



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 6 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2019 | ISSN 2359-5639



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 6 | n. 1 | janeiro/abril 2019 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br

REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



Os trabalhos estão licenciados com uma Licença **Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional**. É autorizada a reprodução total ou parcial desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.

Endereço: Praça Santos Andrade, n. 50, 3º andar –
Centro – CEP 80.020-300 – Curitiba-PR – Brasil
Telefone: +55 41 3310-2683
Site: <http://revistas.ufpr.br/rinc/index>
E-mail: revista@ninc.com.br

Publicação eletrônica de acesso aberto
Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Eliane Peçanha

Revisão: Equipe do NINC-UFPR

Bibliotecária: Paula Carina de Araújo - CRB 9/1562

Capa: Duilio David Scrok

Projeto gráfico: Duilio David Scrok

Diagramação: Sônia Maria Borba e Editora Íthala
(www.ithala.com.br)

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

Revista de Investigações Constitucionais / Universidade Federal do Paraná, Núcleo de Investigações Constitucionais. – v.1, n.1 (jan./abr. 2014)- . – Curitiba : UFPR, 2014-

Quadrimestral.

Endereço eletrônico: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>

ISSN: 2359-5639

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Universidade Federal do Paraná.
Núcleo de Investigações Constitucionais.

CDU 342

CDD 341.2

Catalogação na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

Cobertura temática (classificação do CNPq):

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Revista classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES – Área de Direito na avaliação realizada em 2017.

Objetivo: A Revista de Investigações Constitucionais, fundada no ano de 2014, consiste em periódico científico eletrônico de acesso aberto e periodicidade quadrimestral promovido pelo NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (www.ninc.com.br), e tem como objetivo principal a publicação de artigos jurídicos de excelência de autores nacionais e estrangeiros na seara constitucional.

Linha editorial: A linha editorial segue o eixo de concentração das atividades de pesquisa do NINC, com enfoque para o estudo crítico do Direito Constitucional e das instituições jurídico-políticas, especialmente em suas interfaces com as Teorias da Justiça, a democracia, os direitos fundamentais e a intervenção estatal, e seus pontos de contato com ramos jurídicos do Direito Público intimamente ligados com o Direito Constitucional, tais como o Direito Administrativo, o Direito Eleitoral e a Teoria do Estado.

Double blind peer review: A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas “*ad hoc*” portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição promotora da revista (Universidade Federal do Paraná) e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são, portanto, sempre Professores Doutores vinculados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

EQUIPE EDITORIAL

Editor-Chefe

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

(Universidade Federal do Paraná e Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Editores Associados

Prof. Dr. Richard Albert (University of Texas at Austin – Austin, Estados Unidos da América do Norte)

Prof. Dr. Juan Gustavo Corvalán (Universidad de Buenos Aires – Buenos Aires, Argentina)

Assistente Editorial

Luzardo Faria (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alberto Bianchi (Universidad Católica Argentina – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Allan Brewer-Carias (Universidad Central de Venezuela – Caracas, Venezuela)

Prof. Dr. André Ramos Tavares (Universidade de São Paulo – São Paulo- SP, Brasil)

Prof. Dr. Carlos Bernal Pulido (Macquarie Law School – Sidney, Austrália)

Prof. Dr. Claudio Pereira Souza Neto (Universidade Federal Fluminense – Niterói-RJ, Brasil)

Prof. Dr. Clémerson Merlin Clève (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Prof. Dr. Christoph Bezemek (Karl-Franzens-Universität Graz– Viena, Áustria)

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Universidade Federal de Pernambuco – Recife-PR, Brasil)

Prof. Dr. Gilberto Bercovici (Universidade de São Paulo – São Paulo-SP, Brasil)

Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá (Universidad de Talca – Santiago, Chile)

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre-RS, Brasil)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Universidade de Fortaleza – Fortaleza-CE, Brasil)

Prof. Dr. Josep Ramón Fuentes i Gasò (Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha)

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Profª Drª Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo – Palermo, Itália)

Profª Drª Mônica Clarissa Hennig Leal (Universidade de Santa Cruz do Sul – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

Prof. Dr. Néstor Pedro Sagüés (Universidad de Buenos Aires – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Oran Doyle (University of Dublin – Dublin, Irlanda)

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel – Kiel, Alemanha)

Equipe de Redação e Revisão

Ana Cristina Aguilar Viana (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Érico Klein (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Letícia Regina Camargo Kreuz (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Luzardo Faria (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Pablo Souza (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Tailaine Cristina Costa (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Sumário

Contents

Editorial – A Revista de Investigações Constitucionais é indexada no SciELO

Editorial – The Journal of Constitutional Research is covered in SciELO

DOI: 10.5380/rinc.v6i1.69178

Daniel Wunder Hachem, Luzardo Faria7

Brazil in comparative perspective: the legacy of the founding, and the future of constitutional development

O Brasil em perspectiva comparada: o legado da fundação e o futuro do desenvolvimento constitucional

DOI: 10.5380/rinc.v6i1.59195

Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti 11

La iniciativa legislativa popular en América Latina – Un análisis comparado en clave axiológico-procedimental

The popular legislative initiative in Latin America – A comparative analyze in axiological and procedure perspective

