eloquente. Na sua parte final, que será retomada mais adiante, quando tratarmos de forma mais objetiva do equilíbrio de poderes e da extrafuncionalidade judicial ao assumir funções tipicamente legislativas, será possível perceber a perspicácia de Alexander Hamilton, quando percebe que, à medida que o judiciário avança sobre funções eminentemente legiferantes, estará desnaturando sua função originária, perdendo seu caráter de neutralidade e oferecendo riscos aos demais poderes.

Não deixa de surpreender o fato de que tal assertiva possua alguns séculos de existência. Além disso, Hamilton traria a ideia da Constituição como “ato de delegação popular”¹⁵¹. Ou seja, de que ela funcionaria como uma forma derradeira do povo conferir legitimidade aos órgãos estatais para exercício do poder, uma vez que não estaria apto a exercer a função de juiz de si mesmo. Hamilton via, também, semelhanças entre essa delegação de poderes e a função dos magistrados, quando realizavam a aferição de legalidade de normas em conflito. Daí, concluir-se no sentido de que este autor federalista já divisara a ideia de que se fazia necessário estabelecer mecanismo como o que ficaria conhecido, posteriormente, como *judicial review*.

success either of the two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks. It equally proves that through individual oppression may now and then proceed from the courts of justice, the general liberty of the people can never be endangered from that quarter; I mean so long as the judiciary remains truly distinct from both the legislature and the executive”. (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. London: Sinet Classic, 2003, p. 464-465).

¹⁵¹ “[...] Entende o autor que a Constituição configura um mandato conferido pelo povo a seus representantes – Legislativo e Executivo. Teria o povo norte-americano elaborado um ato de delegação de poderes – denominado Constituição – em que consta um conjunto de determinações de observância obrigatória a seus mandatários – aos corpos legislativo e executivo. Não seria plausível, desse modo, que os próprios mandatários fossem aqueles que tivessem o poder de verificar a observância do ato delegatório. Seriam, no dizer de Hamilton, os *juízes constitucionais dos próprios poderes*.

Em segundo lugar, Hamilton vislumbra extrema semelhança entre a função de controlar a constitucionalidade das leis e a natureza da função jurisdicional. Afirma o autor que a identificação do direito aplicável, quando duas leis encontram-se em conflito, afigura-se tarefa própria dos tribunais. Nesse sentido, é comum no âmbito do Poder Judiciário a prática de dar aplicação à lei mais recente em detrimento da mais antiga, caso não haja meios de conciliá-las, ainda que tal decisão não encontre o embasamento em qualquer ato normativo formal. Deduz Hamilton que a antinomia entre um ato normativo expedido por uma autoridade superior e um expedido por uma autoridade subordinada deve ser solucionada, preferindo o ato do poder originário – superior – ao do poder instituído – subordinado. Ademais, ao considerar a Constituição como lei fundamental, Hamilton conclui que caberá aos juízes dar-lhe significado tal como fazem com as demais leis, pois *a interpretação das leis é a própria e peculiar província dos tribunais*.

O terceiro fundamento diz respeito à posição do Poder Judiciário na estrutura político-estatal norte-americana. Como se sabe, diz-se que o modelo político adotado nos Estados Unidos sofreu forte influência da obra de Montesquieu. Em relação ao Poder Judiciário, algumas de suas lições encontram-se expressamente reproduzidas nos *Federalist Papers*. Assim, na esteira do pensamento do autor francês, Hamilton denuncia a fragilidade política do judiciário afirmando que os juízes não têm poder *nem sobre a espada nem sobre a bolsa* – fatores controlados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Exatamente por serem inofensivos e, ao mesmo tempo, independentes dos demais poderes, é que Hamilton entende apropriado atribuir-se aos tribunais o controle de constitucionalidade dos atos editados pelos poderes públicos”. (LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 22-23).

Naturalmente, o marco oficial para a introdução do mecanismo da *judicial review* foi o caso emblemático *Marbury v. Madison*, pelo qual o *Chief Justice* Marshall inaugurou a prática de controle de legalidade das normas. Detentor de uma visão peculiar de como o Estado e a Justiça americanos deveriam funcionar¹⁵², Marshall, um fiel defensor do direito de propriedade – fora um leitor voraz da obra *A riqueza das nações*, de Adam Smith –, e viu na sua função jurisdicional, também uma forma de assegurar esse direito¹⁵³. Aqueles contra os quais Marshall acreditava ser necessária uma Justiça mais forte eram, justamente, as

¹⁵² Tradução livre do texto: “[...] Sua visão de como a República americana deveria funcionar era clara e consistente. Ele havia lido o livro *Reflexions on the Revolution in France* de Edmund Burke logo que fora publicado na América e ele havia inspirado nele mudança repentina contra as massas que duraria até seus últimos dias de vida. As pessoas poderiam nem sempre constituir uma turba. Porém, elas deveriam ser sempre desacreditadas como uma força política sem limites. O papel da Constituição, por isso, era limitar as pessoas. Na análise de Marshall, o poder popular na América cabia essencialmente aos estados, porque eles haviam sido os primeiros, ao longo de toda sua vida, que haviam concedido direitos às massas. Consequentemente, ele não era apenas um federalista, mas um centralista, que pensou que o papel primário do governo geral era equilibrar o poder das massas que estava latente nos estados. A Constituição poderia não ter dito isto explicitamente. Mas, o pensamento estava implícito nas suas provisões, e era papel e função do judiciário federal revelar os mistérios escondidos da constituição por meio de suas decisões”. No original: “[...] His view of how the American Republic should function was clear and consistent. He had read Edmund’s Burke’s *Reflections on the Revolution in France* as soon as it was published in America and it inspired in him a healthy revulsion against the mob which lasted till his dying day. The people might not always constitute a mob. But they were always to be distrusted as an unfettered political force. The role of the Constitution therefore was to fence the people in. In Marshall’s analysis, the popular power in America was essentially vested in the states, for they had been the first, in his own lifetime, to enfranchise the masses. Hence he was not only a federalist but a centralist, who thought the primary role of the general government was to balance the power of the mob which was latent in the states. The Constitution may not have said this explicitly. But the thought was implicit in its provisions, and it was the role and duty of the federal judiciary to reveal the hidden mysteries of the Constitution by its powers of interpretation”. (JOHNSON, Paul. *A History of the American People*. New York: Harper Perennial, 1998, p. 237).

¹⁵³ Tradução livre do texto: “[...] Marshall reverenciava a *Riqueza das nações* de Adam Smith. Ele estava mais próximo de seu espírito que Hamilton, acreditando que o Estado deveria ser cauteloso ao interferir no processo natural da economia. Deixados consigo mesmos, e com a lei mantendo o controle de forma que todos estivessem livres para exercer o máximo de seus poderes, homens e mulheres trabalhadores eram capazes de, sem auxílio, frutificar os vastos recursos da América e de fazê-la o país mais rico do mundo. Era o capitalismo, não o Estado, que iria conquistar, domesticar e plantar no Vale do Mississipi e ainda mais ao oeste. Tudo que se requeria era somente uma estrutura legal justa, sensata e consistente, de forma que os empreendedores pudessem investir seu capital e habilidades com confiança. Marshall não relutava como Taylor em reconhecer a propriedade ‘artificial’. Era o mercado e não o sentimento que definia a prosperidade, contanto que fosse adquirida honestamente. Era função da corte, dessa forma, interpretar a Constituição de modo que os direitos de propriedade fossem, em todas as suas formas, propriamente reconhecidos, e o capitalismo permitiu, assim, fazer seu trabalho de desenvolver os vastos territórios que o Deus todo-poderoso, na sua sabedoria, havia concedido ao povo americano, assim como já havia concedido, uma vez antes, a Terra Prometida aos israelitas”. No original: “[...] Marshall revered Adam Smith’s *Wealth of Nations*. He was closer to its spirit than Hamilton, believing the state should be chary of interfering in the natural process of the economy. Left to themselves, and with the law holding the ring so that all were free to exert the utmost of their powers, industrious men and women were capable unaided of fructifying America’s vast resources and making it the richest country on earth. It was capitalism, not the state, which would conquer, tame, and plant the Mississippi Valley and still further west. All it required was a just, sensible, and consistent legal framework so that entrepreneurs could invest their capital and skills with confidence. Marshall had none of Taylor’s reluctance to acknowledge ‘artificial’ property. It was the market, not sentiment, which defined wealth, provided it were honestly acquired. It was the duty of the court so to interpret the Constitution that the rights of property of all kinds were properly acknowledged, and capitalism thus enabled to do its job of developing the vast territories which Almighty God, in his wisdom, had given the American people just as he had once given the Promised Land to the Israelites”. (Ibidem, p. 237-238).

legislaturas estaduais, com os seus sistemas democráticos de “um homem, um voto”, e aqueles desprovidos de propriedade.

Assim, finalmente, em 1803, no caso *Marbury v. Madison*, Marshall dita os parâmetros para que fosse estabelecido “o poder constitucional da Corte de proceder à revisão judicial tanto da legislação estadual, quanto federal”, declarando sua inconstitucionalidade, quando necessário.

2.7.2 A apologia de R. Dworkin ao mecanismo da *judicial review*

Em sua conhecida obra *Levando os direitos a sério*, Ronald Dworkin propõe-se, em dado momento, a desenvolver teoria acerca da decisão judicial que, supostamente, ofereceria resposta satisfatória ao problema enfrentado pelos magistrados no momento de julgar os denominados *hard cases*. Segundo o autor norte-americano, o fato de que determinados casos não possam ser solucionados com a aplicação imediata de uma determinada regra, não implicaria que se concedessem poderes de tal ordem aos juízes para criar normas jurídicas. Partindo desse entendimento, ele constrói uma crítica ao positivismo jurídico que também afastaria a ideia expressa na “dificuldade majoritária” decorrente do controle de constitucionalidade.

Para Dworkin, os magistrados não estariam a criar normas jurídicas ao decidirem casos difíceis com base em argumentos morais, porque seria perfeitamente válido decidir com base no argumento moral adequado, ainda que contrariamente a uma decisão de maioria. É a ideia de “direitos como trunfos” (*rights as trumps*)¹⁵⁴. Com base nessa construção, Dworkin também introduz o conceito de integridade, que diferenciaria o papel do juiz e o do legislador. De acordo com a ideia de integridade, o direito teria “dimensão de princípio” que não estaria baseada na decisão de maioria¹⁵⁵.

De acordo com Dworkin, a pressuposição de que haveria incompatibilidade entre a função jurisdicional e a soberania do povo estaria baseada em duas objeções errôneas. A primeira de que “uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela

¹⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 37.

¹⁵⁵ Segundo Conrado Hübner, “O direito como integridade postula que o juiz se encontra em situação diversa da do legislador. O legislador não precisa de razões de princípio para justificar suas decisões. Basta obter apoio da maioria, e sua decisão ganha o carimbo de legitimidade. O ideal de integridade exige que o conteúdo do direito contenha mais do que *policy*, ou um conjunto de decisões oriundas de compromissos individuais orientados pelo bem-estar coletivo. O Direito é também princípio, e esse não resulta de decisão legislativa pregressa. A dimensão de princípio não se baseia naquele tipo de decisão coletiva”. (MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 37).

maioria e responsáveis perante ela”¹⁵⁶ e, por essa razão, os magistrados que carecem de legitimidade democrática não poderiam criar leis. A segunda objeção estaria relacionada ao fato de que “se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato”¹⁵⁷. Essas duas objeções ignorariam o que ele designa argumentos de política e argumentos de princípio¹⁵⁸.

Para Dworkin, os argumentos judiciais tomados, comumente, como “legislação”, seriam na verdade baseados em princípios, o que tornaria a decisão plenamente racional, mesmo para aqueles que criticam a originalidade judicial. De acordo com essa visão, não haveria contradição entre jurisdição constitucional e soberania do povo, porque, como aponta Conrado Hübner com base em Dworkin, “os juízes podem legitimamente anular uma decisão política tomada pela maioria legislativa não apenas sem causar danos à democracia, mas, ao contrário, aperfeiçoando-a”¹⁵⁹.

Assim, deduz Hübner, a partir da obra do autor norte-americano – sobretudo, quando ele afirma a compatibilidade do caráter contramajoritário da Suprema Corte americana com o princípio democrático –, tratar-se-ia a democracia de algo além do procedimento democrático. Isto é, a democracia seria não apenas procedimento como também seria substância:

[...], não há democracia se a vontade da maioria não respeitar um conteúdo ético mínimo que, nas palavras de Dworkin, autor representativo dessa corrente, promova a filiação de cada indivíduo à comunidade política. Essas seriam as condições democráticas à decisão majoritária. Não há problema, para este autor, se a promoção dessas pré-condições democráticas forem empreendidas por uma instituição contramajoritária, pois sua legitimidade não dependeria do procedimento, mas do conteúdo¹⁶⁰.

A ideia que Dworkin faz de democracia prescinde da realização da *volonté generale*, isto é, não se realiza por meio único da prevalência da soberania do povo nas decisões do Estado. Tal compreensão é decorrência da dupla dimensão que uma democracia deve apresentar para Dworkin. A primeira dimensão da democracia, na visão desse autor, que é

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 132.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁸ O próprio Dworkin deixa claro que se deve entender por argumentos de princípio e de política: “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (*Ibidem*, p. 141).

¹⁵⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 33.

¹⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos (org.); TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 202.

principiológica, diz respeito, naturalmente, aos princípios, cujas decisões neles fundamentadas são legitimadas pelo conteúdo, independentemente do órgão responsável pela tomada de decisões. A segunda dimensão é política e sua legitimação ocorre por meio do procedimento¹⁶¹.

A comunidade a qual se faz menção deve ser governada por princípios, e os juízes participantes dessa comunidade devem proceder levando tais princípios em consideração. A fundamentação haurida nos princípios afasta a concepção contrária ao papel antidemocrático dos tribunais constitucionais, porquanto as decisões de princípio não seriam dependentes do tipo de legitimação da decisão majoritária. Afinal, ao contrário dos argumentos políticos, aqueles com fundamentação principiológica levam em “consideração abstrata do indivíduo como sujeito moral”¹⁶². Tais considerações levam à conclusão de que ao juiz, no exercício do ato decisório, seria permitido “ir além” do que se encontra previsto no texto legal, desde que se ativesse aos argumentos de natureza principiológica¹⁶³ e ao que Dworkin denomina “integridade do direito”¹⁶⁴.

Há de se atentar, no entanto, que quando tal raciocínio é transposto para o âmbito do controle de constitucionalidade, surge não somente o problema da aplicação da lei pelo juiz, mas o risco de que este, no exercício de sua função, possa agir como verdadeiro legislador, extirpando leis do sistema. Como observa Conrado Hübner, “Deixa de ser discussão adstrita à teoria da adjudicação. O problema da democracia, mais velado no primeiro caso, e o conflito entre a Suprema Corte e o Congresso tornam-se retumbantes”¹⁶⁵.

Nesse sentido, também, é válido apontar a crítica de Ingeborg Maus sobre essa aproximação entre direito e moral feita por Dworkin, sobretudo, na atividade jurisprudencial, que, segundo ela, encobriria através da moralidade o decisionismo judicial.

Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social

¹⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos (org.); TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 202.

¹⁶² MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia* Rio de Janeiro: Elsevier, p. 38.

¹⁶³ “O argumento de princípio triunfa sobre decisões majoritárias, pois tem por fundamento um direito moral. Esse é intangível, inatacável, insubmisso a decisões de maioria. Levar direitos a sério exige tê-los como trunfos (*rights as trumps*) perante a maioria. Um trunfo, nesta concepção, não se permuta, não se negocia nem se barganha, mas se respeita”. (*Ibidem*, p. 37).

¹⁶⁴ “O direito como integridade postula que o juiz se encontra em situação diversa da do legislador. O legislador não precisa de razões de princípio para justificar suas decisões. Basta obter apoio da maioria, e sua decisão ganha carimbo de legitimidade”. (*Idem*).

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 40.

(*community morality*) o fator decisivo da interpretação jurídica. Deste modo, porém, a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação. A inclusão da moral no direito, segundo este modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita. Ela dispõe sempre de um conceito de direito que é produto da extensão de suas ponderações morais. Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social¹⁶⁶.

Se aceitarmos as objeções apontadas por I. Maus em relação à leitura moral que Dworkin faz do direito e à função dos magistrados, como únicos legitimados a erigir normas de conteúdo moral na sociedade, por meio de sua interpretação – que deixa de ser condicionada pela moral para ter como objetivo a sua criação como produto final da tarefa interpretativa – poderíamos nos encontrar diante de um retrocesso que lembra momentos da história em que a justiça se alçara ao papel de última instância da consciência da coletividade.

Quando a justiça passa a ser vista como verdadeira “administradora da moral pública” corre-se o risco de que se confira a ela poderes de tal grandeza que dificultam restringir-lhe a atuação – quando a restrição é uma necessidade –, uma vez que não só os aplicadores da lei passam a trabalhar na tarefa interpretativa com conceitos extremamente subjetivos e fluidos, como isso se reflete nas suas decisões somente que são em última análise submetidas apenas a seu próprio crivo:

A introdução de pontos de vista morais e de “valores” na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das “proibições” legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. Somente *a posteriori*, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi “proibido”, aprendendo a deduzir para o futuro o “permitido” (extremamente incerto) a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso¹⁶⁷.

¹⁶⁶ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. In: *Novos Estudos – CEBRAP*. n.º 58, novembro de 2000, p. 186.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 189.

Não se pode ignorar que, conquanto a inércia legislativa seja um incômodo e que esteja a demandar justiça mais eficiente e participativa, é certo que a não limitação da atuação dos magistrados consiste em um risco tão grande quanto o primeiro.

Segundo Hübner, referindo-se à obra de Dworkin, não se devem negligenciar algumas peculiaridades do pensamento deste autor, principalmente, aquelas relacionadas à teoria do direito e à teoria da prestação jurisdicional, que esclarecem muitos pontos do pensamento deste, em razão da interligação existente entre as duas¹⁶⁸.

Um aspecto importante a ser abordado inicialmente, quando se estuda o pensamento de Dworkin, é aquele referente ao papel crítico que este autor desempenha frente ao pensamento juspositivista clássico. Esse ponto é fundamento, caso se pretenda, de fato, conhecer, ainda que perfunctoriamente, sua compreensão acerca da revisão judicial.

2.8 Da soberania como a racionalização jurídica do poder à soberania como auto-realização ético-política em Habermas

O conceito de soberania é um dos elementos-chave desta pesquisa, especialmente na sua forma soberania popular. Por isso, serão feitas algumas considerações sobre o seu desenvolvimento histórico, desde o seu surgimento, ainda na Idade Média, até os dias atuais.

É um conceito cambiante e que, hodiernamente, sofre releitura por parte de muitos autores para adaptar-se ao contexto social mutável, o qual parece prescindir do princípio da soberania do povo como princípio de legitimidade. Não se trata, portanto, de uma recomposição histórica exaustiva, uma vez que o objetivo é antes introduzir o conceito na discussão travada, do que deter-se nos pormenores de sua evolução ao longo dos anos.

O exame do princípio da soberania do povo também permite refletir sobre a crise que este conceito enfrenta na atualidade, época em que posições ideológicas conservadoras procuram apontar a fraqueza deste princípio e legitimar o poder a partir da “expertocracia”¹⁶⁹ que mediante o conhecimento técnico é capaz de afastar decisões majoritárias, impondo decisões não legitimadas democraticamente.

¹⁶⁸ “Esse ideal tem desdobramentos institucionais e reserva à figura do juiz um papel primordial em sua implementação. É desse autor-juiz a responsabilidade de impregnar as decisões coletivas de uma dimensão argumentativa de tipo superior: a moralidade imanente aos direitos individuais. A decisão judicial é o coração desta teoria. Seu conceito de direito está vinculado à prestação jurisdicional. “Direito é uma questão de direitos defensáveis no Tribunal”. Entretanto, o direito consiste, não necessariamente, em uma questão de direitos expressos na legislação. Ele pode derivar, também, dos princípios morais informadores de uma teoria política subjacente a dada forma de governo”. (MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 33).

¹⁶⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Soberania popular y estado de derecho. In: LAPORTA, Francisco J. (org.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 63.

2.8.1 O desenvolvimento do conceito de soberania

Elias Canetti na sua obra *Massa e poder* distingue de forma esclarecedora dois termos importantes para a compreensão do conceito de soberania (que será abordado neste item), isto é, os conceitos de força e poder. Os dois vocábulos não devem ser confundidos, porquanto se referem a fenômenos distintos e sua diferença é necessária para que se evite cair no antigo erro comum entre os “pré-contratualistas” (antecessores de Hobbes) de compreender a soberania como mero exercício da força. Com sua clareza incisiva e riqueza imaginativa Canetti observa que:

À força (Gewalt), costuma-se associar a ideia de algo que se encontra próximo e presente. Ela é mais coercitiva e imediata do que o poder (Macht). Fala-se, enfatizando-a, em força física. O poder, em seus estágios mais profundos e animais, é antes força. Uma presa é capturada pela força, e pela força levada à boca. Dispondo de mais tempo, a força transforma-se em poder. Mas, no momento crítico que, então, invariavelmente chega – o momento da decisão e da irrevocabilidade –, volta a ser força pura. O poder é mais universal e mais amplo; ele *contém* muito mais, e já não é tão dinâmico. É mais cerimonioso e possui até um certo grau de paciência. A própria palavra *Macht* deriva de um antigo radical gótico – *magan*, significando “poder, capacidade” –, e não possui parentesco algum com o verbo *machen* (fazer)¹⁷⁰.

Para afastar dúvidas quanto à diferença entre poder e força, Canetti utiliza-se do exemplo curioso do embate entre gato e rato. Por meio desse exemplo, ele procura demonstrar que a força está contida no poder e indica “proximidade”, “imediatidade”. O poder, por outro lado, seria resultado da transformação da mera força física em algo mais e necessitaria de um “maior espaço” e de “maior tempo”. Nesse sentido, o poder seria um processo. Por meio desse processo de transformação – e simultaneamente de ocultamento, porquanto o poder existe onde ele se esconde (“o segredo encontra-se no mais recôndito cerne do poder”¹⁷¹) –, o animal que devora transformar-se-ia no animal devorado, numa evidente metáfora indicativa do processo ao qual se faz referência. Citando Canetti:

O rato, uma vez capturado, encontra-se à mercê da força do gato. Este o apanhou, mantém-no cativo e vai matá-lo. Tão logo, porém, começa a *brincar* com ele, um novo elemento se apresenta. O gato o solta novamente e permite-lhe correr um pouco. Mal o rato dá-lhe as costas e põe-se a correr, ele já não se encontra mais à mercê daquela força. O gato, porém, dispõe do *poder* para apanhá-lo de volta. Se o deixa correr indefinitivamente, permite-

¹⁷⁰ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 281.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 290.

lhe escapar de sua esfera de poder. Mas até o ponto em que está certo de poder alcançá-lo, o rato estará sob seu poder. O espaço sobre o qual o gato projeta sua sombra; os instantes de esperança que permite ao rato, mas tendo-o sob sua estrita vigilância, sem perder o interesse nele e em sua destruição – tudo isso junto (o espaço, a esperança, a vigilância e o interesse na destruição) poder-se-ia designar como o corpo propriamente dito do poder, ou, simplesmente, como o poder em si¹⁷².

Feitas essas considerações sobre as distinções entre “poder” e “força”, devemos detornar sobre o conceito de “soberania”. A soberania como conceito político-jurídico surge, *prima facie*, como tentativa de racionalização jurídica do poder político. Este último deixa de ser força pura para assumir legitimidade, uma vez que se sujeita aos regramentos do direito. Naturalmente, esse processo não se deu de forma linear e simultaneamente em todos os lugares. Ao contrário, o conceito de soberania evoluiu e retroagiu muitas vezes, conforme o modelo de organização dos poderes dos Estados.