DOI: 10.5380/rinc.v6i1.58984

(Teodoro) Yan Guzman Hernández35

Juiz constitucional e diálogo jurisdiccional multinível: a experiência chilena

Constitutional Court and Multilevel Jurisdictional Dialogue: the Chilean Experience

DOI: 10.5380/rinc.v6i1.57697

Gonzalo Aguilar Cavallo..........61

Estado, democracia e corrupção: equações complexas

State, democracy and corruption: complex equations

DOI: 10.5380/rinc.v6i1.59564

Rogério Gesta Leal..........91

Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público

On the notion of the common good in the Western political thought: between alleys and crossroads of the ancestral dimension of the modern concept of public interest

DOI: 10.5380/rinc.v6i1.57508

José Sergio da Silva Cristóvam107

A vitória pírrica da democracia constitucional

Constitutional democracy's pyrrhic victory

DOI: 10.5380/rinc.v6i1.56004

Fausto Santos de Moraes, Fernando Gabriel Ghiggi135

Os paradoxos da deliberação judicial colegiada

The paradoxes of collegial judicial deliberation

DOI: 10.5380/rinc.v6i1.57578

Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida,

Pedro Henrique Veiga Chrismann165

A nova cláusula de barreira e a sobrevivência das minorias

The new barrier clause and the survival of minorities

DOI: 10.5380/rinc.v6i1.58085

Raimundo Augusto Fernandes Neto, Jânio Pereira da Cunha189

Instruções para autores

Instructions for authors

.....221

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v6i1.69178

Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



A Revista de Investigações Constitucionais é indexada no SciELO

The Journal of Constitutional Research is covered in SciELO

Um dos maiores desafios dos editores de periódicos científicos é atender às rigorosas exigências das principais bases de dados, diretórios e fontes de informação. Além da preocupação com qualidade das pesquisas submetidas à apreciação do Conselho Editorial e do Conselho de Pareceristas, com o enquadramento na linha editorial da revista, com a diversidade geográfica dos autores, entre outras, a indexação do periódico nesses repositórios é fundamental para ampliar a sua visibilidade, a leitura e o acesso aos artigos publicados, bem como permitir, em alguns casos, a aferição do impacto da revista.

No seu quinto ano de existência, a **Revista de Investigações Constitucionais** logrou cumprir os rígidos requisitos estabelecidos pelo SciELO - Scientific Electronic Library Online e recebeu a carta de aceitação para indexação. Atualmente, o periódico já se encontra indexado, com todo o seu conteúdo disponível no sítio eletrônico do SciELO. Essa biblioteca digital de livre acesso é hoje um dos principais portais da América Latina voltados à divulgação e disseminação da produção científica em formato eletrônico e de acesso aberto. A rede conta com a participação de países como África do Sul, Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Espanha, México, Peru, Portugal, Uruguai e Venezuela.

É com muita alegria e gratidão aos autores, membros do Corpo Editorial, pareceristas e autores que comunicamos a notícia dessa importante conquista ao nosso

Como citar este editorial | *How to cite this editorial:* HACHEM, Daniel Wunder. A Revista de Investigações Constitucionais é indexada no SciELO. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 7-9, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i1.69178

público-leitor, com a expectativa de que essa indexação amplie ainda mais o acesso às publicações de alto nível de excelência que compõem os números da revista.

Neste número, o primeiro do ano de 2019, publicamos artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 11 instituições de ensino superior de 4 países diferentes: Chile, Cuba, Estados Unidos e de 5 diferentes unidades federativas da República Federativa do Brasil, com representação das regiões Sul, Sudeste e Nordeste: Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Rio de Janeiro, São Paulo e Ceará. Dos trabalhos publicados, 87,5% são de Professores Doutores, 25% redigidos em língua estrangeira, 37,5% dos artigos possuem entre seus autores pesquisadores afiliados a instituições estrangeiras e 100% dos autores são exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- Brazil in comparative perspective: the legacy of the founding, and the future of constitutional development

Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti

Master of Laws (LL.M) at Yale Law School (New Haven, United States)

- La iniciativa legislativa popular en América Latina – Un análisis comparado en clave axiológico-procedimental

(Teodoro) Yan Guzman Hernández

Profesor Titular de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (La Habana, Cuba)

- Juiz constitucional e diálogo jurisdiccional multinível: a experiência chilena

Gonzalo Aguilar Cavallo

Professor de Direito, Diretor do Mestrado em Direito Constitucional e Sub-Diretor do Centro de Estudios Constitucionales de Chile na Universidade de Talca (Santiago, Chile)

- Estado, democracia e corrupção: equações complexas

Rogério Gesta Leal

Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

- Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre bens e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público

José Sergio da Silva Cristóvam

Professor Adjunto de Direito Administrativo no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Mestrado em Direito do PPGD/UFSC (Florianópolis-SC, Brasil)

- A vitória pírrica da democracia constitucional

Fausto Santos de Moraes

Docente da Escola de Direito e Programa de Pós-Graduação Estrito Senso – Mestrado em Direito, Faculdade Meridional – IMED (Passo Fundo-RS, Brasil)

Fernando Gabriel Ghiggi

Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – FDDJ (São Paulo-SP, Brasil)

- Os paradoxos da deliberação judicial colegiada

Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida

Doutorando e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Pedro Henrique Veiga Chrismann

Professor adjunto da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Ibmec (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

- A nova cláusula de barreira e a sobrevivência das minorias

Raimundo Augusto Fernandes Neto

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil).

Jânio Pereira da Cunha

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS (Fortaleza-CE, Brasil).

Seguimos na expectativa de, cada vez mais, ampliar o alcance da difusão dos resultados de pesquisas relevantes na área do Direito Constitucional.

Curitiba, janeiro de 2019.

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

Editor-Chefe da Revista de Investigações Constitucionais

Prof. Msc. Luzardo Faria

Editor-Adjunto da Revista de Investigações Constitucionais



Brazil in comparative perspective: the legacy of the founding, and the future of constitutional development*

O Brasil em perspectiva comparada: o legado da fundação e o futuro do desenvolvimento constitucional

ANA BEATRIZ VANZOFF ROBALINHO CAVALCANTI^{1,2,3}**

¹Yale Law School (United States of America)

anabeatrizrobalinho@gmail.com

Recebido/Received: 30.04.2018 / April 30th, 2018

Aprovado/Approved: 30.04.2019 / April 30th, 2019

Abstract

This paper analyzes the Brazilian constitutional founding in a comparative perspective, endeavoring to understand how the founding's identity influenced constitutional development through the three decades since the constitutional document was enacted. By creating a link between the constitutional founding historical and political development and the way the Constitution has changed over time, it hopes to discover more about the evolution and concept of a constitutional identity.

Resumo

Esse trabalho analisa a fundação constitucional brasileira e uma perspectiva comparada, procurando entender como a identidade da fundação influenciou o desenvolvimento constitucional ao longo das três décadas desde que o documento constitucional foi promulgado. Criando uma ligação entre o desenvolvimento histórico e político da fundação e o modo pelo qual a Constituição mudou ao longo do tempo, espera-se descobrir mais sobre a evolução e o conceito de uma identidade constitucional.

Keywords: constitutional founding; transition; revolution; constitutional change; constitutional identity.

Palavras-chave: fundação constitucional; transição; revolução; mudança constitucional; identidade constitucional.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CAVALCANTI, Ana Beatriz Vanzoff Robalinho. Brazil in comparative perspective: the legacy of the founding, and the future of constitutional development. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 11-33, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i1.59195.

* This paper was first written as a result of a supervised research conducted under Professor Bruce Ackerman at Yale Law School. I am deeply grateful for Professor Ackerman's input, support and encouragement throughout the year I spent as his advisee and research assistant. This paper is but a small example of the many ways in which I have benefited from his scholarship and influence.

** Master of Laws (LL.M) at Yale Law School (New Haven, United States). Master of State Law at Universidade de São Paulo – USP (São Paulo-SP, Brazil). Lawyer and specialized in Constitutional Law. anabeatrizrobalinho@gmail.com.

CONTENTS:

1. Introduction; **2.** Part I - The constitutional founding of Brazil: transition or revolution? **3.** Part II - One World Constitutionalism? Comparing constitutional *foundings*. II.1. A single path scenario; II.2. Three paths to constitutionalism; **4.** Part III - Constitutional narrative and constitutional development; **5.** Conclusions. **6.** References.

1. INTRODUCTION

On May 12th, 2016, Brazil watched an unelected president be sworn into office. The last time this happened was on October 2nd, 1992, when then Vice-President Itamar Franco assumed the presidency following the suspension of democratically elected Fernando Collor de Mello on corruption charges. A few years further into the past, on March 15th, 1985, elected Vice-President José Sarney was sworn in following the unexpected illness of elected President Tancredo Neves. Together, Sarney and Franco ruled the country for seven years out of a decade.

Presidents with little democratic legitimacy have been a commonplace reality since the early days of the Brazilian democratic transition. President Michel Temer's term in office, now approaching its final stretch, may differ in some ways from those early days illegitimate presidential mandates; after all, it is the result of a political crisis affecting a seemingly consolidated democracy. However, to the extent it is the product of a failed electoral system, which fills our (constitutionally empowered) Congress with an unrepresentative collection of politicians, and the consequence of a parliamentary designed Constitution applied to a presidential system, Brazil's current political drama has very deep roots in the tumultuous history of its constitutional founding.

In the present both sides of the political spectrum and all varieties of jurists and political scientists continue to debate the appropriate solution for the current crisis, but they all seem to agree that the answer will involve constitutional change, and of the greatest significance. The call for political reform, from the remodeling of the proportional representation system to the alteration of the very system of government (from presidential to either semi-presidential or parliamentary), will invariably involve extensive changes to the text of the Constitution.