É difícil precisar quando se utilizou pela primeira vez o termo “soberania”. Há autores como Antonio-Enrique Pérez Luño que remetem a origem do termo ao século XIII.

Com efeito, a palavra “soberania” parece que foi empregada pela primeira vez no século XIII pelo feudalista francês Beaumanoir, quem em sua obra *Les coutumes du Beauvoisis* destacava: “chascun Baron est souverain en sa baronie...” e “Le roi est souverain par dessus tous”. No entanto, nos textos medievais franceses esta expressão é muito pouco frequente. No Medievo, seguindo a tradição romana, os termos mais frequentes para designar o poder são os de *dominium*, *potestas*, *imperium*, *maiestas*, [...], e em alguns autores, como Marsílio de Pádua, o de *principatus*¹⁷³.

Sobre o uso da expressão “soberania” na Idade Média, Matteucci pronuncia-se, ao analisar o verbete no *Dicionário de política*, concluindo que o sentido dado à palavra no medievo estaria a indicar “apenas uma posição de proeminência, isto é, a posição daquele que é superior num bem definido sistema hierárquico; por isso até os barões eram soberanos em suas baronias”¹⁷⁴. Apesar disso, é possível afirmar que já no século XVI, o vocábulo era

¹⁷² CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 281.

¹⁷³ Tradução livre do texto. No original: “En efecto, la palabra “soberanía” parece que fue empleada por vez primera en el siglo XIII por el feudalista francés Beaumanoir, quien en su obra *Les coutumes du Beauvoisis* señalaba: “chascuns barons est souverain en sa baronie...” y “Le roi est souverain par dessus tous”. Sin embargo, en los textos medievales franceses esta expresión es muy poco frecuente. En el Medievo, siguiendo la tradición romana, los términos más frecuentes para designar el poder son los de *dominium*, *potestas*, *imperium*, *maiestas*..., y en algunos autores, como Marsílio de Padua, el de *principatus*”. (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Soberanía popular y estado de derecho. In: LAPORTA, Francisco (org.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 46).

¹⁷⁴ “A palavra soberano, na Idade Média, indicava apenas uma posição de proeminência, isto é, a posição daquele que era superior num bem definido sistema hierárquico; por isso até os barões eram soberanos em suas baronias. Na grande corrente da sociedade feudal, que unia em ordem vertical as diferentes categorias e

utilizado como conceito corrente ao lado de outro conceito fundamental para a política e para o direito, isto é, o conceito de “Estado”.

Tanto o conceito de “soberania”, como o conceito de “Estado” referiam-se ao “poder estatal, sujeito único e exclusivo da política”, conforme aponta Nicola Matteucci¹⁷⁵. Apesar disso, foi apenas no período das monarquias absolutistas que o conceito de soberania passou a figurar como uma palavra-chave da política.

Em todo caso, é o pensamento absolutista que configura a ideia de soberania, entendendo-a como um termo subordinado a um fato cada vez mais importante: a figura do soberano. “A soberania era concebida como o caráter a ele pertencente. O soberano – são palavras de Bertrand de Jouvenel – era o essencial; a soberania, a sombra que projetava, ou, para falar com mais exatidão, o atributo do soberano¹⁷⁶”.

O conceito de soberania foi uma ferramenta determinante para que o passado medieval fosse superado e juntamente com ele o caráter fragmentário na distribuição de poder que perdurara neste período. A necessidade de concentração do poder foi consequência do surgimento dos Estados europeus que procuravam impor seu domínio sobre determinado território e sobre determinada população.

2.8.2 Soberania do povo: princípio de legitimação e paradoxo

A soberania do povo é certamente uma engenhosa construção política, elaborada em momento da história humana no qual se procurava conferir uma nova legitimação ao exercício do poder e superar velhas crenças, especialmente, em instituições monolíticas que impediam a

as diversas classes, do rei, passando por uma infinita série de mediações, até o mais humilde súdito, a cada grau correspondia um *status* bem definido, caracterizado por um conjunto de direitos e deveres, que não podia ser violado unilateralmente. Esta ordem hierárquica transcendia o próprio poder, uma vez que tinha como modelo a ordem cósmica: a ninguém era permitido violá-la, todos nela encontravam a garantia de seus direitos. A chegada do Estado soberano quebra esta longa corrente, esta série complexa de mediações em que se articula o poder, para deixar um espaço vazio entre o rei e o súdito, rapidamente preenchido pela administração, e para contrapor um soberano, que visa cada vez mais à onipotência e ao monopólio do político e do público, a um indivíduo cada vez mais sozinho e desarmado, reduzido à esfera privada. A chegada do Estado soberano e a emancipação do indivíduo do papel e do *status*, a ele atribuídos para sempre pela sociedade, são fenômenos concomitantes, por serem fortissimamente interdependentes”. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p. 1181-1182).

¹⁷⁵ *Ibidem*, p.1179.

¹⁷⁶ Tradução livre do texto. No original: “En todo caso, es el pensamiento absolutista quien configura la idea de soberanía, entendiéndola como un término subordinado a un hecho cada vez más importante: la figura del soberano. “La soberanía era concebida como el carácter a el perteneciente. El soberano – son palabras de Bertrand de Jouvenel – era lo esencial; la soberanía, la sombra que proyectaba, o, para hablar con más exactitud, el atributo del soberano. (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Soberanía popular y estado de derecho*”. In: LAPORTA, Francisco (org.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 46).

liberdade e a autodeterminação dos indivíduos. É uma obra do intelecto humano, porque fundamenta a legitimação constitucional do poder na participação política dos cidadãos. Além disso, suas implicações refletem na necessidade de que sejam respeitados os direitos fundamentais, fator que irá conduzir, eventualmente, ao desenvolvimento do pluralismo, base do Estado Democrático de Direito. Por fim, a soberania do povo como princípio político exige a “racionalização do processo político” e a delimitação do exercício do poder do Estado.

É curioso, senão paradoxal, que o termo “soberania” tenha sido associado ao termo “povo” para conformar esse princípio político conhecido e próprio do Estado de Direito: o princípio da soberania do povo. Como observa Antonio-Enrique Pérez Luño em ensaio *Soberanía popular y estado de derecho*: “Considerada em sua dimensão genética, a expressão ‘soberania popular’ a nós se apresenta como um casamento infeliz de dois termos, a princípio, contraditórios”¹⁷⁷.

Pérez Luño reconhece, todavia, que mesmo sendo possível situar a origem do termo ainda no medievo, o vocábulo “soberania” era pouco usado, sendo preterido em face de outros tais como *dominium*, *potestas*, *imperium*, *maiestas* e mesmo *principatus* (como em Marsílio de Pádua), preferíveis em razão da forte tradição romana predominante na Idade Média¹⁷⁸. No entanto, qualquer dessas expressões referia-se ao poder e particularmente ao poder representado na figura concreta de um homem.

O certo é que a associação entre os termos “soberania” e “povo” só poderia ser feita quando da institucionalização jurídica do poder que passaria a compreender a soberania do povo como um conceito de “vontade geral”, conforme Rousseau. “[...], povo é o sujeito da soberania, que se refere substantivamente à vontade do povo como unidade”¹⁷⁹.

À concepção clássica elaborada por Rousseau opõe-se Habermas no século XX, por meio de compreensão do conceito de soberania do povo como um procedimento da democracia. Nesse sentido, ensina Marcelo Neves:

[...], Habermas, sensível à heterogeneidade de valores e interesses que caracterizam a sociedade moderna, propôs a dessubstancialização do conceito de soberania, reconstruindo-o em uma perspectiva procedimental. Nesse sentido, (re) define a “soberania do povo como procedimento”. O povo não é concebido como sujeito que, com vontade e consciência, é

¹⁷⁷ Tradução livre do texto. No original: Considerada en su dimensión genética, la expresión “soberanía popular” se nos presenta como un maridaje infeliz de dos términos en principio contradictorios. (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Soberanía popular y estado de derecho*. In: LAPORTA, Francisco. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 46).

¹⁷⁸ *Idem*.

¹⁷⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 163.

portador do poder soberano. “Ele apresenta-se no plural, não sendo capaz, *enquanto* povo como um todo, nem de decisão nem de ação”. Assim sendo, há uma despersonalização ou dessubjetivização da soberania. Inexistindo o seu sujeito e caracterizada a heterogeneidade do povo, a soberania torna-se “dispersa”. Ela afirma-se pluralisticamente nos processos de formação da vontade estatal, enquanto estes permitem o fluxo das diversas opiniões, valores e interesses¹⁸⁰.

Essa concepção de Habermas somente é possível em razão da compreensão que este autor possui da democracia contemporânea que se difere em muitos pontos do modelo clássico. Sobre ela, Habermas discorre de maneira esclarecedora em *Era de transições*:

A compreensão moderna da democracia distingue-se da clássica por se relacionar com um tipo de direito dotado de três características principais, a saber: o direito moderno é positivo, cogente e estruturado individualisticamente. Ele resulta de normas produzidas por um legislador e sancionadas pelo Estado, tendo como alvo a garantia de liberdades subjetivas. De acordo com uma interpretação liberal, a autodeterminação democrática dos cidadãos somente se realiza através do *médium* desse direito, que assegura estruturalmente as liberdades, porém de tal sorte que a ideia de uma “dominação das leis” (*rule of law*), que se concretiza historicamente na ideia de direitos humanos e da soberania popular, passa a ser vista como um *segunda* fonte de legitimação. Isso levanta a questão sobre a relação entre o princípio democrático e o Estado de Direito¹⁸¹.

Apesar disso, conforme aponta Marcelo Neves, a pretensão habermasiana de observar o conceito de soberania do povo como categoria capaz de levar a um consenso racional acaba por descuidar do “caráter plural e heterogêneo da soberania do povo como procedimento (s)”¹⁸² que, nas palavras desse autor, encontraria afirmação “na medida em que os procedimentos do Estado Democrático de Direito estão discursivamente abertos aos diversos valores e interesses que circulam na esfera pública, assim como às exigências dos subsistemas autônomos da sociedade, sem privilegiar ou excluir qualquer um deles ou delas”¹⁸³.

2.9 Sobre a “judicialização da política”

A “judicialização da política” por meio da ampliação dos poderes dos tribunais, mais do que um fenômeno, é um fato na atualidade, independentemente da posição que se cultive a respeito do tema. Até que se chegasse, porém, ao estado atual de desenvolvimento seriam

¹⁸⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 163.

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153.

¹⁸² NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 164.

¹⁸³ *Ibidem*.

necessárias décadas de discussões e questionamentos sobre causas, efeitos e limites deste fenômeno. Sua origem está inextricavelmente relacionada à intensificação da criatividade jurisprudencial ocorrida em muitas partes do mundo, como resultado de atitude refratária ao denominado formalismo jurídico. Mauro Cappelletti, ao examinar a questão, recorda o filósofo Morton G. White, que descreve tal tendência como “a revolta contra o formalismo”¹⁸⁴.

Fossem nos Estados Unidos, na França ou na Alemanha, as manifestações que esse fenômeno assumiu – respectivamente a *sociological jurisprudence* e o *legal realism*, o método da *libre recherche scientifique* de Geny e a *Interessenjurisprudenz* e a *Freirechtsschule* – visavam combater o formalismo que “tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da escolha”¹⁸⁵. Essas manifestações “conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais”¹⁸⁶.

Por meio dessa nova concepção, conferia-se papel de destaque à Justiça na ribalta do poder, especialmente se considerarmos que o ativismo judicial acarreta efeitos os mais diversos na separação dos poderes do Estado e para a neutralidade, que deveria ser a característica do judiciário por excelência. Sob outra perspectiva, poderia se ver a questão como uma maior responsabilidade concedida aos magistrados, uma vez que não mais poderiam se omitir de transparecerem posições ideológicas ocultadas pelo manto da suposta neutralidade.

Como se observou, o protagonismo judicial não se dá apenas em países que adotam o sistema de *common law*, como à primeira vista, poder-se-ia pensar, em razão das práticas jurisprudenciais adotadas nesses países. O fenômeno, também, é uma realidade nos países que adotam o modelo de direito continental europeu, *civil law* (a exemplo da Alemanha). Afinal, não se pode deixar de notar que nos países dessa segunda tradição, a institucionalização e adoção de princípios de ordem moral revolucionaram o papel dos tribunais constitucionais.

Gisele Cittadino é bastante objetiva, quando chama a atenção para essa crescente tendência do judiciário assumir funções eminentemente políticas:

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 32.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 33.

Se observarmos o que se passa no âmbito da justiça constitucional, seja nos países europeus – Alemanha, França, Itália, Portugal e Espanha –, seja nos Estados Unidos, seja em muitas das jovens democracias latino-americanas, é possível observar como uma forte pressão e mobilização política da sociedade está na origem da expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se designa como “ativismo judicial”. Se nos países da *common law* este ativismo é mais favorecido em face das “práticas de criação jurisprudencial do direito e da influência política do juiz” (Werneck Vianna, 1996: 274), nos países de sistema continental, os novos textos constitucionais, ao incorporarem princípios, configurarem Estados Democráticos de Direito, estabelecerem objetivos e fundamentos do Estado, asseguram o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, já sendo possível falar em um “direito judicial” em contraposição a um direito legal¹⁸⁷.

Portanto, o fenômeno da “judicialização da política” se caracteriza não só por não conhecer fronteiras, mas pelo fato de desencadear uma verdadeira revolução das teorias políticas clássicas, sobretudo, na compreensão que essas possuíam da divisão dos poderes estatais. A criatividade judiciária é certamente desejável para a solução de conflitos na sociedade contemporânea, porém, limites para ela devem ser estabelecidos. Pode-se questionar até mesmo até que ponto esse “direito dos juízes” seria legítimo, quando está a conviver paralelamente com o “direito legal”, teoricamente oficial, porquanto produzido na instância legislativa

Naturalmente, como já se observou no decorrer desta pesquisa, esse incremento da função judiciária vem se concretizando de forma gradual, tendo alcançado seu apogeu no pós-Segunda Guerra, especialmente nos países de tradição continental. Sua principal alegação ou autojustificação seria de que tal câmbio paradigmático é desejável como forma de assegurar a concretização constitucional e a proteção dos indivíduos por meio da efetivação dos direitos humanos. No entanto, como justificar a atuação desmedida de tribunais constitucionais, quando não se mostram competentes em assegurar nem uma coisa, nem outra? Nesse sentido, arrogam-se no papel de um “Parlamento de juízes” ou de um ente paterno torpe que se mostra condescendente com cidadãos incapazes de legislarem.

A “judicialização da política” deve ser controlada. Limites aos tribunais constitucionais devem ser estabelecidos, de forma que se não inverta o objetivo originário que legitimou o fortalecimento das cortes de justiça estabelecidas, sobretudo, após a Segunda Grande Guerra. Deve ficar claro que o reencontro entre direito e moral que permitiu a superação de um positivismo, por vezes, cego, não pode ser visto como um elemento

¹⁸⁷ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 17-18.

negativo. Ao contrário, os juízes devem se valer dos argumentos de ordem moral e dos princípios, porém o comedimento e os valores éticos devem nortear toda a sua atividade, que não deve ser maculada por interesses pessoais.

Nesse ponto, não se pode deixar de pensar nas ideias de Peter Häberle desenvolvidas em *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, em que o autor propunha uma ampliação do círculo de intérpretes da Constituição. Gisele Citadino pronuncia-se sobre este tema de forma bastante clara:

Parece não restar dúvidas de que esta concepção de “comunidade de intérpretes da Constituição” está inequivocamente associada a um processo de democratização da hermenêutica constitucional e, nesta perspectiva, exige uma cidadania ativa, que por esta via, *concretiza* ou *realiza* a Constituição¹⁸⁸.

A democratização do judiciário é desejável e este deve participar ativamente para permiti-la a partir de uma concepção pluralista da sociedade. Os cidadãos como intérpretes e destinatários que são das disposições constitucionais não podem quedar-se inativos perante processo que os atinge de forma tão direta. Trata-se, antes de mais nada, de alcançar autonomia e exercer a cidadania como mecanismo essencial dentro de uma comunidade jurídica.

2.11 O dilema: jurisdição constitucional e/ou soberania do povo?

A teoria do direito nos apresentou inúmeras perspectivas de como é possível compreender a problemática relação entre jurisdição constitucional e soberania do povo que, sob enfoques diversos, pode ser vista como a tensão entre controle de constitucionalidade e democracia ou ainda como um problema entre autonomia privada e autonomia pública (conforme Habermas). É certo que, qualquer que seja o enfoque ou perspectiva adotado para tratar do assunto, deve ser levada em consideração a necessidade de buscar a harmonização entre esses dois pólos aparentemente incompatíveis.

Neste capítulo segundo buscou-se, a partir da discussão dos modelos de constitucionalismo até os diálogos construtivos com os pensamentos de Habermas e Dworkin,

¹⁸⁸ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro; IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 24.

observar o cenário no qual se discute o tema da “judicialização da política”. Procurou-se evidenciar as diferenças entre as posições dos dois autores e refletir acerca das propostas de cada um para lidar com a tensão entre os dois elos principais desta pesquisa, é dizer, a jurisdição constitucional e a soberania do povo.

Habermas propõe o desenvolvimento da atividade de “autocontrole do legislador”. Tal concepção parte da idéia de que os tribunais constitucionais não seriam órgãos, por si sós, evidentes. Nesse sentido, ele acredita que a tarefa de reexame judicial poderia ser conferida aos próprios legisladores que poderiam se organizar no formato de um tribunal. Tal tribunal contaria com uma “comissão parlamentar” que seria composta basicamente por “juristas especializados”. Dessa forma, seria possível evitar o retorno constante a questões já abordadas, ou seja, evitar-se-ia a redefinição de questões éticas e morais que se transformam em “questões negociáveis”.

Dworkin, por outro lado, ao apresentar os direitos como trunfos (*rights as trumps*) procura demonstrar que os argumentos principiológicos devem triunfar sobre as decisões de maioria, porque teriam por base um direito moral. Nesse sentido, seria possível afastar a idéia de tensão entre o exercício da revisão judicial e a soberania do povo, porquanto a primeira sempre iria triunfar quando tivesse fundamento nos princípios.

Nada obstante, os argumentos de Ronald Dworkin serem habilmente construídos e fundamentados, sobretudo, nas sólidas bases da teoria constitucional americana, pende-se para a construção teórica habermasiana que confere uma vez mais ao legislador democrático a dignidade da qual havia sido despojado com a passagem do Estado de legislação parlamentar para o Estado de jurisdição constitucional. Além disso, se considerarmos os argumentos de Ingeborg Maus, baseada na experiência histórica alemã, não podemos deixar de considerar ser indesejável alçar a Justiça a condição de “última instância moral da sociedade”.

Os modelos de Dworkin e Habermas não são os únicos modelos que pretendem oferecer respostas para o problema da tensão entre jurisdição constitucional e soberania do povo. Outras saídas seriam possíveis. O direito comparado, por sua vez, encarrega-se de fornecer o exemplo prático do Canadá e a forma escolhida neste país para lidar com o difícil dilema representado na tensão entre jurisdição constitucional e soberania do povo. Robert Dahl discorre em *Sobre a democracia*¹⁸⁹ sobre sistema de controle de constitucionalidade do Canadá como um modelo peculiar dentre os demais existentes nos países democráticos. Ele difere em razão de ser adotado por um Estado federado, “com uma Corte suprema dotada de

¹⁸⁹ DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. New Haven, London: Yale University Press, 1989, p. 138.

autoridade para declarar inconstitucionais tanto as leis federais quanto as provinciais”. No entanto, “as legislaturas provinciais e o Parlamento federal podem sobrepor-se à decisão da Corte, votando uma segunda vez para fazer passar a lei em questão”.

A partir dessas considerações, percebe-se que vários são os caminhos possíveis para conciliar a jurisdição constitucional e a soberania do povo, assim como as formas de trilhar cada um deles. Mas certamente não seria demasiado recordar, independentemente do caminho que se procure seguir, a necessidade de se desenvolver “teoria sobre a forma pela qual os juízes devem exercer seus poderes de revisão que diga a eles como podem distinguir leis que sejam uma expressão legítima dos poderes coercitivos do Estado daquelas que não são, sem que sejam influenciados pelas suas próprias opiniões e pontos de vista pessoais” conforme sugere David M. Beatty¹⁹⁰.

Assim como não se pode, também, deixar de considerar discutir com maior profundidade o tema da democratização do judiciário, como uma forma de aproximar a Justiça daquela sociedade por ela tão afetada. Trata-se de uma forma de diminuir o abismo existente entre os órgãos de poder e a população. Afinal não se pode esquecer que os tribunais, especialmente os tribunais constitucionais, tem o importante papel de distinguir a vontade do povo da vontade dos políticos¹⁹¹, daí a necessidade de desenvolver canal eficiente de comunicação entre os tribunais e a população. Outros mecanismos de participação da sociedade também podem ser considerados, tais como a criação de um mecanismo de veto popular e a realização de referendos nacionais sobre temas de maior relevância.

¹⁹⁰ Tradução livre do texto: “Para reconciliar a revisão judicial com a soberania do povo, é necessário demonstrar que os tribunais não resolvem conflitos e julgam da forma como aqueles que estão no governo exercem os poderes de estado com base nas suas opiniões pessoais próprias do que é certo e errado. Necessita-se de uma teoria sobre a forma pela qual os juízes devem exercer seus poderes de revisão que diga a eles como podem distinguir leis que sejam uma expressão legítima dos poderes coercitivos do Estado daquelas que não são, sem que sejam influenciados pelas suas próprias opiniões e pontos de vista pessoais”. No original: “To reconcile the practice of judicial review with the sovereignty of people to govern themselves, it is necessary to show that courts do not resolve conflict and judge the way those in government exercise the powers of the state on the basis of their own personal opinions of what is right and wrong. One needs a theory about the way in which judges should exercise their powers of review that tells them how they can distinguish laws that are a legitimate expression of the coercive powers of the state from those that are not, without being influenced by their own biases and personal points of view”. (BEATTY, David M. *The ultimate rule of law*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 5).

¹⁹¹ Trata-se de pensamento desenvolvido por Bruce Ackerman em sua obra *Nós, o povo soberano*. Ele o esclarece ao tratar da idéia básica de uma democracia dualista: “Acima de tudo, a Constituição dualista busca distinguir duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo” (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7 e ss.).

CAPÍTULO 3

A FIDELIDADE PARTIDÁRIA E A PERDA DO MANDATO POLÍTICO NO BRASIL

“But legislators do not represent faceless numbers. They represent people, or, more accurately, a majority of the voters in their districts – people with identifiable needs and interests which require legislative representation, and which can often be related to the geographical areas in which these people live”.

(Potter Stewart – Lucas v. Forty-Fourth Gen. Assembly of Colorado, 377 U.S. 713 1964)

“Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças ao voto da legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, ‘a’; 58, §1º, 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o art. 55”.

(Ministro Moreira Alves – julgamento do MS 20.927)

“O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição.”