What no one seems to agree on is how. Some argue that only a constitutional convention (which has been called an *exclusive* constituent assembly) called for the specific purpose of accomplishing political reform could legitimately alter the Constitution to such an extensive degree¹. Our President himself (a constitutional law professor) has

¹ GIANNETTI, Eduardo. Por uma constituinte exclusiva, **Folha de São Paulo**, 04/10/2016. Available at: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/04/1759180-por-uma-constituinte-exclusiva.shtml>>. For a rebuff of this view, see VIEIRA, Oscar Vilhená. Riscos da constituinte exclusiva, **Folha de São Paulo**, 03/21/2015. Available at: <<http://m.folha.uol.com.br/columnas/oscarvilhenavieira/2015/03/1606153-riscos-daconstituinte-exclusiva.shtml>>. The juridical theory of an exclusive constituent assembly was first raised by Dilma Rousseff's own

written articles and personally sponsored a constitutional amendment project to promote a new round of constitutional *revision*, a comprehensive process of constitutional change that the Constitution called for only once, five years after its enactment². Others still insist that a simple constitutional amendment, legally approved by Congress, could legitimately alter even our system of government – while its political opponents claim that such an amendment would violate the Constitution’s eternity clause protecting the separation of powers. A final round of contenders insist that a parliamentary system of government could be established by a decision of the Supreme Court (maybe followed by a referendum)³.

As we rage war over the appropriate process to achieve our much needed political reform, all eyes are constantly turning to the past, and revising the complex process through which we acquired the system that we have today. The four corners of the political spectrum feel entitled to appropriate the constitutional founding as an argument of their own preferred version of constitutional reform. Two main narratives are dominant.

The first adopts the banner of legal continuity, and insists that only the processes expressively proposed in the written Constitution are adequate and legitimate to resolve the current impasse. These are the contenders of more moderate changes, and believers in the sensibility of elite decision-making. The Congress may deliberate on the subject of a constitutional amendment, the President may conscientiously resign and call for new elections, and even the Supreme Court may legitimately – albeit through an unusual set of circumstances – alter the Constitution to establish a new form of government. But constitutional conventions, revisions, and constitutionally unauthorized referendums are illegal breaks with the existing constitutional order, and with our own traditions in constitutional development⁴.

administration in 2013, following the confederations cup’s popular protests (which called, amongst other things, for political reform). The proposal was met with severe criticism from the opposition, and the government backed down after a few months.

² TEMER, Michel. Revisão Constitucional? Constituinte?, **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 29, n. 75, 1998. On this subject, see also PAIXÃO, Cristiano. Democracia e Constituição: um golpe desconstituinte? **JOTA**, Democracia e Sociedade, 05/12/2016. Available at: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-e-constituicao-um-golpe-desconstituinte-12052016>>.

³ See CARNEIRO, Luís Orlando. STF vai decidir se parlamentarismo pode ser adotado por emenda constitucional. **JOTA**, Justiça, 03/11/2016. Available at: <<https://www.jota.info/justica/stf-vai-decidir-se-parlamentarismo-pode-ser-adoptado-por-emenda-constitucional-11032016>>.

⁴ See HARTMANN, Ivan. Antecipação de eleições gerais é constitucional? Não, **Folha de São Paulo**, 04/09/2016. Available at: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/04/1759166-antecipacao-de-eleicoes-gerais-e-constitucional-nao.shtml>>. For a rebuff, and a sketch of the counter-position described below, see PEREIRA, Thomaz. Antecipação de eleições gerais é constitucional? Sim, **Folha de São Paulo**, 04/09/2016. Available at: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/04/1759168-antecipacao-de-eleicoes-gerais-e-constitucional-sim.shtml>>.

The other branch of theories is more enthusiastic about the appeal to popular will in the process of altering our current constitutional commitments. They are the champions of justifying legally unauthorized instruments of more direct democracy and popular participation as means to confer legitimacy to the process of constitutional change. They further believe that the inherent failures of our current representative system largely justify a more direct appeal to the people – even if there is no prediction in the written Constitution for such an appeal. These contenders look to the constitution-making process of 1987-1988 as one built on extraordinary popular participation, which accounts for the progressive character of the Constitution (far more progressive than the political views of the majority of the constituents) and the very legitimacy of our new beginning.

These different visions of the Brazilian founding create different accounts of what *are* our precedents for constitutional development. In the next few months, one of them will have to prevail, as we are forced to face the need for constitutional reform in the urgent wake of political crisis. Will our *traditional narrative* of continuity and elite-oriented change once again prevail, as the interim government intends? Or is there time for a different narrative about our constitutional past to shape a new path for our future development?

I cannot predict how this crisis will end. In this paper I hope to show how re-thinking our constitutional past can shape the way in which we will advance our constitutional development. I will place Brazil in comparative perspective by showing how the debate advanced in the realm of comparative constitutional law can help us better understand ourselves, as players in the arena of worldwide constitutionalism and within our own borders. In Part I, I will further develop the competing narratives of our constitutional founding. In Part II, I will visit the comparative analysis that can provide me with the tools to suggest the possibility of a new founding narrative for Brazil. In Part III, I will advance the possibilities of this new founding narrative, and how it may help move us beyond our current constitutional problems.

2. PART I - THE CONSTITUTIONAL FOUNDING OF BRAZIL: TRANSITION OR REVOLUTION?

The middle classes of society had alternated historically between passive service to an agrarian and commercial elite they could not dislodge from the heights of power and futile campaigns to reform the state and establish a regenerate democracy on the North American and Western European model. The military regime had done more for these groups than multiply opportunities of ascension to wealth and power through the officer corps and the civilian bureaucracy. It had provided them with an involuntary political

education. It had taught them that politics was indeed fate. The newly manifest power of government to make or break the social order – the partial lifting of the blockage imposed on social life by the oligarchy – shook the sense that things could not be other than what they were. It converted people in the politically conscious but unpropertied classes to a deeper uncertainty about what would become of their social world.⁵

In the mid-1980s, Brazilians were unsure about their political future. A dictatorship was declining – even the leaders of the authoritarian regime recognized as much – but what would take its place remained unclear. Some believed politics would return to its old course, with traditional civilian elites reclaiming their rule over a de-politicized majority of citizens; the military leaders themselves hoped to see reestablishment of this scenario⁶. But this was a minority view.

For the most part, people understood that deep structural changes were undergoing Brazilian society. Under twenty years of military rule, Brazil had moved from 55% rural to 74% urban⁷. Politics had taken new claims on the popular imaginary. People living in cities were far harder to control than the traditional rural population that voted on whoever their coronel commanded. Furthermore, these once all-powerful elites had already been dislodged from power once – albeit to be replaced by something worse. But why could it not now be something better?⁸ New political elites saw a possibility, never before as concrete, to seize power from those who had ruled the country for our entire republican history. Old political elites understood that they would have to reinvent themselves if they wished to reclaim power.

Both sides still had to deal with the awakening of civil society. As the dictatorship begun to lose steam, social groups on all corners of the country rose to organize their collective demands. The political opposition, or the outsider-elites, was the first to take notice of the potential that lay beneath popular mobilization⁹. Political leaders in the opposition carefully crafted the connection between congressional and popular

⁵ Harvard Law School Professor Roberto Mangabeira Unger, on the Brazilian constitutional experience of 1988. UNGER, Roberto Mangabeira. **Social Theory: Its Situation and Its Task:** a Critical Introduction to Politics, a Work in Constructive Social Theory, [s.l.]: Verso, 2004, p. 71.

⁶ PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988, **Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades**, n. 26, p. 146–169, 2011.

⁷ Data available at the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE). See <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/>.

⁸ For further analysis, see UNGER, Roberto Mangabeira. **Social Theory: Its Situation and Its Task:** a Critical Introduction to Politics, a Work in Constructive Social Theory, [s.l.]: Verso, 2004.

⁹The first concrete attempts at overthrowing the existing authoritarian regime begun as, following the allowed return of oppositional political parties from illegalities, the 1982 parliament elections provided the opposition with the opportunity to organize itself within the existing institutions. Political leaders for the opposition articulated the movement for direct elections around a proposed amendment to the authoritarian constitution of 1967, which would extinguish the electoral college and allow for the President to be directly (and democratically) elected by the people. The political negotiations surrounding the endorsement of the amendment begun

struggles for the return of democracy, and mobilized the population in the largest social movement in Brazilian history: the *Diretas Já*, or the movement for direct elections, which took millions to the streets¹⁰.

The accosted military government, however, was able to resist popular pressure and manipulated congress into rejecting the constitutional amendment that would allow free democratic elections for president for the first time in twenty years. A civilian president approved by the military was indirectly elected by the (regime-controlled) Electoral College, and the military announced the last phase of the “slow and gradual” process of political opening they had initiated – and struggled to control – for the preceding decade¹¹. This was the move of the old elites. They hoped to return to a time when the apparent structure of democracy was enough to appease calls for popular engagement in politics.

In early 1987, these two ideologically opposed groups had both earned significant victories. The sudden death of centralist Tancredo Neves lead to the empowerment of a true member of the old regime, who assumed the office of the Presidency. Meanwhile, a progressive minority of new elites became the intellectual leadership of the newly elected (and mostly conservative) Congress. A third political force would be necessary to balance the impasse between these ideological opposites. In a newly established political tradition, popular mobilization tipped the scales, severely undermined the legitimacy of the executive, which began to cave to popular appeals for a new, democratic Constitution¹².

While the Constituent Assembly was dominated by the main opposition party – which held 52% of the seats¹³ – the real situation of this democratically elected body was far more complex. A game of musical chairs before the 1986 election had severely deformed the ideological spectrum of the “opposition”, with large numbers of previous supporters of the military government fleeting to the new majoritarian party before the election¹⁴. General political analysis of the composition of the Brazilian Constituent

months any degree of mobilized popular envelopment had taken place. See LEONELLI, Domingos; OLIVEIRA, Dante de. *Diretas Já: 15 Meses que Abalaram a Ditadura*, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 10–25.

¹⁰ LEONELLI, Domingos; OLIVEIRA, Dante de. *Diretas Já: 15 Meses que Abalaram a Ditadura*, Rio de Janeiro: Record, 2004.

¹¹ See GASPARI, Elio. **O Sacerdote e O Feiticeiro: A Ditadura Encurralada, História e Geografia** edition. [s.l.]: Intrínseca, 2014.

¹² On the role of mobilized popular movements in forcing the government to call for the Constituent Assembly, see BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**, Brasil: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2012.

¹³ MAUÉS, Antônio Gomes Moreira; SANTOS, Elídia Lauris dos. Estabilidade Constitucional e Acordos Constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978), **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 4(2), p. 349–388, 2008, p. 359.