(Sérgio Buarque de Holanda – Raízes do Brasil)

3.1 Observações introdutórias

A hipótese de perda do mandato parlamentar, por cometimento de infidelidade partidária é o “pretexto” utilizado neste capítulo para discutirmos a “judicialização da política” à luz da realidade brasileira. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria passou, sem sombra de dúvidas, a constar no rol daquelas mais polêmicas proferidas pelo órgão no decorrer de sua história. Qual seria a razão (ou as razões) para a grande comoção decorrente desta decisão? Ou melhor, haveria razão (ou razões) justificável(eis) para a celeuma gerada em torno da decisão que legitimou a perda do mandato daqueles denominados trânsfugas? Não estaria o STF cumprindo apenas sua função como Corte Suprema do Brasil? E a soberania do povo, com fica após esse julgamento? Essas questões são somente algumas passíveis de serem formuladas e que nos acompanharão neste capítulo final da pesquisa.

De antemão, pode-se dizer que, quaisquer que sejam as respostas a essas perguntas, estas não serão definitivas ou mesmo, sequer, pretender-se-ão absolutas e aceitas por todos. A razão para esta assertiva está relacionada ao alto teor ideológico da matéria abordada. O certo

é que, independentemente da posição ideológica que se tenha em relação à matéria, não se pode deixar de reconhecer que algo mudou terminantemente após o julgado que recuperou a fidelidade partidária compulsória no direito brasileiro. Ainda que os parlamentares venham a se utilizar posteriormente de mecanismos legislativos para se furtarem aos rigores da fidelidade partidária imposta pela Resolução nº 22.610/07 do TSE, é fato consumado que um novo passo foi dado pelo Supremo Tribunal Federal (ainda que este não tenha sido o primeiro e nem o último), no sentido de evidenciar o novo papel que este tribunal pretende desempenhar na sociedade brasileira contemporânea.

Mais do que última instância jurisdicional, o STF tem se revelado agente decisivo na formação e na conformação do direito no Brasil. Por meio de sua atividade interpretativa criadora, a Corte Suprema tem concorrido com o Parlamento na elaboração de normas que afetam diretamente a população e transformam o cenário jurídico-político nacional. Até que ponto isso é possível e positivo para o modelo Estado Democrático de Direito é o que examinaremos detidamente neste capítulo.

3.1.1 Sobre o capítulo terceiro

Este capítulo se estrutura de forma diversa dos dois capítulos anteriores. Não poderia ser diferente, uma vez que, neste, o autor se preocupa em fechar algumas das questões desenvolvidas ao longo da pesquisa. No entanto, a ótica diversificada adotada não se justifica, simplesmente, por ser este o capítulo derradeiro desta pesquisa, mas por ter como objetivo principal a realização de análise casuística. Isto é, examina-se, aqui, a decisão sobre fidelidade partidária e os fundamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) que confirmaram a legitimidade da Resolução nº 26.610/07 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que disciplina a perda do mandato daqueles parlamentares que cometerem “infidelidade partidária”, é dizer, que trocaram de legenda após serem eleitos por seus partidos de origem.

Portanto, à fundamentação essencialmente doutrinária dos capítulos primeiro e segundo é acrescido enfoque jurisprudencial que, ademais, delimita e contextualiza o trabalho ao Estado Democrático de Direito brasileiro contemporâneo. Dessa forma, intenta-se, também, fugir àquela tradição entre os trabalhos acadêmicos brasileiros que pouca atenção conferem à análise jurisprudencial, voltando-se de maneira quase que exclusiva à abordagem de fundamentação doutrinária¹⁹².

¹⁹² Nesse sentido, é válido recordar as palavras de Virgílio Afonso da Silva, que se manifesta de forma bastante pertinente, quando discute o papel secundário ocupado pela jurisprudência na tradição acadêmica brasileira:

À medida que procedermos ao exame da decisão (ou das inúmeras decisões) que compõem o complexo mosaico do que foi o julgamento sobre a hipótese de perda de mandato em razão de “infidelidade partidária”, devemos, concomitantemente, munirmo-nos de alguns conceitos básicos sobre a matéria que implica, também, tratar de elementos do direito eleitoral, político e constitucional. Conceitos, como “fidelidade partidária”, “mandato político”, “sistema proporcional”, “sistema majoritário”, entre outros farão parte do léxico aqui utilizado e devem, por isso, receber a devida atenção. Além disso, tais conceitos prestar-se-ão à solução de algumas questões importantes neste capítulo e facilitarão a apreensão do conteúdo.

O que se deve entender por fidelidade ou infidelidade partidária? A partir de quando o mandatário passa a ser considerado “infiel”? Pertenceria de fato o mandato ao partido? Ou seria prerrogativa do candidato eleito ou mesmo do eleitor? Teria o STF usurpado função legislativa ao confirmar a decisão do TSE sobre perda de mandato político aos políticos ditos infiéis? Ou teria a Suprema Corte agido por força de interesse popular e por motivo de inépcia do poder legislativo em iniciar a necessária reforma política, o que terminaria por legitimar sua atitude excedente de suas funções jurisdicionais? Seria a imposição da fidelidade partidária retrocesso que nos remeteria ao período da ditadura militar e da Emenda nº 1/69 como sugerem alguns autores? Ou seria, na verdade, um avanço para a consolidação da democracia brasileira, como aventam outros com veemência?

Esses inúmeros questionamentos e dúvidas comumente apresentados devem ser respondidos, sob pena de uma análise incompleta do problema que se nos apresenta e ao respondê-los, cumprir-se-á, também, a tarefa de disseminar alguns dos conceitos-chave a serem utilizados recorrentemente neste capítulo. Além disso, conquanto este estudo não se pretenda exaustivo, deve buscar solucionar as questões enumeradas, por serem de fundamental importância para a comprovação da hipótese ora levantada. Isto é, de que o

“No Brasil, com raríssimas exceções, nunca houve uma tradição, entre os trabalhos acadêmicos, de utilizar a jurisprudência como material de trabalho. Quando muito, algumas decisões são citadas como forma de argumento de autoridade, mas dificilmente se vê em trabalhos acadêmicos uma pesquisa extensiva na jurisprudência de determinado tribunal. Há diversas explicações possíveis para esse fenômeno: (1) No Brasil há uma crença – baseada na dicotomia entre as famílias da *Common Law* e do direito codificado continental europeu – segundo a qual os precedentes judiciais têm valor apenas para a primeira, mas não para a segunda; (2) dentre outras, essa é uma das razões pelas quais a tradição jurídica brasileira é baseada, sobretudo, na doutrina; (3) isso pode ser percebido até mesmo nas decisões judiciais, que, em inúmeros casos, baseiam seus argumentos quase que exclusivamente na doutrina, e não em seus próprios precedentes; (4) no Brasil, especialmente no âmbito do STF, a despeito das melhoras constantes ocorridas nos últimos anos, o acesso à informação é extremamente complicado e restrito, em muitos casos, às informações constantes das ementas dos acórdãos ou a algumas palavras-chave; (5) os tribunais brasileiros, sobretudo o STF, julgam uma quantidade enorme de ações, o que dificulta ainda mais o acesso à informação”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32-33).

Supremo agiu fora de seus limites ao criar hipótese de perda do mandato eletivo não prevista no art. 55 da Constituição Federal de 1988.

3.1.1.1 Dificuldades na abordagem do tema

A opção por analisar neste capítulo o repertório jurisprudencial do STF e do TSE oferece alguns obstáculos. O primeiro deles é justamente a atualidade da matéria, fato que, se por um lado confere interesse especial à pesquisa, por outro, restringe sobremaneira o acervo a ser consultado para a fundamentação do capítulo. Para tentar superar essa primeira grande dificuldade, utiliza-se aqui, em grande medida, material extraído da rede mundial de computadores (*internet*). Isto é, as decisões dos tribunais superiores e os argumentos utilizados pelos magistrados para fundamentação de seus votos. A pesquisa da jurisprudência das cortes superiores no Brasil, contudo, oferece algumas dificuldades, seja pela dificuldade de localizar os julgados nos sítios dos respectivos tribunais ou mesmo pela indisponibilidade de alguns deles na sua integralidade.

A segunda dificuldade desta tarefa estaria no fato de que se trata de tema polêmico na sua acepção e sujeito a análises de cunho fortemente ideológico. Isto é, de um lado situam-se aqueles favoráveis ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal que legitimou a fidelidade partidária e a punição dos infiéis; de outro aqueles que se opuseram à decisão da Corte Suprema, sugerindo que esta teria usurpado função eminentemente legislativa. Assim, os posicionamentos manifestados por ambos os lados devem ser analisados pormenorizadamente, para que se possa, ainda que parcialmente, depurá-los de suas acepções ideológicas originárias. Não se pode esquecer que o poder volta a ser, indiretamente, o objeto de estudo, pois é a razão precípua pela qual os partidos defendem a fidelidade partidária compulsória.

3.1.1.2 Começando pelo princípio

Nenhuma abordagem da matéria deve, porém, acreditar-se completa caso descuide da recomposição factual da discussão acerca da fidelidade partidária no Brasil. Deve-se, portanto, retornar ao princípio – e este certamente não se deu apenas com o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.999 e 4.086 (12.11.2008), ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Social Cristão e pela Procuradoria-Geral da República em face da Resolução nº 22.610/07 do TSE –, de forma a esclarecer eventuais dúvidas sobre o

assunto. A própria Resolução nº 22.610/07 será analisada e os argumentos que lhe motivaram e aqueles que fundamentaram as ADINs que lhe questionavam a legitimidade também merecerão a devida atenção. Além disso, examinaremos o conteúdo dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603, 26.604 e a Resolução nº 1.398, oportunidades em que se decidiu pela incompatibilidade entre a fidelidade partidária e a mudança de partido após o pleito.

3.1.1.3 A “hermenêutica da cordialidade”

Após examinar as peculiaridades dessa polêmica decisão e das consequências decorrentes dela para o modelo constitucional brasileiro, dedica-se o autor a refletir sobre a interpretação constitucional e jurídica no Brasil. Analisa questões levantadas amiúde acerca da atividade interpretativa dos magistrados, examinando, para isso, a existência de uma suposta “cordialidade” nas decisões provenientes das cortes de justiça brasileiras que refletem, em maior ou menor grau, a interferência das relações interpessoais na esfera do direito, maculando o caráter imparcial das decisões judiciais.

Tecidas essas hipóteses e perspectivas de cunho sociológico, conclui o autor a pesquisa, pronunciando-se sobre a necessidade de se encontrar ponto de equilíbrio entre a atuação dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, e do legislador democrático.

3.2 Conceitos-chave: fidelidade partidária, partidos políticos, mandato e sistemas eleitorais

A intenção ao apresentar os conceitos-chave do capítulo – fidelidade partidária, partidos políticos, mandato, sistemas eleitorais – não é proceder a uma análise exaustiva de cada um deles. Afinal, levando-se em consideração as dimensões e os objetivos deste trabalho, a opção por essa linha de abordagem conduzir-nos-ia fatalmente a uma análise superficial e deficitária, dada a complexidade de cada um dos temas tomados individualmente. Por isso, trata-se antes de introduzir esses conceitos-chave no contexto ora apreciado de forma a delinear com maior exatidão o objeto deste capítulo.

Nesse esforço, procura-se destacar, sobretudo, a importância de cada um dos conceitos para a discussão acerca da fidelidade partidária como exigência para manutenção do mandato parlamentar de acordo com a nova diretriz jurisprudencial estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Resolução 22.610/07 do Tribunal Superior Eleitoral.

Naturalmente, ao fazê-lo, é inevitável deter-se em determinados aspectos de forma mais criteriosa, porém, não se pretende aqui exceder-se em minúcias na abordagem de cada um desses temas.

3.2.1 Fidelidade partidária

É um exercício curioso buscar o significado de “fidelidade partidária” nos manuais de direito eleitoral brasileiro. Primeiro, porque não são todos os manuais ou compêndios que trazem categoricamente tal conceito. Segundo, porque, quando se faz menção a este conceito, recorre-se, muitas vezes, à definição do instituto “fidelidade partidária” existente em textos constitucionais de antanho, tais como o da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, uma vez que a Carta Constitucional de 1988 não contém disposição que defina de forma tão literal o conteúdo deste instituto. No entanto, não se deve esquecer que o conceito de fidelidade partidária previsto durante o período autoritário brasileiro possui significado distinto do que se atribui à ideia prevista na Constituição de 1988.

No texto da Emenda nº1/69, a fidelidade era compulsória e visava reger uma realidade bastante distinta da que predomina hoje no Brasil, em que os partidos políticos possuem autonomia para regulação de suas normas organizacionais e programáticas. Além disso, ela tinha caráter marcadamente punitivo (aspecto rejeitado pelos defensores da fidelidade partidária compulsória prevista no texto da Resolução nº 22.610/07 do TSE, que afirmam não se tratar de sanção jurídica).

Dispõe a letra do art. 152, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969:

Art. 152. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

I –

.....

V – disciplina partidária;

VI –

Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda for eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.

A letra do artigo não seria suficiente para averiguarmos a diferença entre o que se deve entender por fidelidade partidária na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e na Constituição

Federal de 1988. Para melhor compreender a diferença teríamos que recordar a realidade política brasileira à época da Emenda n° 1 (período do regime ditatorial brasileiro). Limito-me aqui a afirmar que o conceito de “fidelidade partidária” contido na atual Constituição possui conotação bastante diversa daquela outrora prevista no texto de 1969. Na CF/88 a fidelidade partidária não possui caráter compulsório e não são estabelecidas penalidades àqueles que não observarem tal preceito. A essência do que se deve entender por “fidelidade partidária” na Constituição brasileira de 1988 está contida nos arts. 14, § 3º, V e 17, § 1º¹⁹³.

As hipóteses previstas na Constituição Federal de 1988 como passíveis de sujeitarem aqueles que nelas incorrerem à sanção de perda do mandato parlamentar se encontram, por sua vez, previstas no art. 55 desta Carta:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nessa Constituição;

VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

Percebe-se da leitura do art. 55 da Constituição que não somente a hipótese de perda de mandato não se encontra elencada no rol taxativo deste artigo, como a própria Carta

¹⁹³ “[...] As bases para o entendimento da fidelidade partidária na Constituição estão em dois artigos, o 14 e o 17. O primeiro, ao dispor sobre as condições de elegibilidade (art. 14, § 3º), determina a filiação partidária (inciso V) como uma das exigências para o cidadão postular uma candidatura a qualquer cargo eletivo, além de outros requisitos (nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral e idade mínima de trinta e cinco anos para Presidente da República e Vice-Presidente da República e Senador, trinta anos para Governador e Vice-Governador dos Estados e do Distrito Federal, vinte e um anos para Deputado Federal, Estadual e Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz, e dezoito para vereador).

O art. 17, que trata dos partidos políticos, no Capítulo V do Título II – dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece que 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 preceitos que enumera: I – caráter nacional; II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III – prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV – funcionamento de acordo com a lei.

O § 1º assegura aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, e determina que seus estatutos deverão estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias. Depois de adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, os partidos registrarão seus estatutos no tribunal Superior Eleitoral (§ 2º). Os partidos políticos poderão receber recursos do fundo partidário e terão acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei (§ 3º). Finalmente, o § 4º veda a utilização, pelos partidos políticos, de organização paramilitar” (MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. *Fidelidade partidária: um panorama institucional*. Textos para Discussão 9. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, jun de 2004, p. 3-4).

Constitucional em outro de seus dispositivos, o art. 15, afasta essa possibilidade de forma inequívoca:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II – incapacidade civil absoluta;

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Nesse mesmo sentido, é importante recordar a lição de José Afonso da Silva, quando no capítulo dedicado aos partidos políticos de sua obra clássica *Curso de direito constitucional positivo* afirma ser a “disciplina” e a “fidelidade partidária” questões a serem determinadas nos estatutos dos partidos e não nas leis. O eminente jurista defende que dispor sobre essas matérias não seria facultativo aos partidos políticos no momento de elaboração de seus respectivos estatutos. Ao contrário, os partidos políticos deveriam “prevê-las dando consequências ao seu descumprimento e desrespeito”.

Além disso, ele lembra que o fato de os aspectos relativos à disciplina e fidelidade devidos pelos filiados aos partidos deveriam ser disciplinados nos estatutos e que o fato de assim se proceder não significaria, em absoluto, obrigar os filiados a adotarem posicionamentos cegos aos “ditames dos órgãos partidários”, e sim uma maneira eficiente de galvanizar o programa e os objetivos partidários, promovendo, por conseguinte, o fortalecimento da cultura partidária brasileira. Afonso da Silva, ao tratar deste ponto, especifica de maneira clara seu posicionamento sobre a disciplina da fidelidade partidária. Ele discorre da seguinte forma sobre o tema:

Os estatutos dos partidos estão autorizados a prever sanções para os atos de indisciplina e de infidelidade, que poderão ir da simples advertência até a exclusão. Mas a Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando, no art. 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo¹⁹⁴.

Tendo em vista essas informações iniciais sobre a fidelidade partidária, não deixa de causar espanto a forma como ela foi reintroduzida no sistema jurídico brasileiro, isto é, a

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 406-407.

partir de uma resolução do Tribunal Superior Eleitoral que seria legitimada em seguida pelo Supremo Tribunal Federal. A Resolução nº 1.398 do TSE reveste-se de uma camada tamanha de inconseqüências jurídicas que chega mesmo a estabelecer hipóteses em que a fidelidade não acarretaria a perda no mandato parlamentar: o caso de mudança ideológica do partido e o de perseguição política ao parlamentar dentro do partido.

Quando forem examinados os votos dos ministros do TSE e STF que por meio de interpretação principiológica reinstituíram no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da fidelidade partidária obrigatória, poderemos verificar como a argumentação foi construída de forma a legitimar o “poder legislativo” que o STF conferiu a si mesmo para estabelecer hipótese de perda de mandato não prevista na Constituição, utilizando-se para tanto do próprio texto constitucional. Ainda que não se possa deixar de concordar que a fidelidade partidária elimine parcialmente algumas das práticas mais abjetas do comportamento dos parlamentares brasileiros, é dizer, o vulgarmente conhecido “troca-troca partidário” sua instituição se deu de forma frontalmente contrária à Constituição. Comentários nesse sentido serão desenvolvidos com maior rigor nos tópicos seguintes.

3.2.2 Partidos políticos

A história dos partidos políticos brasileiros é longa e repleta de avanços e retrocessos. Talvez, por essa mesma razão sejam muitas as opiniões sobre uma data precisa para o surgimento dessas agremiações no Brasil. Como veremos a seguir, há autores que remetem a origem dos partidos políticos no País à primeira metade do século XIX e outros que, levando em consideração a fluidez da cultura partidária brasileira, afirmam que só se pode falar, efetivamente, do surgimento de partidos políticos a partir de 1946.

É interessante buscar compreender o desenvolvimento partidário por meio de um escorço histórico, porquanto será possível entender algumas das razões para a fraqueza dos partidos políticos como entidades aglutinadoras e do fortalecimento do personalismo político brasileiro. Naturalmente, não é possível compreender os problemas de coesão e unidade enfrentados pelos partidos políticos brasileiros somente a partir de perspectiva histórica. Há de se levar em conta, sobretudo, os aspectos técnicos do próprio sistema brasileiro (por exemplo, a adoção de listas não hierarquizadas, com a possibilidade de voto nominal é responsável, em grande medida, pela fragilidade do sistema partidário brasileiro). Porém, é irrefutável que as práticas conservadoras e a herança colonial desempenharam papel relevante

na conformação partidária e são responsáveis, também, pela ausência de uma cultura de fidelidade dos políticos aos seus partidos.

O conceito de “partido político” envolve, à primeira vista, pelo menos três elementos essenciais para sua composição. O primeiro deles é o elemento associativo que se manifesta na pluralidade das formações sociais representadas, possíveis apenas quando o sistema político alcança “um certo grau de autonomia estrutural, de complexidade interna e de divisão do trabalho”¹⁹⁵. Não é à toa que os primeiros partidos políticos surgiram na Inglaterra com o *Reform Act* de 1832, que ampliou o sufrágio, permitindo às camadas industriais e comerciais participação na gestão pública e tenham tardado a surgir na Alemanha e na Itália (na primeira, surgiram, somente, após a revolução de 1848 e, na segunda, apenas depois da unificação)¹⁹⁶. O segundo elemento é teleológico. Ou seja, os partidos políticos como associações – recordando-se o conceito clássico de Weber –, devem possuir um plano com “intuitos materiais ou ideais” ou então reunir neste plano os dois intuitos¹⁹⁷. O terceiro e último elemento, que é motivacional, está associado ao segundo e se caracteriza pela infinidade de motivações que dirigem essas associações.

Mesmo dispondo do conhecimento desses três elementos, não se afigura tarefa simples a definição de partido político. Paulo Bonavides lembra, por exemplo, que três grandes obras clássicas do século XX que se propuseram a tratar do tema, não ofereceram definição desses

¹⁹⁵ OPPO, Ana. *Partidos Políticos*. In: BOBBIO, Norberto (org.); MATTEUCCI, Nicola (org.); PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002, p. 899.

¹⁹⁶ Não podemos olvidar que a variação ideológica que opunha “Whigs” e “Tories” referia-se, sobretudo, ao conflito aristocrático-burguês marcante na Inglaterra desde o final do reinado de Carlos II. Os “tories” representavam os interesses dos proprietários e os “whigs” os interesses do capital. Nenhum deles, portanto, defendia os interesses das camadas populares. Os grandes partidos de massa surgiram somente no século XIX com o advento do movimento operário, como aponta Anna Oppo: “As transformações econômicas e sociais produzidas pelo processo de industrialização levaram à ribalta política as massas populares cujas reivindicações se expressam inicialmente em movimentos espontâneos de protesto, encontrando depois canais organizativos sempre mais complexos até à criação dos partidos dos trabalhadores. É precisamente com o aparecimento dos partidos socialistas – na Alemanha em 1875, na Itália em 1892, na Inglaterra em 1900 e na França em 1905 – que os partidos assumem conotações completamente novas: um séquito de massa, uma organização difusa e estável com um corpo de funcionários pagos especialmente para desenvolver uma atividade política e um programa político-sistemático” (OPPO, Ana. *Partidos Políticos*. In: BOBBIO, Norberto (org.); MATTEUCCI, Nicola (org.); PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002, p. 900).

¹⁹⁷ Como bem lembra Paulo Bonavides a respeito da classificação de Max Weber que dividia os partidos políticos em duas modalidades, os partidos de patronagem e os partidos ideológicos: “As organizações políticas de patronagem são aquelas, segundo o sociólogo, que têm principalmente em mira galgar o poder, mediante eleições, a fim de lograr posições de mando para os seus dirigentes e vantagens materiais, sobretudo empregos públicos, para sua clientela. Os partidos ideológicos (*Weltanschauungsparteien*) buscam a realização de ideais de conteúdo político, e se propõem por vezes a reformar e transformar toda a ordem existente, inspirados por princípios filosóficos, que implicam uma concepção nova da sociedade e do Estado. Não raro, sua ação política, sobre envolver matéria de teor constitucional, reflete do mesmo passo dissidência com a estrutura política e social estabelecida (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 358-359).

órgãos, isto é, as obras clássicas de Ostrogorsky (*La démocratie et l'organisation des partis politiques*), Michels (*Les partis politiques: essai sur les tendances oligarchiques de Démocraties*) e Duverger (*Les partis politiques*). Por isso mesmo, ele recorre a uma série de outros conceitos notórios de autores como Jellinek, Weber, Nawiasky, Kelsen, Hasbach, Field, Schattschneider, Sait, Goguel e Burdeu para formular o seu próprio conceito e verificar os elementos que, segundo o jurista paraibano, podem ser identificados nessas figuras. Ele anota nos seguintes termos:

O partido político a nosso ver, é uma organização de pessoas que inspiradas por ideias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para realização dos fins propugnados.