¹⁴ For a full analysis of the redrawing of party lines in the 1986 election, see HAGOPIAN, Frances. “Democracy by Undemocratic Means?” Elites, Political Pacts, and Regime Transition in Brazil, **Comparative Political Studies**, v. 23, n. 2, p. 147–170, 1990.

Assembly reveals that the majority of its members held conservative and elitist views, detached from the appeals of the general public¹⁵.

A minority of progressive constituents, however, was partially successful in neutralizing the effects of the conservative center by placing emphasis on the work of smaller committees in the drafting of the text, rather than the full membership of the Assembly. Popular participation was also increased through the smaller committees, which could hold public hearings and receive “suggestions” sponsored by civil society. Over 9000 suggestions for the drafting of specific constitutional provisions were presented in the assembly, which resulted in the addition of 122 popular amendments to the body of the text. Through these and other democracy-enhancing mechanisms, a staggering 12 million people are estimated to have participated in the process of constitution-making in Brazil between 1987 and 1988 – roughly 10% of the voting population¹⁶.

Meanwhile, the military government sought to minimize damages by exerting pressure in strategic points of the debate within the Assembly, most famously in forcing the approval of a presidential form of government, when a clear majority was in favor of a parliamentary system¹⁷. The government-controlled coalition also sought to diminish the power of the more democratic small committees in favor of full membership votes (where conservative results were far more likely to occur), and was partially successful¹⁸.

These unusual processes generated an unusual document. Whereas the Brazilian constitutional text of 1988 showed the marks of the military intervention in several provisions, it also carried far more progressive provisions than the majority coalition aimed for. It has been called a Constitution without winners¹⁹, and it opened the doors for ideologically opposite appropriation by different groups at different times.

The paradoxical features of our founding have crowded constitutional theory and practice in Brazil with diverging conceptions of the true identity of our system, with profound consequences for the legitimization of constitutional evolution. The dominant traditional narrative has been one of elite dominated continuity, but popular influence

¹⁵ HAGOPIAN, Frances. “Democracy by Undemocratic Means”? Elites, Political Pacts, and Regime Transition in Brazil, *Comparative Political Studies*, v. 23, n. 2, p. 147–170, 1990.

¹⁶ All the data regarding the so-called popular amendments of the Brazilian constituent process can be found at MICHILES, Carlos. *Cidadão constituinte: A saga das emendas populares*, [s.l.]: Paz e Terra, 1989.

¹⁷ J. LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. *Problems of Democratic Transition and Consolidation*: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996, p. 170.

¹⁸ The detailed nature of the political moves conservatives and progressives made during the Constituent Assembly was exposed in a series of interviews of prominent members of the constituent congress conducted in 2013 in Brasilia, including former President Fernando Henrique Cardoso and former Supreme Court Justice Nelson Jobim. The interviews were conducted and recorded by members of the study group on the Brazilian Constituent Assembly sponsored by the Brazilian Institute of Public Law (IDP).

¹⁹ See HOLMES, Pablo. *A “Agenda Brasil” e os Limites da Nova República: O Paradoxo entre Estabilidade e Mudança na Constituição de 1988*, available at: <http://www.fd.unb.br/pt/statistics/a-agenda-brasil-e-os-limites-da-nova-republica-o-paradoxo-entre-estabilidade-e-mudanca-na-constituicao-de-1988>.

and rupture have been increasingly featured in narratives about the founding. This shift can be placed in the context of a world phenomenon, in which the analysis of democratic transitions and constitutional *foundings* is signaling its first moves away from the elitist paradigm that dominated it for the last three decades. The extent of this shift, and its consequences for constitutional legitimacy and evolution, will be explored in Part II.

3. PART II - ONE WORLD CONSTITUTIONALISM? COMPARING CONSTITUTIONAL FOUNDINGS

We can make life easy for ourselves by supposing that “constitutionalism” is a “one-size-fits-all” ideal that animates a common project throughout the world. But this seems unlikely (to put it mildly).²⁰

In the comparative perspective of the evolution of society – even modern society – the advent of constitutionalism²¹ as a worldwide phenomenon has been both swift and deep. On the one hand, the use of “worldwide”, while a generalization, is not entirely misplaced: the presence of constitutionalism is undisputed across the powerful axis of Europe and America, while Asia is held in constant alert by the beacons of India and Japan. On the other hand, by the most generously inclusive accounts, this is a seventy year-old trend²².

Through one of the most dynamic periods in human history, constitutionalism became an overfamiliar part of our collective vocabulary. But why? Modern scholars have sought to understand the phenomenon of constitutionalism through the lenses of history, politics, economics and social theory, providing for a large range of rationalizing models that display varying degrees of generalization in unifying too many unique variables into one comprehensive account.

²⁰ ACKERMAN, Bruce. **The Rise of World Constitutionalism (Draft in possession of the author)**, [s.l.: s.n.], 2016, p. 2.

²¹ Constitutionalism is a phenomenon which can certainly take more than one meaning. Many conceptions of constitutionalism may come embedded with the influence of other concepts - such as “rule of law” or “democracy”. In my dissertation, I will adopt the concept of constitutionalism described by Ackerman - as limits placed on top decision-makers. He notes that “I want to distinguish my inquiry from a larger effort to clarify the broader ideal of the “rule of law.” Constitutionalism, as I understand it, involves the imposition of significant legal constraints on top decisionmakers. But the broader “rule of law” ideal deals primarily with the way top decision-makers try to control everybody else.” *Ibid.*, p. 6.