Das definições expostas sumariamente que vários dados entram de maneira indispensável na composição dos ordenamentos partidários: a) um grupo social; b) um princípio de organização; c) um acervo de ideias e princípios, que inspiram a ação do partido; d) um interesse básico em vista: a tomada do poder ou de domínio do aparelho governativo quando este lhes chega às mãos¹⁹⁸.

Paulo Bonavides vê, portanto, na essência dos partidos políticos (ou dessas “forças sociais”, como ele denomina) a luta pelo poder e pela preservação deste. Cada grupo agremiado sob a legenda de um partido estaria a defender interesses próprios e comuns do grupo partidário, os quais buscariam implementar na condução e gestão dos negócios públicos. Conquanto, à primeira vista, essa pretensão dos partidos políticos – alcançar o poder – possa justificar a visão negativa de que gozaram durante muito tempo entre muitos autores, não se pode deixar de reconhecer a importância deles para a democracia na atualidade. Não é possível cerrar os olhos para o papel fundamental que tais instituições desempenham para a democracia representativa e para seu funcionamento.

Obviamente, os partidos políticos, ao mesmo tempo em que são indispensáveis para a existência do dissenso, elemento essencial de qualquer democracia, necessitam de constante fiscalização. Afinal, alguns partidos acabam por serem dominados por forças internas – facções – que se utilizam do aparato partidário para fazerem valer interesses particulares.

Paulo Bonavides, ao tratar do desenvolvimento dos partidos políticos no Brasil, discorre no sentido de que, desde os primórdios, os partidos políticos estariam associados a figuras de personalidades e de líderes políticos, não se encontrando coesos em torno de sólidos ideários e programas partidários e de que não seria exagerado datar o surgimento dos

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 346

partidos políticos somente na Carta de 1946¹⁹⁹. A afirmação de Bonavides, com a qual se concorda apenas parcialmente, é bastante representativa da forma como as elites políticas brasileiras vêm se aglutinando em grupos partidários desde o passado imperial brasileiro.

De fato, há uma fluidez considerável do programa partidário dos partidos brasileiros e, por certo, não se há de negar que muitos são os partidos que sobrevivem graças a figuras únicas dentre seus filiados. No entanto, sob certa perspectiva, a assertiva de Bonavides – que presume poder apontar o surgimento dos verdadeiros partidos políticos somente a partir da Constituição de 1946 – pode ser vista como superficial, porquanto ignoraria a complexidade das combinações partidárias dos principais partidos políticos do Império, isto é, conservadores, liberais e republicanos²⁰⁰.

¹⁹⁹ “Em verdade, a vida constitucional do Brasil se fez sempre no Império e na República à base de personalidades, de líderes políticos e caudilhos, homens que dirigiam correntes de opinião ou interesses, valendo-se apenas do partido como símbolo de aspirações políticas, nunca como organizações de combate e ação, que jamais chegaram a ser. Não andaria exagerado, pois, quem datasse da Constituição de 1946 a existência verdadeira do partido político em nosso país, existência que começa com o advento dos partidos nacionais. Os cem anos antecedentes viram apenas agremiações que, à luz dos conceitos contemporâneos, relativos à organização e funcionamento dos partidos, dificilmente poderiam receber o nome partidário”. (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 377).

²⁰⁰ Sobre a conformação dos partidos imperiais é mais adequado recorrer à obra de José Murilo de Carvalho que se fundamenta em dados mais precisos e reveladores a respeito dos partidos e seus componentes. José Murilo chama a atenção para a tendência comum entre autores de não estabelecerem diferenças significativas entre os partidos liberal e conservador. Nesse sentido, ele ensina: “Mesmo sem fazer um levantamento exaustivo das várias teses a respeito da origem social e da ideologia dos partidos imperiais, podemos relacionar três posições radicalmente distintas. Há os que negam qualquer diferença entre os partidos, principalmente, o Conservador e o Liberal; há os que os distinguem em termos de classe social; há os que os distinguem por outras características, como a origem regional ou a origem rural ou urbana.

.....
 Entre os autores que negam qualquer diferença substancial entre os partidos imperiais podemos citar Caio Prado Júnior, Nelson Werneck Sodré, Nestor Duarte, Maria Isaura Pereira de Queiroz, Vicente Licínio Cardoso. Caio Prado Júnior admite certo conflito entre o que ele chama de burguesia reacionária, representada pelos donos de terra e senhores de escravo, e a burguesia progressista, representada pelo comércio e pela finança. Mas, segundo ele, esta divergência não se manifestava nos partidos. As duas correntes se misturavam nos dois partidos apesar de certa preferência dos retrógrados pelo Partido Conservador. Nestor Duarte e Maria Isaura consideram os partidos Conservador e Liberal como simples representantes de interesses agrários que, segundo eles, dominavam a política imperial. Nestor Duarte chega a admitir certa diferença entre liberais e conservadores, mas apenas na ideologia, querendo dizer com isto que a diferença e os eventuais conflitos eram puramente retóricos, sem vinculação com problemas concretos. Vicente Licínio Cardoso critica Rio Branco e Joaquim Nabuco por terem interpretado a história política do Segundo Reinado apenas em termos de luta entre os partidos Liberal e Conservador. Para ele, este conflito era falso, pois ambos os partidos representavam os interesses da escravidão sem que os separasse divergência real. Somente com o surgimento do Partido republicano, segundo Vicente Licínio Cardoso, o povo passou a ser representado no Parlamento.

Entre os que admitem diferença na origem social dos membros dos partidos imperiais, podemos citar Raymundo Faoro, Azevedo Amaral e Afonso Arinos de Melo Franco. Mas a diferença não é a mesma para os três autores. Faoro vê no Partido Conservador o representante do estamento burocrático já por nós comentado. Os liberais representariam os interesses agrários, opostos aos avanços do poder central promovido pela burocracia. Já Azevedo Amaral vê nos conservadores os representantes dos interesses rurais e nos liberais a voz dos grupos intelectuais e de outros grupos marginais ao processo produtivo, tais como mestiços urbanos. Por fim, Afonso Arinos considera os liberais como representantes da burguesia urbana, dos comerciantes, dos intelectuais e dos magistrados. O Partido Conservador representaria os interesses agrários, principalmente, os interesses cafeeiros do Rio de Janeiro.

Não podemos esquecer que o início da realidade partidária brasileira pode ser remetido a 1837²⁰¹ e, ainda que tais partidos, neste momento específico, representassem, eminentemente, os interesses das elites, denotavam, pelo menos, a oposição de dois grupos de interesses concorrentes.

O Partido Conservador que surgiu a partir da coalizão de ex-moderados e ex-restauradores propunha reformar as leis de descentralização. O Partido Liberal se formou reunindo os defensores das leis descentralizadoras. Naturalmente, se adotássemos os pressupostos hodiernos para identificar os partidos imperiais como partidos no sentido atual, certamente não seríamos bem-sucedidos nessa tarefa. Todavia, se abraçássemos tal entendimento, tampouco poderíamos classificar, por exemplo, os partidos ingleses “tories” e “whigs” como partidos políticos, e ambos são notadamente a origem ou o princípio dos partidos naquele país. Dessa forma, ainda que se compreenda a conotação empregada por Bonavides, quando de sua afirmação, não se pode concordar inteiramente com ela.

Próxima da posição de Azevedo Amaral está a formulação anterior de Oliveira Viana que, embora não distinga socialmente os dois partidos monárquicos, vê certa distinção ideológica entre ambos. O ‘idealismo utópico’ de que fala este autor, de acordo com seus próprios exemplos, seria mais próprio dos liberais, posteriormente dos republicanos. Como exemplos de idealismo utópico, Oliveira Viana cita Tavares Bastos, Teófilo Ottoni, Tito Franco, Joaquim Nabuco, Rui Barbosa e outros, todos corifeus do liberalismo. O ‘idealismo orgânico’, por outro lado, seria representado por Vasconcelos, o fundador do Partido Conservador. Mas Oliveira Viana não formulou esta diferença claramente em termos de partidos políticos. E as diferenças ideológicas, segundo ele, não se prenderiam também a diferenças de origem social.

Finalmente, Fernando de Azevedo e João Camilo de Oliveira Torres veem uma distinção de tipo rural/urbano nos Partidos Conservador e Liberal. Para ambos, o Partido Liberal representaria grupos urbanos e o Partido Conservador grupos rurais, algo à maneira de Azevedo Amaral. Por grupos urbanos, Fernando de Azevedo estaria achando bacharéis, intelectuais, pequena burguesia, padres, militares, mestiços. A alta burguesia urbana estaria aliada aos grupos rurais. Em termos de ideologia, estes grupos urbanos se caracterizariam por um pensamento alienado, importado, do tipo utópico de que fala Oliveira Viana. O pensamento adaptado e flexível viria do lado conservador e rural.

Além de variarem radicalmente as afirmações sobre a composição social dos partidos, esta variação tem por base concepções totalmente diversas sobre a estrutura social e o sistema de poder vigentes no Império. Estas concepções vão desde o império burguês de Caio Prado, incluindo setores reacionários e progressistas, à sociedade patriarcal de Nestor Duarte, ao domínio do latifúndio de Maria Isaura, à predominância do estamento burocrático de Faoro, à sociedade escravista de Vicente Licínio Cardoso, à sociedade feudal de Oliveira Vianna. Os partidos são forçados a refletir estas várias concepções, assumindo também as mais diversas fisionomias, como acabamos de ver”. (CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 202-203).

²⁰¹ “Até 1837, não se pode falar em partidos políticos no Brasil. As organizações políticas ou parapolíticas que existiram antes da Independência eram do tipo sociedade secreta, a maioria sob influência maçônica. Logo após a Abdicação, formaram-se sociedades mais abertas, tais como a Sociedade Defensora, a Sociedade Conservadora e a Sociedade Militar. Mas todas elas foram organizações *ad hoc*, girando em torno do problema político criado pela Abdicação. Uma vez morto o ex-imperador e reformulado o arranjo constitucional pelo Ato Adicional, deixaram de existir. As consequências da descentralização produzida pelo Código de Processo Criminal de 1832 e pelo Ato Adicional de 1834 e as rebeliões provinciais da Regência é que iriam, ao final da década, possibilitar a formação dos dois grandes partidos que, com altos e baixos, dominaram a vida política do Império até o final”. (CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 204).

Além disso, como deixa bem claro José Murilo de Carvalho em *A construção da ordem*:

Os partidos imperiais, em sua liderança nacional, compunham-se de intricada combinação de grupos diversos em termos de ocupação e de origem social e provincial. Não cabem a seu respeito divisões e classificações simplificadas. A complexidade dos partidos se refletia naturalmente na ideologia e no comportamento político de seus membros, dando às vezes ao observador desatento a impressão de ausência de distinção entre eles. Um exame, embora sumário, de alguns problemas cruciais enfrentados pelos políticos do Império pode, no entanto, mostrar tanto as divergências interpartidárias ou intrapartidárias²⁰².

Passando ao momento seguinte, pode-se dizer que os partidos políticos, enquanto forças sociais evoluíram em seguida, desde o fim do Império até a década de 30. Foi exatamente nesta década que ocorreu fato importante para o início desse processo evolutivo: a expedição do Código Eleitoral de 1932. Este documento trouxe importantes inovações que possibilitariam posteriormente as condições necessárias para o surgimento dos partidos políticos na sua acepção atual: a representação proporcional, o voto secreto e a Justiça Eleitoral. No entanto, como destaca Bonavides, o Código Eleitoral de 32 não estabeleceu a criação de partidos nacionais, o que poria fim ao denominado “quadro do regionalismo partidário”. Isto só viria a acontecer em maio de 1945 com a Lei n° 7.586 do novo Código Eleitoral que instituiu, ademais, a candidatura partidária obrigatória e a representação proporcional. Já em 1946, finalmente se deu a democratização do país e os partidos políticos passaram a constar expressamente no texto constitucional.

Durante o período autoritário, o tratamento conferido aos partidos políticos foi mutável. Primeiramente, eliminou-se a pluralidade de partidos, para se lograr o bipartidarismo (Constituição de 1967). Em seguida, com a Emenda n°1/69 permitiu-se maior flexibilidade ao bipartidarismo, ainda que isso não implicasse retorno ao pluripartidarismo.

Por isso, somente em 1988, com a liberação para criação de partidos políticos é que se verifica o ressurgimento, ainda que deficitário, da cultura partidária brasileira. A Constituição de 1988 traz capítulo específico relativo a partidos políticos que, no entanto, possui apenas um artigo a tratar destes órgãos tão complexos (art. 17). Nele se encontra a previsão de livre “criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos”, com a ressalva, todavia, que essas ações ocorram de forma a respeitar “a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”. O art. 17 da CF/88 possui,

²⁰² *Ibidem*, p. 219.

ainda, incisos e parágrafos que complementam o conteúdo do *caput*. Nos incisos estão previstos outros limites aos partidos políticos que devem obedecer à previsão do caráter nacional do partido político, isto é, não há agremiações partidárias estaduais ou municipais, mas, somente, nacionais; há, também, expressa proibição aos partidos políticos de receberem recursos financeiros de entidades ou de governos estrangeiros e ainda proibição de que se encontrem subordinados a eles; os partidos políticos devem, ademais, prestar contas à Justiça Eleitoral e devem funcionar nos termos da lei.

Esses seriam, basicamente, as exigências de caráter constitucional e legal que os partidos políticos devem adotar para fazerem jus aos direitos, também, elencados na Constituição Federal em seu § 1º. Este parágrafo assegura aos partidos ampla liberdade para definição de sua estrutura interna, organização e funcionamento. Além disso, essa autonomia permite-lhes “adotar critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”.

Talvez, a previsão mais importante para os fins almejados neste capítulo, seja a previsão feita pelo legislador constituinte neste mesmo § 1º de que a autonomia partidária permite que esses estabeleçam em seus estatutos normas disciplinares e que tratem da fidelidade partidária. Os parágrafos seguintes (3º, 4º e 5º) dispõem, respectivamente, sobre a personalidade jurídica, sobre direitos e recursos do fundo partidário e acesso gratuito aos meios de comunicação e a previsão de vedação ao uso de organização militar pelos partidos políticos.

É a partir do exame da jurisprudência dos tribunais superiores, ao decidirem a questão da perda do mandato político dos parlamentares trânsfugas que será possível perceber a importância dessas agremiações no presente contexto. Os ministros do STF decidiram que o mandato pertence aos partidos e não aos parlamentares, dessa forma esses entes ganham ainda mais relevância no modelo democrático brasileiro, dada sua imprescindibilidade para os indivíduos exercerem o mandato. Em certo sentido, pode-se depreender dos votos dos ministros do STF ao julgarem os mandados de segurança 26.602, 26.603 e 26.604 que a própria soberania do povo foi condicionada em razão do vínculo inextricável que haveria entre os eleitos e os partidos.

3.2.3 Mandato

O mandato, conforme lição de Bonavides, pode ser: representativo ou imperativo²⁰³. O primeiro tem suas origens na história revolucionária francesa e está relacionado à compreensão de que a nação seria titular do poder soberano (de acordo com o texto da Constituição revolucionária, os representantes do povo seriam o corpo legislativo e o rei). O segundo é aquele em que os atos do mandatário estão sujeitos à vontade do mandante. Isto é, o eleito é visto como mero “depositário da confiança do eleitor”. Para muitos autores, o mandato imperativo seria uma “reminiscência incômoda do absolutismo”.

Este conceito-chave é essencial para a discussão travada neste capítulo. Afinal, a aceitação da hipótese de perda do mandato político, por cometimento de infidelidade partidária estabelece que o mandato pertence ao partido e não ao eleito ou ao eleitor.

A primeira vista, seria possível imaginar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, amparada na resolução do Tribunal Superior Eleitoral, seria uma decorrência lógica do modelo de sistema proporcional adotado para as eleições de deputados federais, estaduais e vereadores. Afinal, é grande o número de parlamentares que não logram obter, de maneira isolada, a parcela de votos correspondente ao coeficiente eleitoral, sendo necessário considerar os votos conferidos à legenda do partido e aos outros candidatos. No entanto, essa primeira impressão logo é desfeita, considerando-se que no Brasil é possível a formação das denominadas coligações partidárias que permitem que os votos dados às legendas dos partidos coligados e aos candidatos desses determinar o quociente partidário, por meio do qual será possível calcular o número de cadeiras obtidas pela coligação. Ao contrário do que se poderia imaginar, é vedada a troca de partido entre candidatos da mesma coligação, uma evidente contradição com os fundamentos apresentados pelos ministros do Supremo.

Não se pode deixar de mencionar ainda outra hipótese, isto é, a daqueles candidatos que se elegeram com quantidade de votos superior ao quociente eleitoral (uma minoria) e que, por isso, poderiam, adotando-se raciocínio lógico, trocar de partido livremente, o que, no entanto, é vedado de acordo com a compreensão do Supremo Tribunal Federal. Há de se perceber que o entendimento da Corte Suprema não levou em consideração as peculiaridades do sistema eleitoral brasileiro.

A concepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal possui outro efeito inocultável, é dizer, promoveu o rompimento do laço entre o eleitor e o eleito. Ao considerar que os

²⁰³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 258.

parlamentares quando trocam de partido cometem infidelidade contra os partidos, deixam de considerar a infidelidade cometida contra os eleitores. Trata-se, enfim, de uma decisão de amplos efeitos no cenário político brasileiro e muitos deles nem sempre positivos.

3.2.4 Sistemas eleitorais

Os sistemas eleitorais consistem em tema fundamental para a compreensão do tema ora em apreço. Compreender o seu significado, seus efeitos no cenário político e seu funcionamento técnico no Brasil facilita o entendimento da discussão sobre a perda do mandato político, em razão de infidelidade partidária, especialmente se tivermos em mente, sobretudo, o modelo proporcional utilizado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores (que foi inicialmente o primeiro a ser afetado pela resolução do TSE). Dessa forma, procura-se traçar em linhas gerais alguns comentários sobre os sistemas eleitorais de maneira ampla e no caso brasileiro em especial. Como já se deixou claro anteriormente, a intenção não é a de se esgotar o tema (o que não seria possível ou recomendável), mas fornecer subsídios para melhor apreensão do assunto principal deste capítulo.

Partindo-se da necessidade de se conceituar os sistemas eleitorais, pode-se recorrer a algumas definições conhecidas sobre a matéria. Ainda que essas não sejam as únicas definições existentes acerca de sistemas eleitorais, constituem ponto de partida sólido para a abordagem a ser aqui realizada. José Afonso da Silva, por exemplo, oferece conceito sucinto do que se deve entender por sistema eleitoral. Ele designa sistema eleitoral o “conjunto de técnicas e procedimentos que se empregam na realização das eleições, destinados a organizar a representação do povo no território nacional”²⁰⁴. Essas técnicas podem variar e a combinação delas é que indica que espécie de sistema eleitoral será adotada em determinado lugar, isto é, se um sistema eleitoral proporcional, majoritário ou misto. Luís Virgílio Afonso da Silva pondera sobre o assunto e se utiliza das definições de outros autores para ampliar a significação do que se deve entender por sistemas eleitorais. Ele parte do conceito, segundo ele, “excessivamente limitativo” que diz que os “sistemas eleitorais são métodos de transformação de votos em mandatos (ou cadeiras parlamentares)”²⁰⁵ para em seguida ampliá-la com base nas noções elaboradas por Dieter Nohlen e Douglas Rae.

²⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 368.

²⁰⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídicos-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 35.

Para Rae, conforme Virgílio Afonso da Silva, os sistemas eleitorais seriam “o conjunto de normas (*electoral laws*) que ‘regulam os processos pelos quais esses votos são transformados em parcelas da autoridade governamental (tipicamente cadeiras parlamentares) entre os partidos políticos em disputa’²⁰⁶. De acordo com Virgílio a falha da definição de Rae estaria em deixar de fora a “possibilidade do eleitor expressar sua preferência por um candidato e não necessariamente por um partido”. Já Dieter Nohlen definiria sistemas eleitorais como “o modo pelo qual os eleitores expressam em votos sua preferência partidária ou pessoal, a qual será traduzida em mandatos”²⁰⁷. Basicamente, a ampliação do conceito se dá pelo acréscimo de “elementos anteriores à conversão de votos em mandatos”, tais como a “forma como os eleitores expressam sua vontade”.

Seguindo-se uma abordagem tradicional e simplificada do assunto, pode-se dizer que os sistemas eleitorais são divididos com base em dois princípios: o princípio da eleição majoritária (sistema majoritário) e o princípio da eleição proporcional (sistema proporcional). Há ainda os denominados mistos ou semiproportionais que “seriam aqueles sistemas que não se encaixassem de forma inequívoca em uma das duas categorias anteriores”²⁰⁸. Obviamente, se buscássemos desenvolver o tema na direção de outras classificações, poderíamos com o auxílio da doutrina estrangeira abordar teorias como a do contínuo (*continuum*)²⁰⁹ e a de Dieter Nohlen que divide os sistemas em apenas dois tipos, isto é, sistemas majoritários e proporcionais, excluindo a existência dos denominados sistemas mistos. No entanto, como o interesse precípuo aqui é a realidade jurídico-política brasileira, devemos manter o foco nas classificações que levem em consideração os sistemas majoritários e proporcionais, o que, de imediato, excluiria a necessidade de discorrer sobre a teoria do contínuo, salvo como mera curiosidade do direito comparado.

Antes de qualificarmos cada um dos sistemas eleitorais, é importante fazer algumas ressalvas sobre os autores consultados a respeito do tema. Utiliza-se a obra clássica de José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, como referência sobre o assunto, contudo, procura-se trazer os acréscimos de Virgílio Afonso da Silva em sua obra *Sistemas Eleitorais*. Os dois autores divergem em muitos pontos. Por exemplo, José Afonso da Silva classifica o modelo de sistema eleitoral alemão como modelo representativo do tipo

²⁰⁶ *Ibidem*, p.36.

²⁰⁷ *Idem, ibidem*.

²⁰⁸ *Idem*, p. 67.

²⁰⁹ Esta teoria procura inserir os sistemas eleitorais em um classificação não baseada em categorias diversas e paralelas, mas como aponta Virgílio Afonso da Silva “[...] em uma linha contínua, sem quebras, que começaria com o sistema eleitoral proporcional perfeito, ainda que este só exista em teoria, e termina, na outra ponta da linha contínua, com o sistema eleitoral que maiores distorções produza” (*Idem*, p. 69).

proporcional²¹⁰. Virgílio Afonso da Silva, contrariamente, procura deixar claro que a Alemanha não se trataria de um sistema misto, mas de um sistema proporcional. Essa é apenas uma das muitas divergências entre os dois autores. Feitas tais considerações é possível passar a qualificação dos sistemas eleitorais.

O sistema majoritário estabelece que aquele candidato que receba a maioria de votos (absoluta ou relativa) na eleição seja o candidato eleito. Com ele se associa o sistema de eleições distritais (distritos uninominais ou unipessoais e plurinominais ou pluripessoais). No caso de distritos uninominais ou unipessoais é concedida a oportunidade ao eleitor de escolher entre candidatos individuais em cada partido. Já no caso de distritos plurinominais ou pluripessoais (sistema de listas), cada partido poderá apresentar uma lista com vários candidatos para a escolha dos eleitores distritais.

O sistema eleitoral proporcional, por sua vez, é aquele que rege as eleições dos deputados federais, das Assembleias Legislativas dos Estados e das Câmaras de Vereadores. Como afirma José Afonso da Silva, a escolha do sistema proporcional implica que “a representação, em determinado território (circunscrição), se distribua em proporção às correntes ideológicas ou de interesse integrada nos partidos políticos concorrentes”²¹¹. O sistema proporcional suscita problemas, por vezes, para descobrir quem deve ser considerado eleito, daí a importância de conceitos como: votos válidos, quociente eleitoral, quociente partidário e distribuição dos restos²¹².

²¹⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, p. 80-85.

²¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 371.

²¹² Em sua obra *Curso de direito constitucional positivo* José Afonso da Silva oferece boa definição de cada uma dessas expressões tão importantes para a compreensão do sistema representativo proporcional: “(A) Votos válidos: para a determinação do quociente eleitoral, contam-se, como válidos, os votos dados à legenda partidária (votação apenas em nome do partido) e os votos de todos os candidatos. Os votos nulos não entram na contagem. O parágrafo único do art. 106 do Código Eleitoral também manda contar, como válidos, os votos em branco. Essa regra não foi recebida pelo novo ordenamento constitucional, que dá clara indicação de que voto branco não é computável (art. 77, § 2º). (B) Quociente eleitoral: determina-se o quociente eleitoral, dividindo-se o número de votos válidos pelo número de lugares a preencher na Câmara dos Deputados, ou na Assembleia Legislativa estadual, ou na Câmara Municipal, conforme o caso, desprezada a fração igual ou inferior a meio, arredondando-se, para 1, a fração superior a meio. (C) Quociente partidário: é o número de lugares cabível a cada partido, que se obtém dividindo-se o número de votos obtidos pela legenda (incluindo os conferidos aos candidatos por ela registrados) pelo quociente eleitoral, desprezada a fração. (D) Distribuição dos restos: feitas as operações supra-indicadas, ficar-se-á sabendo quantos candidatos elegeu cada partido. Acontece que podem sobrar lugares a serem preenchidos, em consequência de restos de votos em cada legenda não suficientes, de per si, para fazer mais um eleito. Há vários métodos para a distribuição dos lugares restantes entre os partidos que concorrem à eleição. Para solucionar esse problema da distribuição dos restos ou das sobras, o direito brasileiro adotou o método da maior média, que consiste no seguinte: adiciona-se mais um lugar aos que foram obtidos por cada um dos partidos; depois, toma-se o número de votos válidos atribuídos a cada partido e divide-se por aquela soma; o primeiro lugar a preencher caberá ao partido que obtiver a maior média; repita-se a mesma operação tantas vezes quantos forem os lugares restantes que devam ser preenchidos, até sua total distribuição entre os diversos partidos

O sistema eleitoral misto na visão de José Afonso da Silva seria dividido em mais de um tipo, e seriam representativos deles: o sistema de eleição proporcional personalizado ou do tipo alemão, e do tipo mexicano. No primeiro, do tipo alemão, proceder-se-ia a uma divisão de cada um dos votos em duas partes, computando-se separadamente cada um, de forma a eleger a metade dos candidatos por circunscrições distritais e a outra com base em listas de base estadual²¹³. Já o sistema representativo misto aplicado no México tem por característica especial o objetivo de criar oportunidades às minorias. Neste, ao contrário daquele de tipo alemão, predomina a maioria.

Diversamente de José Afonso, Virgílio Afonso da Silva entende que os sistemas denominados mistos, na realidade, não existiriam, porquanto ou o sistema é regido pelo princípio majoritário, no qual se busca formar maiorias parlamentares, ou o sistema é regido pelo princípio proporcional que procura formar um legislativo que reflita as diversas correntes de pensamento existentes na sociedade²¹⁴. Ademais, como já se mencionou, Virgílio Afonso da Silva classifica o modelo alemão como do tipo proporcional e não misto.

No que diz respeito a sistemas representativos, o Brasil apresenta “inovação curiosa”. Isto é, o sistema representativo proporcional, o mesmo desde 1932, caracteriza-se por ter listas fechadas e votação nominal. Essa peculiaridade faz com que o Brasil confira maior importância ao desempenho individual dos candidatos no pleito do que ao de seus partidos como um todo.

Com isso, ocorre o enfraquecimento do ideário partidário, uma vez que os candidatos destacam-se individualmente, não obstante o sistema ser representativo proporcional. Agravam-se os personalismos representados, muitas vezes, de maneira caricatural e grotesca na pessoa de candidatos que possuem grande autonomia em relação a seus partidos políticos. Abre-se espaço, também, para a indisciplina partidária que alcança sua máxima representação na prática da infidelidade partidária.

(Código Eleitoral, art. 109)”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 372).

²¹³ José Afonso da Silva aponta a tentativa feita por muitos de sugerir que o sistema de eleição proporcional personalizado (do tipo alemão) seria adequado ao Brasil. Ele se exprime nos seguintes termos: “Por esse sistema, que tem sido muito reivindicado para o Brasil, cada Estado será dividido em tantos distritos em número igual à metade dos lugares a preencher; cada partido apresentará um candidato para cada distrito e uma lista partidária para todo o Estado. O eleitor disporá de dois votos: o primeiro será distribuído a um dos candidatos do distrito, assinalando um nome, e o outro, a uma das listas partidárias, assinalando uma legenda (voto de legenda). Segundo o sistema alemão, para calcular o número de lugares que corresponde aos partidos, se tomará em consideração a porcentagem de votos obtidos pela legenda. Feito isso, se verificará quantos candidatos cada partido elegeu pelos distritos e quantos elegeu pelo sistema de listas. Disso se vê que o critério decisivo é o proporcional. (*Ibidem*, p. 376).

²¹⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 78.

3.3 Retrospecto da discussão sobre a fidelidade partidária e perda do mandato político a partir da Consulta n° 1.398 até a última decisão do STF sobre a matéria nas ADINs n° 3.999 e n° 4.086

Uma boa forma de compreender como a questão da fidelidade partidária voltou a dominar a pauta de julgamentos dos principais tribunais superiores brasileiros é traçar passo a passo a discussão sobre a matéria desde o ano de 2007 até o presente momento. Optou-se por iniciar esse breve histórico destacando, primeiramente, a Consulta n° 1.398 feita ao Tribunal Superior Eleitoral pelo Partido da Frente Liberal (PFL) – embora, a discussão já tivesse sido iniciada, em certo sentido, na decisão do STF que pôs fim à cláusula de barreira²¹⁵ –, para em seguida passar a analisar a decisão do STF, no julgamento dos mandados de segurança n° 26.602, 26.603 e 26.604. Como último ponto desse histórico, escolheu-se tratar do julgamento das ADINs n° 3.999 e n° 4.086, nas quais o STF reafirmou o entendimento acerca da Resolução 22.610/07 do TSE que legitimou a perda do mandato por motivo de “infidelidade” partidária. Assim, examinando pontualmente cada etapa do desenvolvimento dessa questão, fica menos nebuloso enfrentar o assunto em toda sua complexidade.

Esse breve apanhado se apresentaria da seguinte maneira:

1°) o PFL (atual Democratas) questiona na Consulta n° 1.398 feita ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), se os partidos e coligações teriam o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional nas hipóteses de pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato pelo partido pelo qual se elegeu para outro distinto;

2°) o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) define em resposta à Consulta n° 1.398 do PFL que os mandatos obtidos nas eleições pelo voto proporcional pertencem aos partidos

²¹⁵ “Em dezembro, quando por unanimidade o STF derrubou a cláusula de barreira (conferir obra, destes autores, *Exortação de direito eleitoral*, Tomo II, Capítulo 28, Premier Editora, 2008, com o tema completo), o ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para a ‘imperiosa’ necessidade de mudança na jurisprudência sobre fidelidade partidária. Para ele, a troca de partido representa uma evidente violação à vontade do eleitor e ‘um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos!’. Ele relembra o teor do § 1°, art. 17 da Constituição Federal, que diz que o estatuto das agremiações partidárias deve estabelecer normas de fidelidade e disciplina. Na ocasião, criticou o atual entendimento do STF, de que a infidelidade partidária não repercute sobre o mandato exercido. Para Gilmar Mendes, o abandono da legenda deve ser punido com a perda do mandato. ‘Embora haja participação especial do candidato na obtenção de votos com o objetivo de posicionar-se na lista dos eleitos, tem-se que a eleição proporcional se realiza em razão de votação atribuída à legenda’, explicou o ministro. Para o ministro Marco Aurélio, ministro do STF e presidente do Tribunal Superior Eleitoral, a Corte Suprema só está aguardando o primeiro processo sobre a matéria chegar a plenário para que essa tendência seja confirmada.

.....
Em seu voto contra a cláusula de barreira, Marco Aurélio sinalizou a favor da fidelidade. ‘*Surge incongruente assentar a necessidade de o candidato ter, em um primeiro passo, o aval de certo partido e, a seguir eleito, olvidar a agremiação na vida parlamentar. O casamento não é passível desse divórcio*’ ”. (CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 69-70).

políticos e não aos candidatos eleitos. A resposta elaborada pelo Tribunal Superior Eleitoral – que viria a se transformar na Resolução nº 22.526/2007 – foi dada com base na competência conferida a este tribunal de responder consultas referentes à matéria eleitoral, feitas por autoridades com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político. Tal previsão encontra-se no art. 23, XII, do Código Eleitoral, que dispõe:

Art. 23 – Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,

.....
XII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal, ou órgão nacional de partido político.

3º) No dia 04 de outubro de 2007, quinta-feira, os ministros do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, Cármen Lúcia, Menezes Direito, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e a então presidente da Corte, Ellen Gracie, votam pelo indeferimento dos mandados de segurança nº 26.602 e nº 26.603 (respectivamente propostos pelo PPS e PSDB) e pelo deferimento parcial do mandado de segurança nº 26.604 (proposto pelo DEM), relativo ao caso da deputada Jusmari Oliveira, única deputada desfilhada do partido após a resposta do TSE à Consulta nº 1.398. Os mandados de segurança pediam de volta os mandatos dos deputados considerados infiéis pelos partidos, em razão do abandono da legenda após o pleito. O Supremo Tribunal Federal decidiu nessa ocasião que a infidelidade partidária geraria a perda de mandato e essa decisão passaria a valer a partir do dia 27 de março de 2007, quando o TSE disse que o mandato pertencia aos partidos e não aos candidatos individualmente²¹⁶.

²¹⁶ Como apontam os autores Thales Tácito Cerqueira e Camila Rodrigues: “O voto condutor da decisão foi o do ministro Celso de Mello, para quem a mudança de partido sem uma razão legítima viola o sistema proporcional das eleições, determinado no art. 45 da Constituição Federal, desfalcando a representação dos partidos e fraudando a vontade do eleitor. Seguiram esse entendimento os ministros Cármen Lúcia Antunes Rocha, Carlos Alberto Menezes Direito, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Ellen Gracie;”. Sobre o assunto é importante também mencionar a decisão dos ministros acerca de quando a decisão sobre a perda do mandato por razão de infidelidade partidária passaria a valer, isto é, a modulação dos efeitos da decisão. Os autores Thales Tácito e Camila Rodrigues identificam três correntes que se delinearam no Supremo Tribunal Federal a partir deste julgamento. Conforme apontam os autores: “Ao todo, três correntes se formaram sobre o tema no STF (após o início da legislatura; após a decisão do TSE na Consulta 1398 e a partir da decisão do STF em 04/10/2007)”; Ainda segundo os autores teria surgido uma quarta corrente: “Uma quarta corrente – que não foi adotada nos votos do STF – foi a do PGR, no caso, que a decisão valesse somente na próxima legislatura, leia-se, ‘não alterando as regras do jogo no meio do campeonato’”; A corrente adotada pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, contudo, privilegiava o pronunciamento do TSE de 27 de março de 2007, como ponto de partida a ser considerado para as decisões que tratassem da perda do mandato por infidelidade partidária. Tal vertente foi defendida pelos ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Carlos Alberto Menezes Direito, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Ellen Gracie. Os ministros Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio defendiam entendimento diverso daquele que predominou. O primeiro entendia que a decisão deveria ter validade não a partir da decisão do TSE, mas da decisão do STF de 04 de outubro de 2007. Já os dois últimos, entendiam que a decisão somente deveria começar a valer a partir do início da legislatura. O ministro Ricardo

Cabe lembrar ainda que os ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa manifestaram-se no sentido de que na Constituição Federal brasileira não haveria dispositivo disciplinando a perda de mandato por infidelidade partidária. Essa decisão está expressa na Resolução nº 22.610 do TSE que disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária;

4º) Julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) nº 3.999 e 4.086 (12.11.2008), ajuizadas respectivamente pelo Partido Social Cristão (PPS) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR) em face da Resolução nº 22.610/07 do TSE. Por 9 votos a 2, o plenário do Supremo Tribunal Federal declara improcedentes ambas as ADINs. Por meio dessa decisão o STF reiterou seu posicionamento anterior quanto à constitucionalidade da Resolução nº 22.610/07 do TSE, até que o Parlamento exerça a sua competência e regule a matéria em lei específica. Houve apenas dois votos discordantes, os dos ministros Eros Grau e Marco Aurélio.

3.4 A Consulta nº 1.398 feita pelo PFL ao TSE

A Consulta feita pelo então Partido da Frente Liberal (atual Democratas – DEM) ao Tribunal Superior Eleitoral marcou o início das discussões sobre a reintrodução da fidelidade partidária compulsória no Brasil. A Consulta nº 1.398, também foi a primeira de uma série de outras consultas que viriam a seguir²¹⁷ e notabilizou-se por questionar a possibilidade dos partidos e coligações “preservarem” as vagas dos candidatos eleitos pelo sistema eleitoral proporcional que procedessem ao cancelamento de filiação ou solicitassem transferência para

Lewandowski sequer chegou a se pronunciar sobre o assunto por entendê-lo não passível de ser discutido por meio de mandado de segurança. (CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 210-211).

²¹⁷ Para recordar algumas delas, podemos mencionar a Consulta nº 1439 feita pelo deputado federal Celso Russomano (PP-SP), que indagava acerca da possibilidade de mudança de legenda, na mesma coligação, ainda no curso do mandato eleitoral. A Consulta nº 1403, que foi protocolada pelo Partido Social Liberal (PSL) e que encerra, basicamente, dois questionamentos: o primeiro deles sobre a possibilidade do suplente assumir a titularidade do cargo do parlamentar considerado “infel”, sem que o legitimado renuncie à condição da titularidade para o suplente; e segunda, sobre a aplicação do princípio da anualidade à Consulta nº 1398. Importantes também as Consultas nº 1407 e 1408 e que questionavam a decisão sobre a titularidade do mandato eletivo. A Consulta nº 1407 indagava sobre a possibilidade de que os partidos e coligações pudessem preservar as vagas dos candidatos obtidas pelo sistema eleitoral majoritário. A Consulta nº 1408 que levantava a hipótese de que, no caso de ocorrerem mudanças profundas no ideário do partido, se os parlamentares que deixassem o partido, porquanto dessa mudança na ideologia estariam sujeitos ou não à perda do mandato. Dignas de menção ainda são as Consultas nº 1416 e 1440, respectivamente, a tratar da situação do mandato no caso de expulsão do parlamentar do partido; e sobre a situação do candidato que tenha atingido o coeficiente eleitoral e que deixa o partido. (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *TSE recebeu mais seis Consultas sobre fidelidade partidária desde a decisão da Corte de que o mandato pertence ao partido*. Disponível em: <<http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=942206>>. Acesso em 17 mar. 2009).

outro partido, não obstante tivessem sido eleitos pelos partidos que pretendem deixar. A Consulta nº 1.398, formulada pelo PFL, questionava nos seguintes termos:

Considerando o teor do art. 108 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático.

Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político ideológico dos candidatos.

Considerando ainda que, também, o cálculo das médias é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.

INDAGA-SE:

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?

Os ministros do Tribunal Superior Eleitoral pronunciaram-se favoravelmente à Consulta nº 1.398, tendo sido vencido o voto do ministro Marcelo Ribeiro²¹⁸. Dessa forma, determinou-se na Resolução nº 22.526 não só a (re) instauração da fidelidade partidária, como também, a compreensão de que o mandato seria do partido e não do candidato eleito ou do eleitor. A partir do exame do voto de cada ministro do Tribunal Superior Eleitoral fica mais fácil identificar as correntes adotadas por cada um, e, naturalmente, antecipar alguns dos argumentos que seriam utilizados no julgamento dos mandados de segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604 no Supremo Tribunal Federal, uma vez que três dos ministros deste tribunal

²¹⁸ “No dia 29 de março de 2007, por maioria de 6 votos a 1, os ministros do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) definiram que os mandatos obtidos na eleições, pelo sistema proporcional (deputados estaduais, distritais, federais e vereadores), pertencem aos partidos políticos ou às coligações e não aos candidatos eleitos. A decisão foi proferida como resposta à Consulta (CTA) nº 1398 do Partido da Frente Liberal (PFL), que se transformou na Resolução nº 22526/2007). Com isso, se o candidato, após o pleito, mudasse de partido, este ou coligação originária estaria apto, na Justiça Eleitoral, a ajuizar ação constitutiva, com ampla defesa, de reivindicação da Cadeira, uma vez que esta pertenceria ao partido ou coligação, mas não ao candidato, uma vez que o sistema é proporcional. A única exceção à perda do mandato estaria numa eventual justificativa plausível e motivada, pelo candidato, para a saída do partido, a ser analisada sob o crivo do contraditório. Várias ações foram protocoladas neste sentido na Justiça Eleitoral, sendo que o STF terá que dar a palavra final sobre a constitucionalidade deste entendimento. A decisão da Consulta, além da Câmara dos Deputados, também é válida para Assembleias Legislativas e Câmara dos Vereadores, o que significa que outras dezenas de parlamentares também podem ficar sem mandato. Mas o tema é espinhoso. De um lado, no TSE, tínhamos três Ministros do STF que tendiam a manter sua posição eleitoral. Ademais, o que disseram na cláusula de barreira foi exatamente que o mandato pertence ao partido. Todavia, temos o art. 55 da CF/88 que não prevê perda do mandato, logo, o art. 26 da Lei nº 9.096/95 seria, em tese, inconstitucional, e aqui repousará toda a discussão constitucional do tema. Assim, o STF ao declarar inconstitucional a regra que restrinja a atuação parlamentar de deputados de partidos com baixo desempenho eleitoral, pelo menos seis ministros do Supremo apontaram a alternativa mais legítima e eficaz para garantir a seriedade das legendas: a fidelidade partidária. (CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil: temas complexos*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 68).

compõem, também, o corpo do Tribunal Superior Eleitoral, a saber, os ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto.

3.4.1 Os argumentos dos ministros do TSE

A seguir, encontra-se resumo do voto de cada ministro do Tribunal Superior Eleitoral, emitidos na resposta à Consulta nº 1.398. Seus principais argumentos são analisados detidamente para que seja mais fácil compreender o que foi aduzido por cada um nesse importante julgado que serviria de fundamento à proposição dos mandados de segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, cuja discussão no Supremo Tribunal Federal permitiria a formação de novo entendimento a respeito da fidelidade partidária no direito brasileiro.

3.4.1.1 O voto do Ministro César Asfor Rocha

O primeiro dos ministros a se manifestar foi o relator Cesar Asfor Rocha. Ele cita os arts. 14, § 3º, V e 17, § 1º da Constituição Federal para fundamentar sua defesa do instituto da fidelidade partidária. No seu voto ele procura, inicialmente, assentar as bases para sua argumentação, que procura destacar que a figura individual do político está terminantemente associada à de sua legenda ou partido. Asfor Rocha recorda que não existe candidato sem partido, uma vez que a filiação partidária é condição imprescindível de elegibilidade do cidadão, conforme prescreve a Constituição. O ministro, por meio de seu voto, procura, ainda, recordar o ideal constitucional da autonomia que deve reger os partidos políticos. Isto fica claro, quando ele menciona o art. 17, § 1º da CF/88:

[...] A Carta Magna Brasileira estabelece, como condição de elegibilidade do cidadão, dentre outras, a filiação partidária (art. 14, § 3º, V), enquanto o art. 17, § 1º, assegura aos partidos políticos estabelecer normas de fidelidade e disciplina, o que serve de indicativos suficientes para evidenciar que a democracia representativa, no Brasil, muito se aproxima da partidocracia de que falava o referido doutrinador francês Maurice Duverger [...].
(TSE, Cta nº 1.398 - DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 08/05/2007, p. 3-4)

Nesse contexto, é interessante transcrever o exato conteúdo dos dispositivos constitucionais utilizados pelo Ministro César Asfor Rocha no seu voto. O primeiro deles, o artigo 14, § 3º, V, que se encontra no capítulo IV da Carta Constitucional, dispõe da seguinte maneira:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

.....
 § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

.....
 V- a filiação partidária.

O art.17, § 1º ressaltado pelo ministro é também importante e dispõe nos seguintes termos:

Art. 17. 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:

.....
 § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Na compreensão do ministro do Tribunal Superior Eleitoral e relator na resposta à Consulta nº 1.398 não haveria maiores dificuldades em acatar a tese da perda do mandato parlamentar, nas hipóteses de candidatos infiéis às suas legendas originárias. Seu posicionamento estaria, afinal, de acordo com o entendimento doutrinário de que a filiação partidária expressaria nada menos que o vínculo do cidadão com o respectivo partido político²¹⁹. Dessa compreensão decorria, também, outra que indica pertencer o mandato não ao eleito ou aos eleitores, mas aos partidos políticos, que funcionariam como plataformas para que os candidatos pudessem se eleger. Além disso, o candidato jamais poderia “possuir” o mandato político, porquanto se trata este de “função política pública” e, como verdadeiro *múnus público*, não se prestaria a apropriações de cunho privado.

²¹⁹ Nesse sentido, discorre Adriano Soares da Costa: “A filiação partidária é um pressuposto constitucional relevante, pois indica a impossibilidade de existirem candidaturas avulsas, independentes dos partidos políticos. O mandato eletivo, como exercício da representação indireta dos eleitores na administração *lato sensu* da coisa pública, deve ser outorgado a nacionais vinculados às agremiações políticas, que são associações de cidadãos, no gozo de seus direitos políticos, unidos por uma ideologia e por uma disposição legítima de alcançarem o poder. Assim, o partido político se constitui em pessoa jurídica de direito privado (art. 17, § 2º da CF/88 c/c art. 1º da LPP), com a finalidade de assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defesa dos direitos fundamentais definidos na Carta. Todo partido tem um programa, ideias-forças que unem os seus associados em torno de objetivos políticos e às quais são eles vinculados, sob pena de ferirem a fidelidade partidária (art. 23 da LPP)” (COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade; direito processual eleitoral; comentários à lei eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 154).

Conforme as próprias palavras do Ministro César Asfor Rocha:

[...] Ora, não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária.

Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela de soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor.

Todavia, parece-me incogitável que alguém possa obter para si – e exercer como coisa sua – um mandato eletivo, que se configura essencialmente como uma função política e pública, de todo avessa e inconciliável com pretensão de cunho privado [...].

(TSE, Cta nº 1.398 - DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 08/05/2007, p. 5)

Mediante essas palavras, o autor do voto também recobra a necessidade de se observar o princípio constitucional da moralidade (art. 37 da CF/88)²²⁰. É dizer, ao considerar o exercício do mandato parlamentar como uma verdadeira “função política pública”, o Ministro Asfor Rocha termina por afirmar que, na hipótese de atribuir o cargo ao eleito e não ao partido, estar-se-ia aceitando a violação desse princípio.

O Ministro César Asfor Rocha faz referência, ainda, ao texto do art. 175, § 4º do Código Eleitoral que na sua leitura estaria a enfatizar a tese por ele defendida de que o

²²⁰ “De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da *lealdade e boa fé*, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 109). É interessante citar também a lição de Hely Lopes Meirelles sobre este importante princípio: “A *moralidade administrativa* constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da *moral comum*, mas sim de uma *moral jurídica*, entendida como o ‘conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração’. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 83).

mandato parlamentar seria dos partidos e não dos eleitos. Este artigo dispõe da seguinte forma:

Art. 175.