²² Writing for the first time on the project of The Rise of World Constitutionalism nearly twenty years ago, Ackerman urged the reader to look back into the 1930s, and access the prospects of constitutionalism across the world. They were grim, he said, following the collapse of the Weimar Republic and further the development of other nazi-like dictatorships in Europe and even Latin America. Past 60 years, in the mid-1990s, he admired the turn of the world: constitutionalism was a reigning force in the west and beyond. The framework he describes initiated just as the consequences of the intra-war period begun to dissipate. ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism, **Virginia Law Review**, v. 83, n. 4, p. 771–797, 1997, p. 771.

Can we identify with precision the genesis of contemporary constitutionalism? The impossible task seems to be finding the one factor present in over thirty²³ countries in the last seventy years, which allowed for the establishment of constitutionalism in the overall form that we know today. Because we are often seduced by the domino effect of history as an explanation for common events taking place in different locations, the temptation is to look back to where it started²⁴.

II.1. A single path scenario

Naturally, no ordinary set of events stands at the other end of this seven-decade gap; World War II had just swept over the world, with far-reaching consequences in the realm of law. The first constitutions rising from this period – from the allied-imposed documents of Germany and Japan, to the revolutionary Constitution of India, brought about by the British retreat following the war efforts – have profound causal ties to the events of the largest armed conflict in human history.

The influence of the war should not be underestimated, but it is easy to overextend it, also. The basic characterization of constitutionalism as a response to the horrors of war could easily unify its world prominence under the banner of the entrenchment of basic human rights²⁵. Western European constitutions that followed the German charter, even by a couple of decades, naturally fit into this narrative; after all, they either experienced the effects of war directly (like France and Italy) or indirectly, through the spread of authoritarian dictatorships of the Nazi variety (like Portugal and Spain). Latin America and Eastern Europe, which did not enter their own constitutional experiences until the 1980s, can also take part in the analogy through their own struggles with the excesses of dictatorship²⁶.

²³ Thirty is actually Huntington's count for the Third Wave transitions - between 1974 and 1990. If the period is extended to the immediate post-war period, many more constitutional experiences would have to be factored in. HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave:** Democratization in the Late 20th Century, Norman: University of Oklahoma Press, 1993, p. xii.

²⁴ Huntington allowed for two explanations for the third wave of democratization that could fit into this paradigm: the single cause and the snowballing effect. *Ibid.*, p. 32–33.

²⁵ For a description of the trend of modern German constitutionalism as a reaction to the Nazi past - and a strong rebuff thereof - See HAILBRONNER, Michaela. Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism, *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3, p. 626–649, 2014.

²⁶ The flow of these ideas - from the old to the new world, and from the post-war to the post-cold war - is particularly noticeable in two countries that will be explored here: Spain and Brazil. In the former, the concept of neoconstitutionalism was first developed to explain the new face of Spanish constitutionalism: a reaction to the horrors that preceded, caused and followed through the many wars the country faced in the first half of the 20th century, and which the new constitutional order brought to a much expected end, with the promise of entrenching fundamental rights and severely restraining government in the name of individual liberties. See CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismos**, Madrid: Trotta, 2005. In post-1988 Brazil, neoconstitutionalism is a school of thought of remarkable influence, championed first and foremost by Supreme Court Justice Luís Roberto Barroso. In the Brazilian context, neoconstitutionalism has been used to justify the unprecedented rise of the judiciary - and specially the Supreme Court - in the last decades, as a natural consequence of the

But the legacy of World War II was not a key element in the last generation's constitutional transformations in Latin America and Eastern Europe. In the late 1980s, the world had moved past the legacy of totalizing war; new developments were pushing national political agendas through international pressures, such as the imminent collapse of the Soviet Union and the end of the Cold War and the devastating effects of economic crises. Here, unlike the spirit of earlier post-war constitutions, the economy was at the forefront of political concerns, and no constitutionalizing effort could be fulfilled without addressing firmly the goals of stability and prosperity.

Samuel Huntington²⁷ acknowledged these fundamental distinctions in separating the immediate post-war period from more modern attempts at constitutionalism: while the former was recognized as a portion of a short Second Wave of world-wide democratization, the Third Wave began in 1974 with the Portuguese revolution, and encompassed the contemporary efforts of Southwestern Europe, Latin America and Post-Communist Europe. These periods did not merely group new democratic and constitutional experiences chronologically, but attributed to them specific motivating rationalities²⁸.

These (different levels of) generalizations reveal a comprehensible urge, within the field of comparative public law, to discover commonalities that could bestow the constitutional enterprise with some level of systematization and comparative logic, while informing, in the national sphere, the constitutional *narrative*²⁹ of the founding and generally of each system's development. The studies, each in its particular way, have shared the common enterprise of identifying a unifying factor capable of explaining the phenomenon of global constitutionalism. This is not to say, of course, that any scholar could expect the complex occurrence of constitutionalism to be fully explained by a single factor, no matter how significant; rather, these studies have searched for a common logic capable of serving as the main engine for the development of constitutional democracies around the world.

constitutional duty to overcome the excesses of the dictatorship through the defense of fundamental rights. See BARROSO, Luís Roberto. **El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho**, México: UNAM, p. 33, 2008. For a criticism of neoconstitutionalism in the Brazilian context, see SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Orgs.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 267-302.