.....
 § 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento do registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.

No mesmo sentido, estaria a dispor o art. 176 do Código Eleitoral brasileiro ao trazer o seguinte enunciado no seu *caput* e incisos:

Art. 176. Contar-se-á o voto apenas para a legenda, nas eleições pelo sistema proporcional:

I – se o eleitor escrever apenas a sigla partidária, não indicando o candidato de sua preferência;

II – se o eleitor escrever o nome de mais de um candidato do mesmo Partido;

III – se o eleitor, escrevendo apenas os números, indicar mais de um candidato do mesmo Partido;

IV – se o eleitor não indicar o candidato através do nome ou do número com clareza suficiente para distingui-lo de outro candidato do mesmo Partido.

Ambos os artigos trariam impressos no seu conteúdo a ideia de que os votos pertenceriam ao partido político, pois como afirma César Asfor Rocha, “do contrário, não teria explicação o seu cômputo para a agremiação partidária nos casos mencionados nos referidos dispositivos do Código Eleitoral;”.

3.4.1.2 O voto do Ministro Marco Aurélio

O voto do Ministro Marco Aurélio, ademais de enumerar os mesmos dispositivos constitucionais mencionados por César Asfor Rocha em seu voto, recorre ao texto da Lei nº 9.096/95, isto é, a Lei dos Partidos Políticos, para corroborar a tese de que o mandato pertenceria ao partido no sistema proporcional e não aos candidatos. O ministro aponta, inicialmente, o art. 24 da lei em questão, cuja letra dispõe:

Art. 24. Na Casa Legislativa, o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos

e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto.

Com isso, Marco Aurélio procura enfatizar que o integrante do partido encontra-se subordinado ao partido e aos programas e princípios e diretrizes definidos por este. Ou seja, tratar-se-ia de outra indicação legal do verdadeiro papel dos candidatos em relação aos seus partidos e em relação aos mandatos que exerceriam em função desses partidos. Seguindo essa linha de pensamento, o ministro se reporta ao art. 25 da Lei nº 9.096/95, que também teria importância para a compreensão da tese de que os mandatos pertenceriam, de fato, aos partidos.

O art. 25 da Lei de Partidos Políticos traz uma série de prerrogativas e poderes que o partido político possui em relação aos seus integrantes. Esse rol variado confere aos partidos poderes punitivos aos partidos para que possam impor desde medidas disciplinares básicas à suspensão e restrições à atuação dos políticos no interior dos partidos. Conforme esclarece a leitura do artigo em questão:

Art. 25. O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Nenhum desses artigos, porém, é tão expresso quanto o art. 26 da lei dos Partidos Políticos. Este dispõe expressamente que o parlamentar que deixar o partido pelo qual tenha sido eleito perde o cargo ou função exercido em virtude da proporção partidária.

A leitura que o Ministro Marco Aurélio faz, portanto, da questão é favorável a responder positivamente à Consulta nº 1398 feita pelo DEM. Assim como o relator da resolução, Marco Aurélio acredita estar indo ao encontro dos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, dentre eles, mais especificamente, ao princípio da moralidade administrativa.

3.4.1.3 O voto do Ministro César Peluso

O raciocínio do Ministro Peluso visa demonstrar a relação inextricável entre o sistema proporcional e os partidos políticos. Segundo ele, não se pode olvidar que o sistema

representativo proporcional tem por base número fixo de cadeiras determinado pela própria Assembleia. De acordo com a lógica desse sistema, o número de votos válidos é dividido pelo número de cadeiras a serem preenchidas, para que daí se obtenha o quociente eleitoral (condição para preencher uma cadeira). O quociente eleitoral é que vai estar relacionado aos partidos e que indicará quantas cadeiras caberão a cada partido.

Dessa forma, nas palavras de Peluso, existiria “nítida e visceral dependência” entre o sistema representativo proporcional e os partidos políticos. Esta dependência ficaria caracterizada, por exemplo, na hipótese daquele candidato que eleito por determinada legenda no sistema proporcional, não o fosse se tivesse sido candidato por outro partido. Nesse sentido, é inadmissível, para Peluso, que um candidato abandone o partido, tendo se utilizado não somente dos recursos do partido, mas, também, daquilo que ele designa “patrimônio partidário de votos”.

Peluso procura, ainda, recompor a história dos partidos políticos no Brasil para reforçar sua tese e lembra que o Brasil, juntamente com a Argentina, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá e Paraguai estabelecem os partidos como plataformas para que os políticos sejam eleitos, afastando a possibilidade de candidaturas avulsas.

César Peluso manifesta-se nos seguintes termos sobre o sistema representativo proporcional no Brasil e sobre o papel desempenhado pelos partidos políticos na lógica política brasileira:

É lícito, pois, concluir que está na *ratio essendi* do sistema proporcional o princípio da atribuição lógica dos votos aos partidos políticos, enquanto são estes os canais de expressão e representação das ideologias relevantes do corpo social, como o enuncia e resume, de forma lapidar, GILBERTO AMADO: “o voto proporcional é dado às ideias, ao partido, ao grupo”.
(TSE, Cta n° 1.398 - DF, Rel. Min. César Peluso, DJ 08/05/2007, p. 20)

A defesa de Peluso ao posicionamento favorável à Consulta n° 1398 afirma que nem sequer a particularidade do sistema proporcional brasileiro, temperado por uma mistura de escrutínio uninominal e representação proporcional, prestar-se-ia a desnaturar o posicionamento favorável à tese de que os mandatos pertencem aos partidos políticos e não aos eleitos. Na sua concepção, tal entendimento não seria apenas o mais acertado – uma vez que a vinculação candidato-partido é própria do sistema proporcional adotado no Brasil –, como também, inibiria a “promiscuidade partidária”, por meio da “vinculação ideológica entre candidatos, partidos e eleitorado”, com o conseqüente fortalecimento das legendas.

Um ponto interessante do voto do Ministro Peluso é identificável quando ele procura classificar juridicamente o ato praticado pelos parlamentares trânsfugas (seja no caso daqueles que deixam o partido por mudança de orientação pessoal, seja no caso daqueles em que não se possa aferir o motivo justificável para o ato). Ele sublinha que o ato de “infidelidade partidária”, motivador da transferência ou desfiliação, com a consequente perda do mandato não deve ser considerado como um ato ilícito. Tratar-se-ia, nas palavras do ministro, do “reconhecimento da inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo”. Essa seria a justificativa para que tal hipótese não apareça dentre aquelas mencionadas no art. 55 da CF/88 como ensejadoras da perda do mandato parlamentar.

Por fim, César Peluso encerra seu voto tecendo algumas considerações sobre a inadmissibilidade de se aceitar a “portabilidade” dos mandatos. Segundo o ministro do TSE, isso seria resquício ou “herança do empedernido patrimonialismo e do desavergonhado personalismo brasileiros” que procuram atribuir um caráter personalista aos cargos públicos.

3.4.1.4 O voto do Ministro Carlos Ayres Britto

O voto de Carlos Ayres Britto afasta a objeção que se faz de que a hipótese de infidelidade partidária não se encontra dentre aquelas elencadas no art. 55 da Constituição Federal como ensejadora de perda de mandato. De acordo com o entendimento do ministro, nenhum ato ilícito teria sido praticado, tratando-se, meramente, de “ato voluntário de transferência de partido” ou, ainda, de “cancelamento da filiação partidária”.

3.4.1.5 O voto do Ministro José Delgado

Seguindo o voto dos demais ministros, José Delgado limita-se a recordar a história do sistema representativo proporcional no Brasil. Ele rememora o momento em que se passou a valorizar esta espécie de sistema e os partidos políticos. Na sua compreensão, a ideia de que os mandatos pertencem aos partidos já perdura no País desde a Constituição de 1934, e sua adoção evitaria o descrédito em que se encontra o Legislativo, decorrente do intenso movimento de “migração partidária”.

3.4.1.6 O voto do Ministro Marcelo Ribeiro (o voto vencido)

Marcelo Ribeiro foi o voto vencido nesta questão ora em análise. No seu voto, ele deixa evidente concordar com muitos dos argumentos e observações dos demais ministros que se pronunciaram favoravelmente ao teor da Consulta nº 1.398 do então PFL. Marcelo Ribeiro condena a promiscuidade partidária e exemplifica o caráter esdrúxulo desse comportamento na atitude daqueles parlamentares que mudam de legenda, conforme o câmbio de poderes no Parlamento (deputados de oposição que passam para os partidos da situação). No entanto, mostra-se firme no entendimento de que não haveria no texto constitucional brasileiro, nenhuma disposição que afirme acarretar a mudança de partido após o pleito a perda do mandato.

O ministro afasta os arts. 25 e 26 da Lei nº 9.096/95, porquanto, na sua compreensão, a matéria em questão teria índole essencialmente constitucional. Marcelo Ribeiro enumera precedentes do Supremo Tribunal Federal, como aquele observável no julgamento do MS nº 20.927 de 11.10.89. Neste, o Ministro Moreira Alves pronunciou-se no sentido de deixar claro que a Constituição de 1988, ao contrário da sua predecessora, não albergava a fidelidade partidária compulsória, o que permitia a mudança partidária sem a imposição de qualquer sanção jurídica, isto é, sem a perda de mandato.

Porém, na visão de Marcelo Ribeiro, o que se afigura patente é que o legislador constituinte teria deixado fora, propositadamente, do rol taxativo do art. 55 da Constituição Federal de 1988 a hipótese de perda do mandato parlamentar por razão de infidelidade partidária. Tal ilação ele alcança a partir da leitura dos textos constitucionais anteriores que sempre fizeram constar expressamente a disposição referente à fidelidade partidária compulsória, sob pena de perda do mandato.

Daí, concluir Ribeiro que se fosse realmente a intenção do legislador fazer incluir este caso na Constituição, este estaria elencado no art. 55. Por meio dessa interpretação contrária à dos demais ministros, Marcelo Ribeiro discorda da possibilidade de se recorrer aos princípios implícitos da Constituição para trazer novamente ao direito brasileiro a fidelidade partidária compulsória.

3.5 Os argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos votos expedidos no julgamento dos mandados de segurança n° 26.602 (PPS), n° 26.603 (PSDB) e n° 26.604 (DEM)

O Tribunal Superior Eleitoral respondeu positivamente à Consulta n° 1.398 formulada pelo então PFL. Na ementa dispunha da seguinte forma: “Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa” (Resolução 22.526/2007). E foi com base nesta decisão do TSE que o Partido Popular Socialista (PPS), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o Democratas (DEM) impetraram mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, contra a decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, Arlindo Chinaglia, em que requeriam a vacância dos cargos dos deputados de seus partidos que haviam abandonado a legenda após o pleito. Ou, em outras palavras, discutiu-se, ao examinar as ordens, se os partidos políticos teriam “direito líquido e certo” sobre os mandatos dos candidatos considerados trãnsfugas.

Procura-se aqui fazer uma abordagem resumida do conteúdo das decisões dos ministros do STF ao julgarem esses três mandados de segurança.

3.5.1 O voto do ministro Eros Grau

O Ministro Eros Grau, no julgamento do mandado de segurança n° 26.602, impetrado pelo Partido Popular Socialista (PPS), manifestou-se contrariamente à existência de direito líquido e certo que sustentasse o *writ* em questão. Para ele, o impetrante valeu-se unicamente do que fora decidido, quando da resposta à Consulta n° 1.398 do TSE, não fundamentando, portanto, o *mandamus* na Constituição Federal. Daí, segundo a leitura de Eros Grau, haver-se contrariado a previsão do art. 55 da CF/88 que dispõe taxativamente sobre as hipóteses de perda de mandato parlamentar.

Assim, a intenção expressa nos mandados de segurança de que fossem declarados vagos os mandatos dos parlamentares que deixaram os partidos após o pleito seria inconstitucional, uma vez que estaria violando, também, o princípio da ampla defesa ao estabelecer a cassação sumária do mandato parlamentar. Isso fica mais evidente, quando, no voto proferido no MS n° 26.603, Eros Grau justifica sua resistência em aceitar a ordem impetrada, porque o que se estaria pedindo “é a declaração da perda do mandato político e a convocação do suplente” sem que fosse possível apresentar argumentos sobre tal pedido,

quando a Constituição, no seu art. 55, em que enumera as hipóteses de perda do mandato, exige que se garanta a ampla defesa em todos os casos mencionados.

3.5.2 O voto do Ministro Menezes Direito

O voto do Ministro Menezes Direito no julgamento do mandado de segurança nº 26.602 foi em sentido favorável à fidelidade partidária compulsória. O ministro faz considerações que aproximam a noção de representação popular (como forma de exercício da soberania popular) dos partidos políticos. Com isso, ele identifica a existência de um vínculo entre o eleitor e o candidato que, no entanto, deve passar pelo partido político.

Com eloquência, o Ministro Menezes Direito evoca o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” para fortalecer o argumento do vínculo essencial entre candidato, eleitores e os partidos políticos e para ilustrar quão perniciosa a infidelidade partidária pode ser para os princípios fundamentais do Estado de Direito.

3.5.3 O voto do Ministro Ricardo Lewandowski

No seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski denega a ordem, por ausência de direito líquido e certo. Na sua compreensão, não ficou claro, pela ausência do contraditório e da ampla defesa, se os parlamentares que mudaram de legenda após o pleito teriam ou não incorrido na hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária (nos termos definidos na Consulta nº 1.398), ou se, ao contrário, teriam deixado seus partidos de origem acobertados pelas hipóteses previstas de mudança de ideologia do partido ou de perseguição política. Assim, conforme explicitou Lewandowski, a falta de instrução probatória o impediu de reconhecer a existência de direito líquido e certo, condição *sine qua non* para a admissão da ordem.

No seu voto destacou, também, que os parlamentares que trocaram de legenda e que tinham questionado no MS nº 26.602 a legitimidade para manterem seus respectivos mandatos, não procederam à troca de partidos de forma escusa. O procedimento para mudança de partido ocorreu nos termos da lei, com as devidas informações prestadas à Justiça Eleitoral. Além disso, sem querer com isso justificar o excessivo câmbio partidário, Lewandowski recorda que nos últimos vinte anos, a mudança de partido tem ocorrido

livremente e em número bastante elevado, sem qualquer restrição, seja da parte dos partidos políticos (conforme os termos do art. 17, § 1º da CF/88) ou da Justiça Eleitoral. O que, nas palavras do ministro, ocorreu, de fato, foi uma “alteração substancial no entendimento do TSE sobre a matéria”, uma vez que o contexto fático mantém-se o mesmo.

Justificando a denegação da segurança, o Ministro Lewandowski, recorda, ainda, a necessidade de se preservarem os princípios da segurança jurídica, da proteção, da confiança e, naturalmente, aqueles decorrentes do devido processo legal (contraditório e ampla defesa). Não se pode deixar de observar que tais princípios seriam violados, caso fosse possível implementar de imediato a ordem em questão.

3.5.4 O voto do Ministro Celso de Mello

O voto do Ministro Celso de Mello no MS nº 26.602 é breve e destaca, sobretudo, a importância de que seja preservado o princípio da segurança jurídica. Ou seja, ele defende que a decisão do Tribunal Superior Eleitoral de 27 de março de 2007 seja tomada como o marco para que se determine a perda dos mandatos parlamentares, em razão da infidelidade partidária.

No MS nº 26.603, Celso de Mello recorda a decisão sobre fidelidade partidária em que foi voto vencido no ano de 1989 (MS 20.927/DF). Em seguida, ele traça histórico evolutivo dos partidos políticos no Brasil, destacando que, a partir de 1945, eliminou-se a possibilidade de candidaturas avulsas (Lei Agamenon Magalhães) e que, a partir daí, os partidos políticos passavam, definitivamente, a desempenhar papel fundamental no sistema representativo proporcional brasileiro, tornando-se “elementos revestidos de caráter institucional, absolutamente indispensáveis na dinâmica do processo político e governamental”. Celso de Mello prossegue seu voto com a afirmativa de que “as candidaturas representam monopólio dos partidos políticos” e que isso fica claro se se observar que os votos dados a candidatos não registrados em partidos são considerados nulos.

Celso de Mello argumenta que a infidelidade partidária representaria “um inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder”. Ela não só toma os partidos de surpresa, como os desfalca de cadeiras importantes no Parlamento. Além disso, a vontade popular é fraudada, assim como os direitos das minorias que se realizam no sistema representativo proporcional são negados, uma vez que o direito de oposição não se realiza.

3.5.5 O voto do Ministro Joaquim Barbosa

O ministro Joaquim Barbosa ao manifestar-se no julgamento do MS nº 26.602, principia recordando que o mandado em questão buscou sua fundamentação na decisão do TSE sobre a Consulta de nº 1.398. Recorda, ademais, trechos dos votos dos ministros do Tribunal Superior Eleitoral que ressaltam, sobretudo, o papel dos partidos políticos no exercício da soberania popular, deixando de lado o próprio povo, ao qual cabe papel secundário. Barbosa aponta que mesmo o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os outros dois mandados de segurança (nºs 26.603 e 26.604), também parece olvidar a importância atribuída pela Constituição Federal ao povo e soberania que dele emana.

Por isso, ele afirma de forma significativa em seu voto:

É que o argumento acolhido pelo TSE coloca o partido político como elemento central, incontestável, de toda a nossa organização política. Faz dos partidos a fonte derradeira de toda legitimidade democrática em nosso país. Esse argumento faz, a meu ver, a mais absoluta abstração daquele que, em realidade, encarna a própria soberania – o povo. E isso ficou claro nos debates ocorridos ontem e hoje, nos quais praticamente não se falou do povo, do eleitor. A soberania do povo, ou soberania popular, como é sabido, constitui elemento-chave de todas as democracias atualmente existentes. Ao conferir essa centralidade exacerbada aos partidos políticos, o Tribunal Superior Eleitoral esqueceu-se de que a nossa organização político-constitucional é informada por um princípio capital inserido logo no § 1º do art. 1º da Constituição que diz: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

(STF, MS nº 26.602 - DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 04/10/2007, p. 4)

Joaquim Barbosa, seguindo essa linha de raciocínio, afirma que, em dado momento, o povo “se serve” dos partidos políticos, mas que isso não implica em renúncia a sua condição de “depositário derradeiro da soberania”. Com propriedade, o Ministro Barbosa aponta em sentido oposto aos demais ministros, ao destacar o papel de outros órgãos que na sociedade contemporânea desempenham papel importante como porta-vozes dos anseios da sociedade, isto é, as organizações não-governamentais. Nesse sentido, ele questiona mesmo a capacidade dos partidos políticos tradicionais de responderem aos “anseios dessa nova sociedade planetária”.

Em outro trecho de seu voto, Joaquim Barbosa mostra-se perplexo ante o pensamento esposado pela maioria dos ministros do TSE ao conferirem tamanha importância aos partidos políticos, de forma que o povo se afigure reduzido em importância. Ele designa esse papel conferido aos partidos de “partidocracia”:

Daí, Senhora Presidente, se o titular derradeiro do poder é o povo, em nome de quem agem os representantes, tenho dificuldades em admitir que no nosso sistema constitucional o centro de gravidade, ou seja, a fonte de legitimidade de todo o poder esteja nos Partidos Políticos, como decidiu o Tribunal Superior Eleitoral. Não vejo como admitir, no Brasil, a existência dessa “PARTIDOCRACIA” a que fez alusão o ministro César Asfor Rocha em seu voto no TSE.

.....
 Em realidade, ao fazer uma opção por essa PARTIDOCRACIA, supostamente no intuito de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Superior Eleitoral foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana. Tornou-o irrelevante, pois importantes passaram a ser apenas os partidos políticos.

(STF, MS nº 26.602 - DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 04/10/2007, p. 7)

Não é, portanto, surpreendente que o Ministro Joaquim Barbosa se mostre de acordo com o entendimento do Procurador Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva, de que a Carta Constitucional de 1988 se, realmente, pretendesse tornar a fidelidade partidária obrigatória, teria feito expressamente. Logo, o procedimento dos ministros que buscam justificar a reintrodução da fidelidade partidária compulsória com base em princípios decorrentes do texto constitucional não poderia estar mais equivocado. Barbosa, por fim, evoca o princípio da ampla defesa que estaria a ser negado aos parlamentares considerados trânsfugas pelos seus partidos, no caso da concessão da ordem.

3.5.6 O voto do Ministro Carlos Ayres Britto

O voto do Ministro Carlos Ayres Britto a favor da fidelidade partidária compulsória já havia sido antecipado na decisão tomada na Consulta nº1.398 do TSE, uma vez que o ministro do Supremo Tribunal Federal, também, é ministro nessa outra corte. Ayres Britto votou pela concessão da ordem no MS nº 26.602, defendendo a aplicação da fidelidade a partir da legislatura então corrente (iniciada em fevereiro de 2007).

Ele reconheceu como legítima a pretensão dos partidos políticos que, por meio dos mandados de segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604 buscavam que o Presidente da Câmara dos Deputados, Arlindo Chinaglia, declarasse a vacância dos mandatos dos deputados considerados trânsfugas. Procurando legitimar sua atual decisão e reforçar os seus próprios argumentos no voto proferido, quando da Consulta nº 1.398, Carlos Ayres Britto principia recordando que estaríamos em época de pós-positivismo, em que “os princípios são normas” e também seriam “supernormas”.

3.5.7 O voto do Ministro Cezar Peluso

O Ministro Peluso manteve a mesma argumentação adotada no voto proferido na Consulta nº 1.398 do TSE. Ele votou pelo indeferimento dos mandados nºs 26.602 e 26.603 e pelo deferimento parcial do MS 26.604. Para ele, a fidelidade partidária compulsória deveria começar a valer a partir da decisão tomada pelos ministros do TSE, em 27 de março de 2007.

O Ministro Cezar Peluso sugere em seu voto que, a despeito das peculiaridades que revestem o sistema representativo proporcional brasileiro, umas das causas principais de sua debilidade seria, justamente, a mudança incontável de partidos levada a cabo pelos parlamentares, recebida, muitas vezes, com indiferença pela população e contando com poucos inibidores oficiais dessa prática condenável.

Para ele, o vínculo entre candidatos e partidos é indiscutível, assim como o primado conferido aos segundos no sistema representativo proporcional. O ministro ressalva a importância do art. 14, § 3º, V da Constituição Federal, que coloca entre as condições de elegibilidade a filiação partidária.

Peluso rejeita, também, a interpretação de que a fidelidade partidária compulsória, nos moldes delimitados na Consulta nº 1.398 seria uma forma de sanção, uma vez que a mudança de partido não seria ato ilícito. Ele designa a punição como:

[...] simples reconhecimento de uma consequência normativo-constitucional imputada ao fato objetivo (*fattispecie*) de comportamento voluntário que, por sua intrínseca e absoluta incompatibilidade, rompe o vínculo jurídico da representação política, da mesmíssima forma que, *mutatis mutandis*, a renúncia, expressa ou tácita, aos poderes recebidos, põe fim à relação jurídica irradiada do negócio jurídico do mandato.

(STF, MS nº 26.603 - DF, Min. Cezar Peluso, 04/10/2007, p. 27)

Dessa forma, Peluso, de forma bastante conveniente, rechaça a leitura de que na Consulta nº 1.398 teria sido criada norma punitiva aos parlamentares trânsfugas não prevista nos diplomas legais brasileiros.

3.5.8 O voto do Ministro Gilmar Mendes

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes relembra o desenvolvimento do instituto da fidelidade partidária nas Constituições brasileiras, desde sua adoção no art. 152, parágrafo único, da Emenda nº 1/69 até seu desaparecimento dos diplomas legais pátrios mais recentes,

como a Constituição de 1988. Mendes, já antecipando a defesa que faria da imposição da fidelidade partidária, destaca os valores da “fidelidade partidária” e “democracia representativa”, como princípios, que permitiriam, por meio de interpretação sistemática, deduzir a necessidade de limitação das mudanças indiscriminadas de partidos realizadas pelos parlamentares após o pleito.

O Ministro Gilmar Mendes afirma, ademais, que o entendimento expresso no MS 20.927 de 1989 encontrar-se-ia superado e que, portanto, o Tribunal Superior Eleitoral ao responder à Consulta nº 1.398 teria feito interpretação evolutiva, no sentido de responder às demandas atuais pelo retorno da regulação da fidelidade partidária. Por essa razão, seria compreensível e até necessário uma nova leitura constitucional da fidelidade partidária à luz dos princípios constitucionais.

Mendes leciona ainda que o conteúdo do art. 55 da Constituição não estaria em contradição com a compreensão de que a infidelidade partidária acarretaria perda do mandato parlamentar. Pois, como afirma o ministro, não seria a perda do mandato uma sanção jurídica (ainda que não ofereça uma explanação razoável do verdadeiro caráter da hipótese de perda de mandato por motivo de “transfugismo”). No seu voto, Gilmar Mendes propugna, ainda, pela modulação dos efeitos da decisão. Assim, os efeitos da decisão sobre fidelidade partidária e perda do mandato político devem passar a vigorar da decisão do TSE à Consulta nº 1.398, isto é, a 27 de março de 2007.

Na conclusão de seus votos, Mendes reitera alguns pontos que estiveram presentes ao longo de toda a sua exposição. O primeiro deles é de que a fidelidade partidária condicionaria o funcionamento da própria democracia, porque permitiria impor normas que impedissem o “transfugismo” ou o “troca-troca partidário”. O segundo é reforço da ideia de que a interpretação utilizada para reintroduzir a fidelidade compulsória teria sido evolutiva. Assim, Gilmar Mendes não concede as ordens nos mandados nºs 26.602 e 26.603 e concede parcialmente no nº 26.604 somente ao caso da deputada Jusmari Oliveira, que mudou de legenda após o marco temporal fixado em 27 de março de 2007.

3.5.9 O voto da Ministra Ellen Gracie

Ellen Gracie pronunciou-se no sentido de confirmar a vinculação entre candidato e partido, mesmo após a eleição, o que tornaria “inadequada a desenfreada transmigração partidária”. A ministra deixou claro em seu voto concordar com o conteúdo da decisão do TSE, quando da resposta à Consulta nº 1.398 do então PFL.

A compreensão de Ellen Gracie é consentânea com a dos demais ministros que votaram favoravelmente à fidelidade partidária, ao indicar que nenhum candidato pode ser eleito fora de uma legenda.

3.5.10 O voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio foi, ao lado de Carlos Ayres Britto, voto vencido, porque decidira pela concessão da ordem. Dentre os pontos destacáveis de seu voto, está a vinculação apontada entre deputados e partidos políticos que tornaria condenável a mudança de legenda após as eleições, acarretando a perda do mandato. Marco Aurélio entende que a mudança de partido é feita de pleno conhecimento e que necessariamente devem decorrer consequências desse ato. Marco Aurélio lembra, também, com base em pesquisa feita pela jornalista Lúcia Hipólito, que apenas 39 entre os 513 deputados federais lograram obter votação suficiente para se elegerem, sem contar com os votos das legendas.

3.6 A Resolução n° 22.610/07 (e n° 22.733/08) do Tribunal Superior Eleitoral

A Resolução n° 22.610/07 do TSE é importante objeto de estudo para a compreensão do pensamento das cortes superiores sobre o tema da fidelidade partidária no Brasil. Ela foi elaborada pelo Tribunal Superior Eleitoral com base na competência a este atribuída pelo Código Eleitoral para tomar “quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”, conforme a letra do art. 23, XVIII deste mesmo documento legal. Uma leitura atenta desta resolução revela não só a decisão do Supremo Tribunal Federal que corroborou o que já havia sido decidido quando da Consulta n° 1.398 feita ao TSE, como também, salienta as inúmeras incongruências que marcaram os votos dos ministros durante o julgamento dos mandados de segurança n°s 26.602, 26.603 e 26.604 e que serviram de fundamento para a elaboração da resolução.

É possível verificar não só uma série de inconstitucionalidades patentes na Resolução n° 1.398 do TSE, como também, constatar a tendência crescente das cortes de justiça brasileiras de assumirem funções que não lhes competem, contribuindo para espécie de ativismo judicial incompatível com o modelo Estado Democrático de Direito. Note-se que não se está a refutar o ativismo judicial necessário ao modelo Estado de Direito contemporâneo, desempenhado pelos tribunais e mesmo pelo Supremo Tribunal. O que não se pode ignorar, no entanto, é que, no presente caso, o legislativo foi, obviamente, desautorizado, ainda que

muitos de seus representantes o neguem com veemência (como foi o caso de Roberto Freire, presidente do PPS)²²¹, com o fito de conferir ao Supremo Tribunal Federal a competência de iniciar a reforma política no Brasil, competência esta que deveria caber ao Parlamento e não a um tribunal, ainda que se trate do Supremo Tribunal Federal.

Não se quer por meio dessas elucubrações, negar o papel importante que o STF deve, necessariamente, desempenhar na efetivação da reforma política brasileira. Longe disso. No entanto, não se pode fechar os olhos para a tendência assumida na Corte Suprema brasileira que se auto-legitima no exercício de funções legislativas.

No caso da Resolução n° 22.610/07, cujo texto se encontra transcrito abaixo na sua integralidade, fica evidente a falta de comedimento no ativismo judicial exercido pelo STF e TSE. O primeiro que conferiu ao segundo competências não previstas na Constituição e, portanto, patentemente, inconstitucionais. E o segundo que atuou como legislador positivo, inovando o ordenamento jurídico por meio de resoluções que não possuem tal força criadora de direito. Isto tudo nos leva a concluir que o STF aparenta não mais fundamentar sua interpretação na Constituição Federal, mas em valores extraconstitucionais, que, dado o caráter subjetivo com que são evocados e aplicados na prática interpretativa, causam estranheza e perplexidade.

Com base no texto da Resolução n° 22.610/07 transcrito abaixo – e já alterado pela Resolução n° 22.733, que modificou o seu art. 11 – será mais fácil tecer críticas e fazer as devidas observações. Este dispõe:

Resolução n° 22.610, de 25.10 – T.S.E

Disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

²²¹ “O presidente do PPS, advogado Roberto Freire, afirmou que o Supremo Tribunal Federal (STF) teve a oportunidade de iniciar a reforma política que o Congresso Nacional não fez. Freire falou durante a sessão plenária da Corte que julga se o mandato parlamentar é do político ou da legenda pela qual ele foi eleito. Ele defendeu sua legenda, uma das três que impetraram mandados de segurança para barrar o troca-troca partidário. Segundo o presidente do PPS, que por 32 anos exerceu mandatos parlamentares, não há problema algum no fato de o Supremo iniciar a reforma política, um anseio da sociedade brasileira. Para ele uma decisão que determine que o mandato é da legenda dará aos brasileiros o ‘mesmo alento’ sentido quando a Corte colocou no banco dos réus os 40 denunciados no caso do mensalão. Freire acrescentou que ninguém deve temer uma decisão do STF nesse sentido. ‘Não está legislando em nada’, afirmou. Ele também criticou a possibilidade de uma eventual anistia aos parlamentares que trocaram de partido, aventada no caso de a decisão da Corte ser em prol dos partidos. Ao argumentar contra o troca-troca partidário, Freire disse que ‘o sistema do direito positivo brasileiro determina que o voto é do partido; o voto determina o quociente partidário’. Para ele, os parlamentares que trocam de partido ‘estão desmoralizando a vida pública’ e o STF deve dar uma resposta a isso”. (CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil: temas complexos*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 212.

(Art. 11 alterado pela Resolução TSE nº 22.733, de 11 de março de 2008)

O Tribunal Superior Eleitoral, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

- I) incorporação ou fusão do partido;
- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal.

§ 2º - Quando o partido político não formular o pedido de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subsequentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

§ 3º - O mandatário que se desfilou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução.

Art. 2º - O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo Estado.

Art. 3º - Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 4º - O mandatário que se desfilou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação.

Parágrafo único – Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial.

Art. 5º - Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 6º - Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

Art. 7º - Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou.

Parágrafo único – Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito.

Art. 8º - Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido.

Art. 9º - Para o julgamento, antecipado ou não, o relator preparará voto e pedirá inclusão de processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos.

Art. 10 - Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposses, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 11 - São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º da Constituição da República. (Artigo com redação alterada pelo art. 1º da Resolução TSE nº 22.733, de 11/03/2008).

Art. 12 - O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 13 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

Parágrafo único - Para os casos anteriores, o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução.

Marco Aurélio – Presidente. Cezar Peluso. Carlos Ayres Britto. José Delgado. Ari Pargendeler. Caputo Bastos. Marcelo Ribeiro.

Brasília, 25 de outubro de 2007.

(Publicada no ‘Diário da Justiça’ de 30.10.2007, pág. 169 e no ‘Minas Gerais’ de 31.10.2007, pág. 120)”.

3.6.1 As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) nº 3.999 e nº 4.086

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.999 e 4.086 – respectivamente, propostas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pelo Procurador Geral da República – apontam uma série de inconstitucionalidades no texto da Resolução nº 22.610/07 do TSE. As ADINs questionam, sobretudo, a forma e o conteúdo adotados pelo Tribunal Superior Eleitoral para tornar possível a aplicação da fidelidade partidária compulsória, para o caso daqueles parlamentares que abandonem suas legendas partidárias após o pleito, sem apresentarem justa causa para tanto.

3.6.1.1 O princípio da separação de poderes (art. 2º da CF/88)

Sabemos, por meio do pensamento político clássico quão desaconselhável é reunir em uma só pessoa ou órgão as três funções ou competências essenciais do Estado, isto é, a de fazer as leis, de executá-las e de julgar. O legislador constituinte brasileiro, ciente disso, fez gravar na Carta Constitucional, entre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, o princípio da separação dos poderes. O artigo dispõe de forma bastante clara que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. É dizer, adota-se a concepção de que os poderes funcionam de forma independente uns aos outros, mantendo, concomitantemente, implicações mútuas (a ideia dos freios e contrapesos). O conteúdo deste artigo é reforçado com a previsão do art. 60, § 4º, III, que trata das cláusulas pétreas na Constituição brasileira. No inciso III, se faz menção à separação de poderes como não passível de ser sujeita a proposta de emenda à Constituição.

Gilmar Mendes em sua obra *Curso de direito constitucional* dedica algumas breves palavras para tratar do princípio da separação de poderes, que, todavia, estão recheadas de significado. Ele afirma, por exemplo, que a compreensão que temos do princípio da separação de poderes atualmente diverge daquela que permitiu o surgimento do princípio há alguns séculos atrás e isso ocorreria, dentre outros motivos, por razões históricas. Mendes fala, também, que este princípio deve “ser compreendido de modo constitucionalmente adequado” e levando em consideração as diversidades entre os modelos constitucionais existentes na atualidade²²². Talvez, o que o ministro do Supremo Tribunal Federal queira dizer é que a divisão rígida entre os poderes, como existia na concepção clássica de Montesquieu, está superada, porquanto os poderes, dadas as exigências da modernidade, são obrigados a exercerem, por vezes, funções atípicas²²³.

²²² “Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da Constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam.

Nesse contexto de “modernização”, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses super tribunais em sede de controle de constitucionalidade”. (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156).

²²³ Sobre isso, é interessante recordar a lição de Celso Ribeiro Bastos em seu *Curso de direito constitucional*. Ele lembra o pensamento clássico que trata da noção da tripartição dos poderes, ou das funções do Estado, já

O que deve ser mencionado, é que ainda que seja permitido aos poderes exercerem funções atípicas de cada “departamento”, tais funções atípicas devem estar previstas no texto constitucional. O fato do modelo de separação de poderes do Estado liberal ter decaído, não significa que daqui para frente é permitido a cada um dos poderes exercer funções atípicas a seu alvedrio. Este raciocínio resultaria em abusos e desequilíbrios entre as funções estatais. E não se pode esquecer que, conquanto seja necessário um Supremo Tribunal Federal forte, ele não tem competência para tudo fazer, que dizer, da competência de criar funções não previstas na Constituição.

3.6.1.2 O princípio da legalidade (art. 5º, II da CF/88)

O argumento de que a Resolução nº 22.610/07 do TSE teria ferido o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II da CF/88, deve ser analisado cuidadosamente, uma vez que este é um dos mais importantes princípios do Estado Democrático de Direito contemporâneo e sua violação implica consequências sérias para toda a sociedade brasileira. De fato, a Resolução nº 22.610/07 dispõe sobre matéria que, de acordo com o texto constitucional brasileiro, não poderia jamais ser objeto de resoluções emanadas de tribunais. Afinal, não se pode esquecer a lição de Miguel Seabra Fagundes, de que as resoluções “não acarretam, não podem acarretar qualquer modificação à ordem jurídica vigente. Hão de restringir-se a interpretá-la com finalidade executiva”²²⁴.

3.6.1.3 Outros artigos violados (arts. 22, I; 48; III; 84, IV; 121, § 5º e 129, IX)

Além dos princípios constitucionais da separação dos poderes e da legalidade, outros dispositivos constitucionais também foram violados pela Resolução do TSE. Dentre eles é

surgida em Aristóteles e posteriormente desenvolvida em Montesquieu, para, em seguida, afirmar haver este princípio alcançado nova configuração hodiernamente: “O traço importante da teoria elaborada por Montesquieu não foi o de identificar estas três funções, pois elas já haviam sido abordadas por Aristóteles, mas o de demonstrar que tal divisão possibilitaria um maior controle do poder que se encontra nas mãos do Estado. A ideia de um sistema de ‘freios e contrapesos’, onde cada órgão exerça as suas competências e também controle o outro, é que garantiu o sucesso da teoria de Montesquieu.

Hoje, no entanto, a divisão rígida destas funções já está superada, pois no Estado contemporâneo, cada um destes órgãos é obrigado a realizar atividades que tipicamente não seriam suas.

Ao contemplar tal princípio, o constituinte teve por objetivo – tirante as funções atípicas previstas pela própria Constituição – não permitir que um dos ‘poderes’ se arrogue o direito de interferir nas competências alheias, portanto não permitindo, por exemplo, que o executivo passe a legislar e também a julgar ou que o legislativo que tem por competência a produção normativa aplique a lei ao caso concreto”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 159).

²²⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 17.

possível enumerar o art. 22, que trata das competências privativas da União, isto é, aquelas previstas no inciso I deste artigo, o art. 48, III que trata das atribuições do Congresso Nacional e o art. 84, IV (das competências privativas do Presidente da República), uma vez que o art. 1º da Resolução nº 22.610/07 instituiu “direito eleitoral novo sobre a perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária, tanto quanto, a contrario sensu, deixou sem penalidade as desfiliações ocorridas por ‘justa causa’”, conforme aponta o Procurador Geral da República, Antônio Fernando Barros.

O art. 2º da Resolução nº 22.610/07, ao dispor que o Tribunal Superior Eleitoral seria, ele mesmo, competente para processar e julgar os pedidos de perda de cargo eletivo, por razão de infidelidade partidária, contrária, de forma bastante evidente, o art. 121 da Constituição Federal, que determina a reserva de lei complementar para delimitar competências dos tribunais, juízes e juntas eleitorais.

Foram violados ainda os arts. 128, § 5º e 129, que tratam das funções essenciais da Justiça, uma vez que o § 2º do art. 1º da Resolução nº 22.610/07 cria nova competência para o Ministério Público.

3.7 A polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a fidelidade partidária

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou improcedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) nº 3.999 e 4.086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra a Resolução nº 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – que trata da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária – foi uma afirmação categórica do entendimento da Corte Suprema sobre a questão. Isto é, o Supremo, ao rejeitar as ADINs, manifestou-se pela quinta vez de forma a corroborar a constitucionalidade da Resolução emanada da Justiça Eleitoral sobre a perda de mandato eletivo por razão de infidelidade.

3.8 Interpretação jurídica e ativismo judicial

Não se pode ignorar que foi “um determinado entendimento” ou “uma dada interpretação”, esposada pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal que levou esta corte a decidir pela constitucionalidade da Resolução nº 22.610/07 do TSE. E foi com base nesse mesmo entendimento – de fundamentação, evidentemente, extraconstitucional – que o STF afirmou, explicitamente, o que há muito já se suspeitava, isto é, que a Constituição

é aquilo que ele diz ser e não aquilo que se encontra textualmente expresso ao longo de seus inúmeros artigos.

Isso pode soar como verdadeira heresia para aqueles que acreditam verdadeiramente no modelo Estado Democrático de Direito e no seu perfeito funcionamento no Brasil. Porém, é inevitável que se conclua, nesse sentido, dado o caráter inusitado da decisão do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, que possibilitou a reintrodução do instituto da fidelidade partidária compulsória “pela porta dos fundos” no direito brasileiro, uma vez que contraria expressamente não só o texto constitucional, como os precedentes jurisprudenciais do próprio STF.

Não se pretende, simplesmente, rejeitar o posicionamento da última instância jurisdicional brasileira (como se tal fora possível?). Tenciona-se fazer apenas algumas provocações que perpassam esta decisão ao abordar a temática da interpretação jurídica e constitucional no Brasil. Ao fazer tais provocações, é quase inevitável transparecer contrariedade em relação ao que foi decidido, como que em um número de prestidigitação, pela suprema corte brasileira. No entanto, como já se asseverou, tal contrariedade não chega a configurar negação do STF como órgão detentor da “última palavra” na interpretação das leis.

Cabe a nós ter em mente que as decisões judiciais devem ser acatadas e respeitadas. Não podemos, no entanto, confundir esse procedimento de respeito às decisões do Supremo com impassibilidade frente a pontos de vista dos quais discordamos que podem ser discutidos, sobretudo, no meio acadêmico, sem prejuízo às instituições do Estado.

3.8.1 Ceticismo, espírito crítico e os limites da atividade interpretativa

No caso da decisão do STF que legitimou a Resolução nº 22.610/07 do TSE, há de se adotar postura cética e questionadora, que nos remeta à discussão sobre os limites da atividade interpretativa, lembrando que o Supremo Tribunal Federal pode muito, mas não pode tudo. Como destacam Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug em ensaio sobre *A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais*:

A questão da fixação dos limites da atividade de interpretação é de supina importância, pois do contrário esta poderia servir como um meio de alterar indistintamente a Constituição de forma arbitrária, violando seu conteúdo

essencial e – o que é pior – gerando uma atmosfera de total insegurança jurídica, que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito²²⁵.

Não se pode deixar de refletir sobre as palavras repletas de sabedoria dos autores que parecem haver antevisto a questão de que ora tratamos. Percebe-se, assim, que a interpretação constitucional é uma via de mão dupla, uma vez que se afigura “um meio eficaz e moderno de alteração constitucional, sem que para tanto seja necessário levar-se a efeito qualquer espécie de alteração no texto da norma jurídica”²²⁶ e, ao mesmo tempo, abre espaço para que determinadas interpretações extrapolem os limites daquilo que se pode considerar como “interpretação evolutiva” ou “mutação constitucional”.

Por isso, a necessidade de que sejam estabelecidos limites à atividade interpretativa. Tais limites estariam representados no desenvolvimento de uma teoria constitucional mais consistente que fosse capaz de oferecer parâmetros a serem respeitados para que a interpretação não se resuma a uma emissão pura e simples da vontade do intérprete.

Como é possível perceber, a questão é bastante complexa, porquanto o texto a ser interpretado – a Constituição – não é letra morta, mas “um sistema normativo dinâmico” e que como tal está em permanente mutação, exigindo constante labor interpretativo para evitar o descompasso entre os fatos e as normas. Levando em consideração esses aspectos, o que se quer saber, em outras palavras, é se a interpretação feita pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, quando recorreram a supostos princípios implícitos no texto constitucional para decidir sobre a instituição da fidelidade partidária como requisito para preservação do mandato parlamentar, estaria de acordo com o conceito de interpretação evolutiva da Constituição e, conseqüentemente, consentânea com os anseios populares em determinado momento histórico, ou se, por outro lado, teria surgido de compreensão gestada unicamente no âmbito das cortes de justiça e pouco ou nada refletiria do desiderato popular.

Questiona-se sobre os anseios populares, porque uma coisa é certa nesta discussão. A Constituição de 1988 não acatou a hipótese de perda de mandato parlamentar em razão da prática de infidelidade partidária, e o posicionamento contrário a este entendimento deve ser cuidadosamente considerado, sob pena de se estar criando via de alteração constitucional nefasta à própria Constituição. Naturalmente, não se está negando a possibilidade ao STF de rever o conteúdo de seus próprios precedentes jurisprudenciais, porém, seria importante saber

²²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 147.

²²⁶ *Ibidem*, p. 146.

as razões que levaram a corte a promover essa alteração e se, de fato, as razões apresentadas estariam justificadas. Pois, se assim não o for, os motivos para a suposta necessidade de alteração jurisprudencial não são procedentes.

3.8.2 Mutação constitucional e a armadilha dos princípios

A Constituição pode ser alterada de diversas maneiras. A que nos interessa, no entanto, no presente caso, é a alteração constitucional decorrente da via interpretativa que se dá de forma menos rigorosa que as demais formas (por exemplo, no caso de emendas à Constituição). Trata-se de uma abertura dada pelo próprio texto para que o intérprete (o juiz) amplie o conteúdo do dispositivo interpretado “na exata medida em que as normas necessitam ter seu conteúdo delimitado”²²⁷. O mais interessante da alteração constitucional por meio da via interpretativa é que essa não se dá ocasionando câmbio no texto da Constituição, que permanece o mesmo. O que de fato é alterado ou sofre mutação é o sentido que se confere a determinada norma. Sobre a mutação constitucional, Karl Loewenstein afirma que esta ocorre quando “produz-se uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que fique atualizada esta dita transformação no documento constitucional: o texto da Constituição permanece intacto”²²⁸.

No caso ora examinado, não parece haver ocorrido mutação constitucional. Não que a realidade brasileira seja a mesma de vinte anos atrás, quando a Constituição foi promulgada e já não continha mais a previsão de perda do mandato parlamentar pela prática da infidelidade. Sabe-se que o ritmo das transformações ocorrido nos últimos anos no plano político e social foi galopante. Porém, uma coisa não mudou nesse período, isto é, a prática da infidelidade partidária continua tão condenável nos dias atuais, quanto à época da elaboração da Carta de 1988.

Além disso, pode-se afastar a ideia de mutação constitucional, porquanto os ministros do Supremo, ao emitirem seus votos nos mandados de segurança n^{os} 26.602, 26.603 e 26.604, deram a entender que deve ser feita emenda à Constituição que contenha as alterações decorrentes do novo entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, é só uma questão de tempo até que o texto constitucional seja alterado para veicular as alterações decorrentes do entendimento jurisprudencial. Logo, se há alteração do documento constitucional, a hipótese de câmbio de entendimento pretende se consolidar por meio de uma

²²⁷ *Idem*, p. 157.

²²⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 165.

emenda à Constituição (e não mutação). O argumento de princípio foi utilizado como instrumento viabilizador para alteração expressa do texto constitucional e não para fundamentar novo entendimento de determinado dispositivo da Constituição, sem que se procedesse a mudança efetiva do texto.

Nesse ponto, recorda-se o pensamento de Luhmann que, ao tratar sobre o papel dos valores no direito, considerou-os o “cavalo de troia do sistema jurídico contemporâneo”, pois incluem “no interior do direito elementos políticos, econômicos, morais e sociais capazes de corromper e destruir o próprio sistema”. Guilherme Leite Gonçalves, em interessante artigo intitulado *Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade*, discute, com base em Luhmann, a entrada dos valores no sistema jurídico:

Quando positivados, os valores não produzem apenas a indistinção entre expectativas jurídicas e outras expectativas sociais. Bloqueiam, ainda, o processo de diferenciação entre direito e política, pois aumentam o subjetivismo e a incerteza das escolhas sobre qual conteúdo é o mais adequado ou o melhor para o caso específico. Se o direito pode a qualquer momento mudar conforme o interesse do momento, sua autonomia é destruída. Há super-adequação social do direito²²⁹.

A julgar pelo conteúdo dessa assertiva, poder-se-ia pensar que Luhmann rejeita o papel dos valores no sistema jurídico, dado os inúmeros problemas decorrentes da entrada desses no direito. Ao contrário, Luhmann não deixa de reconhecer a importância dos valores para a produção do consenso. O que, de fato, deveria ocorrer para que os valores não provocassem os efeitos negativos já apontados é que fossem interpretados de forma a gerar “redundância argumentativa”, isto é, o sentido obtido a partir daquela determinada decisão deveria vincular decisões futuras. Trata-se, portanto, de respeitar os precedentes. Sobre isso, Guilherme Leite Gonçalves afirma com precisão:

A criação do precedente estabelece um sentido específico a determinado valor. A decisão anterior vincula e concretiza o conteúdo dos princípios, tornando-os programas condicionais. A redundância argumentativa transforma valores em programas decisórios. A reconstrução de sentido deve ser capaz de produzir abstração e orientar escolhas futuras. Por redundância, refiro-me apenas ao plano operativo do sistema jurídico (linearidade e coerência entre as decisões judiciais ou, ainda, respeito ao precedente). Ele é responsável por restringir a margem de discricionariedade dos princípios e dos valores²³⁰.

²²⁹ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade*, p. 11.

²³⁰ *Idem, ibidem*.

Voltando-nos para o problema da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a fidelidade partidária, não podemos deixar de considerar que um importante precedente foi contrariado, sem que argumentos razoáveis para tanto fossem apresentados. O efeito imediato foi experimentar sentimento desagradável decorrente da insegurança jurídica gerada a partir da decisão do STF e do TSE. Princípios foram utilizados para sacrificar outros princípios, como os da legalidade, da separação dos poderes e da segurança jurídica.

3.8.3 A hermenêutica da cordialidade

A expressão “hermenêutica da cordialidade” utilizada por Guilherme Leite Gonçalves em seu artigo *Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade* é um empréstimo do rico vocabulário de Sérgio Buarque de Holanda. Em sua obra seminal *Raízes do Brasil*, o autor dedica capítulo ao estudo deste suposto aspecto do caráter brasileiro, isto é, a “cordialidade” que seria uma espécie de herança das relações sociais fundadas no meio rural e patriarcal brasileiro, como ele define “A lhaneza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral dos padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal”²³¹.

Tomando em consideração o sentido de “cordialidade” de Buarque de Holanda, o que se deve então entender por “hermenêutica da cordialidade”? Seria a hermenêutica dos juristas brasileiros que não cria sentido vinculante, porquanto está baseada apenas na retórica. Daí ser possível afirmar que “nós nunca conhecemos formalismo ou dogmática jurídicos, isto é, construções de sentido legal estrito que se afirma sobre a discricionariedade e os interesses particulares. A retórica serve para que esse sentido não se concretize e permita a manipulação do conteúdo jurídico por operações externas ao sistema, especialmente pelos interesses privados”²³².

²³¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.160

²³² GONÇALVES, Guilherme Leite. *Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade*, p. 14.

3.8.4 Palavras finais

O que se percebeu a partir da análise feita neste terceiro capítulo, é que o Supremo Tribunal Federal parece haver buscado, com um só golpe, solucionar alguns dos maiores problemas do sistema político brasileiro por meio da imposição da fidelidade partidária compulsória. De uma só vez e de maneira tortuosa, o STF procurou extirpar do cenário político brasileiro o incômodo problema representado pelas práticas corriqueiras de infidelidade dos parlamentares aos seus partidos, e ao fazê-lo descuidou dos meios utilizados para tanto e das consequências daí decorrentes. Buscando pôr cobro ao “troca-troca” partidário, o Supremo excedeu suas funções constitucionalmente estabelecidas, criou hipótese de perda de mandato político não prevista na Constituição Federal e contrariou os precedentes do próprio tribunal, fazendo a legislação nacional retroceder ao período em que vigorou a Emenda nº1/69.

Há, ainda, a grande probabilidade de que um dos objetivos visados com a decisão não seja alcançado, isto é, o fortalecimento dos partidos políticos. Afinal, a coesão partidária compulsória, não advinda da verdadeira internalização da ideologia e programas partidários, é dificilmente construída sobre bases sólidas.

Além disso, o produto resultante desse conjunto de decisões questionáveis do STF e do TSE pode refletir negativamente na imagem dos tribunais brasileiros, especialmente do Supremo. Imposta a fidelidade partidária por meio de decisão jurisprudencial tomada na Corte Suprema brasileira e em sendo esta proibição “contornada” pelos parlamentares mediante a criação de “janelas”, como já se aventa no Congresso nacional, o papel do Supremo Tribunal Federal pode ficar maculado e sua fachada perante a sociedade pode sofrer ranhuras.

É possível concluir recordando a necessidade de se discutir o papel do Supremo Tribunal Federal na interpretação constitucional. Devemos questionar até que ponto é permitido ao STF decidir sobre qual valor deve prevalecer, tendo em vista dado caso concreto ou mesmo sobre a capacidade deste órgão de criar interpretações aparentemente baseadas em valores constitucionais contrárias ao próprio texto constitucional e aos precedentes da própria corte. Teria o STF, porventura, esquecido de sua função essencial de “zelar pelo bom funcionamento do regime democrático” para deter-se no seu papel de órgão legislador?

A resposta para tal questionamento deveria vir acompanhada da elaboração de uma teoria da interpretação judicial que permitisse comprovar que as decisões tomadas pelos tribunais e pelos juízes não encerram opiniões contaminadas por preconceitos e pontos de vistas próprios sobre as matérias sobre as quais devem deliberar com grau elevado de

imparcialidade. Naturalmente, não se está sugerindo que os juízes se tornem autômatos, sufocando a criatividade que deve nortear o exercício da atividade interpretativa. O magistrado deve agir criativamente ao decidir. Porém o ativismo deve ser lastreado em teoria razoável que justifique os porquês de seus posicionamentos.

CONCLUSÕES

O modelo clássico de separação de poderes sofreu grave alteração após o advento do Estado social e do constitucionalismo do pós-guerra, com uma vantagem considerável pendente para o ramo do poder judiciário. A Justiça passou a ocupar posição privilegiada no modelo Estado de Direito, monopolizando não somente a função jurisdicional, como também assumindo funções extrajudiciais que lhe fortaleceram o apelo político e o papel de “última instância moral da sociedade”, por meio do que muitos designam ativismo judicial.

O ativismo judicial realizado por meio das interpretações e decisões emanadas das cortes de justiça, especialmente dos tribunais constitucionais, encerram caráter normativo e vinculante, capaz de fazer frente às normas elaboradas pelos legítimos representantes do povo. Essa questão, que apresenta duas faces, pode ser vista, paradoxalmente, como uma conquista e como um problema contemporâneo. Aqueles que optam por considerá-la uma conquista veem no ativismo judicial prática salutar, decorrente da quebra do paradigma liberal do direito, que assegura o fortalecimento da proteção dos direitos das minorias. Aqueles que veem no ativismo judicial um problema, creem estar diante de uma prática que enfraquece o princípio da soberania do povo, porque se estaria transferindo a legitimação de origem popular para uma “expertocracia”.

Esta pesquisa procurou discutir ambas as posições em pelo menos três momentos diferentes. No primeiro deles, recuperou-se a discussão sobre a jurisdição constitucional na Alemanha, no período da República de Weimar. Trata-se de uma abordagem clássica, na qual se discorreu sobre elementos essenciais da história constitucional que em muito influenciaram o pensamento jurídico desenvolvido nos países da América Latina, dentre eles o Brasil. No segundo momento, discutiram-se as tendências atuais que modelam e condicionam o fenômeno do constitucionalismo, suas peculiaridades nos diversos Estados, em uma espécie de introdução ao tema central da pesquisa, isto é, a tensão entre jurisdição constitucional e soberania do povo (ou entre controle de constitucionalidade e democracia). Por fim, no terceiro e último momento, enfrentou-se o tema proposto partir da análise da realidade brasileira. Ao abordar a polêmica em torno da fidelidade partidária obrigatória, reintroduzida no direito brasileiro por decisão jurisprudencial, examinou-se o processo de “judicialização da política” no contexto nacional, para, finalmente, concluir refletindo sobre a interpretação jurídica no Brasil e os seus limites.

Com base nas reflexões desenvolvidas em cada um desses momentos, é possível sintetizar os principais pontos desta pesquisa que procurou, a despeito de suas limitações, aprofundar tema polêmico, conferindo-lhe enfoque pessoal.

Verificou-se, *prima facie*, a importância gradual assumida pelos órgãos jurídico-políticos denominados tribunais constitucionais ao longo do século XX e nos princípios do século XXI. O desenvolvimento que tiveram nos países da Europa continental, sobretudo, na Alemanha Ocidental e a difusão desse modelo para países da América Latina (como o Brasil) foi ressaltada em diversos trechos da pesquisa. Observou-se, por exemplo, que no nosso País, o modelo de controle de constitucionalidade desenvolveu-se “órfão” das experiências totalitárias ocorridas na Alemanha que modelaram, em grande medida, as práticas constitucionais daquele país.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal brasileiro se autoconstruiu – nos últimos anos – à imagem de cortes constitucionais estrangeiras, desenvolvendo critérios de interpretação que se afiguram como um misto de “práticas modernas de interpretação”, com o uso de técnicas europeias como a ponderação e os juízos de valores, mas, sem de outro lado, abrir mão de uma certa “cordialidade” na análise das decisões judiciais que denotam um paradoxo genuinamente nacional, como aponta Guilherme Leite Gonçalves: “os princípios e valores constitucionais são criações do Estado de Direito para violar o próprio Estado de Direito”.

Acredita-se que alguns desses aspectos relacionados ficaram bastante evidentes, quando da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal que legitimou a Resolução nº 22.610/07 do Tribunal Superior Eleitoral. O mais surpreendente desse entendimento que se formou na Suprema Corte brasileira – fundamentado em uma Resolução desprovida de qualquer caráter executivo – é que ele tenha sido construído a partir da violação de alguns dos princípios mais importantes do Estado Democrático de Direito, como o princípio da legalidade, da separação dos poderes e da segurança jurídica. E, de forma a arrematar esse conjunto de decisões desastrosas que marcaram a discussão sobre a fidelidade partidária no Brasil, tudo foi conduzido com ares da mais plena legalidade.

O conteúdo e os argumentos defendidos nesta pesquisa não deixam, todavia, de reconhecer o tribunal constitucional como o órgão estatal mais adequado à realização do controle de constitucionalidade das normas jurídicas. Isso ficou evidente na reconstrução pontual do confronto ideológico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, alvo do primeiro capítulo. No entanto, não se pode deixar de fazer alusão a Schmitt, quando denuncia os riscos de se conferir aos juízes o poder da guarda da Constituição, o que o levou a utilizar o termo

“aristocracia da toga”. Naturalmente, os motivos e preocupações que motivavam a crítica schmittiana eram outros. Porém, essa crítica foi reconhecida por Kelsen como procedente. Este, todavia, não formulou réplica satisfatória, capaz de desfazer a força da objeção schmittiana. Por outro lado, Kelsen sugeriu, em termos vagos, no sentido de que se democratizasse o Judiciário, propondo, também, a criação de órgão proveniente do legislativo que participasse no exercício do controle de constitucionalidade das leis.

A democratização do Judiciário não implica, porém, na impossibilidade de se discutir acerca da necessidade de imposição de limites à atividade jurisprudencial desenvolvida, sobretudo, nos tribunais superiores que, como já ficou claro, podem muito, mas não podem tudo. Nesse ponto, desponta a crítica habermasiana como um desenvolvimento/complemento daquilo que já fora aventado por Kelsen em seu ensaio sobre a identidade do guardião da Constituição alemã. Jürgen Habermas, de maneira contraposta a Dworkin – que procura afastar a dificuldade contramajoritária inerente à discussão sobre os limites da atividade de controle de constitucionalidade e de revisão judicial –, propõe a introdução de um “autocontrole do legislador” estabelecido em forma de tribunal e “institucionalizado, por exemplo, numa comissão parlamentar que inclui juristas especializados”. Essa proposta habermasiana estaria de acordo com uma importante diretriz a ser estabelecida no Brasil: a recuperação da dignidade da atividade parlamentar, hoje maculada pelos inúmeros escândalos que afetam o respeito e a confiança da população nos seus representantes políticos.

O argumento mais forte a justificar atuação rigorosa para recuperar a dignidade parlamentar no Brasil, estaria, por certo, expresso na decisão do STF que estabeleceu a fidelidade partidária compulsória no Brasil, nos moldes daquela definida na Emenda Constitucional nº 1/69. Naturalmente, não se está defendendo argumento, de todo, contrário ao papel criativo da mais alta corte do Brasil, que se mostrou em outras circunstâncias extremamente importante para a consolidação das instituições e do Estado Democrático no País. Faz-se menção a esta decisão que atenta contra a força normativa da própria Constituição, uma vez que a argumentação dos ministros estaria, supostamente, justificada em princípios emanados da própria Constituição, quando de fato não estaria. Isso se afigura falacioso, porquanto o texto constitucional dispõe expressamente em sentido contrário, isto é, ao não dispor sobre a hipótese de perda de mandato parlamentar no artigo que enumera exaustivamente os casos que legitimariam a cassação do mandato parlamentar. Não se pode esquecer, também, que esta decisão contrariou os precedentes do próprio STF (MS 20.927).

Entende-se que a decisão, em muitos aspectos, tenha sido motivada pela morosidade do poder legislativo brasileiro de iniciar a importante e necessária reforma política no País

que deve privilegiar, dentre muitos pontos, a discussão acerca da moralidade na política e dos partícipes do processo político. Contudo, esta morosidade não seria, por si só, justificativa suficiente para que o Judiciário atuasse de forma tão desconforme com suas funções constitucionalmente estabelecidas.

Entende-se aqui que fidelidade partidária é questão fundamental a ser discutida na reforma política, porém, o foro eleito para tanto não foi adequado. Em realidade, os partidos políticos não necessitariam da existência de um dispositivo constitucional para rechaçarem o comportamento de políticos trãsfugas que se utilizam dos partidos em benefício de interesses pessoais, não possuindo compromissos efetivos com seus eleitores. É dizer, para punir tais comportamentos poderiam valer-se das regulamentações internas que funcionariam com muita eficiência, caso fosse a intenção dessas agremiações. Essa seria apenas uma das formas adequadas para tratar do tema da infidelidade partidária, também, seria uma forma mais simples e menos drástica do que procurar emendar o texto constitucional.

Como já se fez menção, a fidelidade partidária compulsória violou, igualmente, os próprios precedentes do Supremo Tribunal Federal, em uma decisão que parece não ter sido lastreada nos interesses do povo brasileiro, mas em interpretações extraconstitucionais bastante questionáveis, considerando-se a sua excepcionalidade mesmo para os padrões nacionais. Em muitos pontos, os argumentos aduzidos pelos ministros componentes do STF parecem haver conferido maior importância aos partidos políticos do que ao próprio povo, que deve ser por eles representado. É certo que a infidelidade partidária atua negativamente na formação e na consolidação de uma verdadeira cultura partidária brasileira, porém, os efeitos decorrentes da forma como ela foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro parecem ser tão ou mais graves do que os prejuízos ocasionados por essa prática condenável dos parlamentares brasileiros.

O efeito negativo imediato dessa decisão do Supremo Tribunal Federal é a desqualificação da base social provocada pela interferência no âmbito das competências do Legislativo, porém os seus desdobramentos são bem mais abrangentes. Daí, concluir-se pela necessidade de que sejam impostos limites à atuação do Supremo, sobretudo, no exercício de sua função interpretativa e de manejo dos denominados valores constitucionais.

Nessa linha de raciocínio, deve-se conferir maior importância aos debates sobre temas como a democratização do judiciário, a instituição de referendos nacionais e de outras técnicas que, de fato, aproximem o povo em sua maioria das decisões importantes tomadas no Brasil. Para isso, pode-se, até mesmo, falar na instituição do chamado veto popular para determinadas questões de maior relevância.

Ainda sobre a imposição de limites ao exercício da jurisdição constitucional, o direito comparado pode apontar alguns caminhos ou propostas que permitam alcançar – senão soluções definitivas para os problemas decorrentes do controle de constitucionalidade – a tão almejada harmonização com o princípio da soberania do povo. Trilhando esse caminho, o Canadá desenvolveu experiência particularmente interessante para os brasileiros. Trata-se de país que adota o sistema federal, com uma Corte Suprema que pode declarar a inconstitucionalidade de leis federais e provinciais. No entanto, como aponta Robert Dahl em *Sobre a Democracia*, “as legislaturas provinciais e o Parlamento federal podem sobrepor-se à decisão da Corte, votando uma segunda vez para fazer passar a lei em questão”.

Há ainda a opção habermasiana representada pelo autocontrole exercido pelo próprio legislador, em uma espécie de “internalização da auto-reflexão sobre decisões próprias”. Uma das vantagens mais aparentes da adoção da construção seria aquela apontada pelo próprio Habermas de que ocorreria o “incremento da racionalidade do processo de legislação”.

As respostas que procuram solucionar o dilema envolvendo a jurisdição constitucional e a soberania do povo podem ser variadas e certamente podem não agradar a todos. Porém, é possível concordar com a afirmação de David M. Beatty, que diz ser a reconciliação entre revisão judicial e soberania do povo somente possível, caso fique comprovado que os tribunais e os juízes não solucionam conflitos com base em pontos de vista pessoais, o que só ocorrerá com o desenvolvimento de uma “teoria sobre a forma pela qual os juízes devem exercer seus poderes de revisão”.

Por fim, não seria desarrazoado sugerir que os magistrados considerassem adotar nova postura em relação à sociedade de modo geral. Isto é, que buscassem, verdadeiramente, conhecer os efeitos de suas decisões nas vidas das pessoas, permitindo o surgimento de um diálogo construtivo entre os órgãos judiciais e sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANÁTOCLES, Marcelo. *A democratização do Judiciário*. In: CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade – Boletim CEDES (online)/Outubro de 2007. Rio de Janeiro: IUPERJ, out. 2007

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de Azevedo. *O controle legislativo de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BEATTY, David M. *The ultimate rule of law*. New York: Oxford University Press, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. 1 v.

_____. _____. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. 2 v.

_____. *Direito e poder*. São Paulo: UNESP, 2008.

_____. *O futuro da democracia*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BÖCKENFÖRDE, E. W. *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. ; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BRUNKHORST, Hauke. Der lange Schatten des Staatswillenspositivismus: Parlamentarismus zwischen Untertanenrepräsentation und Volkssouveränität. In: *Leviathan*, 3/2003, 362-381.

CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

CAPELLETI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

CARNEIRO, José Mário Brasiliense (org.); FERREIRA, Ivette Senise (org.). *50 anos da lei fundamental*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Teatro de sombras: a política imperial. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Ponte Luz de Pádua. *Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil: temas complexos*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PSIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das ideias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral: teoria da inegibilidade; direito processual eleitoral; comentários à lei eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. New Haven, London: Yale University Press, 1989.

_____. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

DARNSTÄDT, Thomas. Mephisto als Untertan. *Der Spiegel*. Berlin, 30 jan. 2008, p. 30

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DOWBOR, Ladislau (org.); IANNI, Octavio (org.); RESENDE, Paulo-Edgar A. *Desafios da globalização*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

ELIAS, Norbert. *Os alemães: a luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FAUSTO, Boris. *A concise history of Brazil*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FRIEDMAN, Barry. *The history of the countermajoritarian difficulty, part one: on the road to judicial supremacy*, 73:2 New York University Law Review 333-343 (1998).

FULBROOK, Mary. *A concise history of germany*. Second edition. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004.

FUNKE, Manfred (org.). *Hitler, Deutschland und die Mächte: materialien zur aussenpolitik des dritten reiches*. Düsseldorf: Droste, 1976.

GONÇALVES, Guilherme Leite. *Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade*.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUIMARAENS, Francisco. *O judiciário brasileiro e a fidelidade partidária: retorno à emenda nº 1/69?*. In: CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade – Boletim CEDES (online)/Outubro de 2007. Rio de Janeiro: IUPERJ, out. 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 1v.

_____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

_____. *Era das transições* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. London: Sinet Classic, 2003.

HELD, David. *Modelos de democracia*. 2. ed. Barcelona: Paidós, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HOBBSAWM, Erik. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Ed. Comemorativa 70 anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

JOHNSON, Paul. *A history of the american people*. New York: Harper Perennial, 1998.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O estado como integração: um confronto de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Barueri, SP: Manole, 2006.

KIS, János. *Constitutional democracy*. Budapest, Hungary: Central European University, 2003.

KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 1994.

LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LAPORTA, Francisco L. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2006.

LESSA, Renato. *Do Risco da delinquência judiciária*. In: CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade – Boletim CEDES (online)/Abril de 2007. Rio de Janeiro: IUPERJ, abr. 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1970.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 1v.

_____. _____. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 2v.

MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. *Fidelidade partidária: um panorama institucional*. Textos para Discussão 9. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, jun. de 2004.

MAGNOLI, Demétrio. *O mundo contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1992.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos Estudos – CEBRAP*. n° 58, novembro de 2000, pp. 183-202.

_____. *O direito e a política: teoria da democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: tese apresentada ao concurso para o provimento do cargo de professor titular na área de direito constitucional, junto ao departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

NOBRE, Marcos (org.); TERRA, Ricardo (org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

PAZZINATO, Alceu L.; SENISE, Maria Helena. *História moderna e contemporânea*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2002.

PETTIT, Philip. *Republicanism: una teoria sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós, 2001.

PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal: noções gerais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PIPES, Richard. *Comunismo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SAID, Edward. *Cultura e política*. São Paulo: Boitempo, 2003.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *O conceito do político/teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SCHULZE, Hagen. *Kleine deutsche Geschichte*. 5. Auflage. München: Deutscher Taschenbuch, 1998.

SPEER, Albert. *Por dentro do Terceiro Reich*. 2. ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1975.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracia realizada: a alternativa progressista*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

_____. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____ (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Sistemas Eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. *Designing democracy: what constitutions do*. New York: Oxford University Press, 2001.

TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

VENTER, François. *The politics of constitutional adjudication*. ZaöRV 65. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2005, p. 129-166.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ, FAPERJ, 2002.

_____; BURGOS, Marcelo Baumann; SALES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. In: *Cadernos CEDES* n° 8. Rio de Janeiro: IUPERJ, dez. 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEFFORT, Francisco C. *A formação do pensamento político brasileiro: ideias e personagens*. São Paulo: Ática, 2006.

WILLOWEIT, Dietmar. *Deutsche Verfassungsgeschichte: vom Frankreich bis zur Teilung Deutschlands: ein Studienbuch*. München: Beck, 1990.