²⁷ HUNTINGTON. **The Third Wave**. Democratization in the Late 20th Century. Norman: University of Oklahoma Press, 1993.

²⁸ Whereas Huntington continuously focuses on external factors to explain the motivations of his democratization waves, he acknowledges that the effects of the II World War in 1940s and 1950s Constitutions gave way to new first orders of concern - mainly economic - starting in the 1970s. *Ibid.*, p. 20-45.

²⁹ The recurrent use of narrative in the next several pages will constantly be aligned with the familiar idea of a professional narrative, whereas it can be understood as more than just a tool lawyers use in making legal arguments. Most importantly, narrative will represent something which is not the same as history, but nonetheless intrinsically related to it: the use of history and its knowledge for a particular purpose, of interpreting and understanding the evolution of law, its relation to society and the mutual layers of influence between the legal, the political and the social. I owe this observation to Professor Owen Fiss, who pointed out the importance of defining narrative in this context during a classroom discussion.

Huntington's *The Third Wave*³⁰ has been influential enough to start a trend of its own in the arena of comparative political science; he places great emphasis on the beliefs and actions of political elites in determining the likelihood of the democratic outcome. The influences upon elites explored in the book range from internal governmental performance to external pressures of economic and political nature. In all instances, his approach highlights a narrative of negotiated transition that has little to do with the people.

Others have followed in Huntington's footsteps. Juan Linz and Alfred Stepan wrote on the advantages of *negotiated transitions* in ensuring the necessary conditions for the consolidation of democracy³¹, whereas Andrew Arato took a step further in advocating for the superiority of a round-table model of elite negotiations in the constitution-making process of new democracies³². In fitting Third Wave constitutional cases into the *single transition scenario* (as by-products of the transition to democracy), Ran Hirschl developed a theory of constitutionalization for the purpose of hegemonic preservation, pointing to the interests of elites in maintaining the *status quo*³³.

Third wave scholarship thus has strived to depict the modern impulse towards constitutionalism as a consequence of diverging factors' influences on political elites. Whether the main concern is within politics, economics or social preservation, the unifying aspect of transitions into constitutional democracies lies within the inclinations of a few politically prevalent groups. The will of a few controls the destiny of many.

From a descriptive point of view, they are most likely correct. Political elites are charged with the power of government, and it is in their negotiating tables that government is created, shaped and passed into new hands. The problem with this diagnosis is that third wave scholarship is trying to explain how and why constitutional democracies have been created, and not why they are legitimate. As we move into the realm of legitimacy, we no longer take how a constitutional system came to be as *the* question, but as *a* question – whose answer is designed to clarify yet another inquiry.

II.2. Three paths to constitutionalism

Bruce Ackerman has sought to answer the second question through the first, claiming that the legitimating logic of a constitutional system is related to its foundation. This shift in the central inquiry of the enterprise has placed him in direct

³⁰ HUNTINGTON. **The Third Wave**. Democratization in the Late 20th Century. Norman: University of Oklahoma Press, 1993.

³¹ J. LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. **Problems of Democratic Transition and Consolidation**: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.

³² ARATO, Andrew. **Civil Society, Constitution, and Legitimacy**. Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, 2000.

³³ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

opposition to third wave scholarship, as the question of legitimacy refuses to yield to a single answer. Instead, he expressively echoes Max Weber³⁴, who established three pure types of legitimate domination, and offers a three-path model to explain the rise of constitutionalism³⁵.

Ackerman builds upon Weber's famous ideal types of legal, traditional and charismatic authority by introducing into the framework the *creative element*, which is the distinctive appeal of constitutionalism³⁶. Ackerman is concerned with how authority (in the Weberian sense of probability that a command will be obeyed³⁷ or in a more modern sense of legitimization as *respect-worthiness*³⁸) is first established, rather than how it is maintained over time³⁹.

Weber's analysis, on the other hand, is less concerned with the genesis of power than it is with its conservation. Kalyvas' study of Weber seems to suggest that his greatest shortcoming was to keep his analysis on the level of normal politics. Ackerman's appeal to extraordinary, or constitutional politics⁴⁰, allow especially for the revitalization of charisma as a creative force in the establishment of legitimate authority⁴¹.

This accounts for Ackerman's great emphasis on the model of revolutionary constitutionalism, which will be joined by pragmatic adaptations and elite constructions as the three paths towards legitimate constitutional systems. Revolutionary paths

³⁴ See generally WEBER, Max. **Economy and Society**: An Outline of Interpretive Sociology. [s.l.]: University of California Press, 1978.

³⁵ ACKERMAN, Bruce. **The Rise of World Constitutionalism**. (Draft in possession of the author), [s.l.: s.n.], 2016.

³⁶ For a detailed development of the Ackerman-Weber relationship, see KALYVAS, Andreas. **Democracy and the Politics of the Extraordinary**: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 65–78, 163–174.

³⁷ WEBER, Max. **Economy and Society**: An Outline of Interpretive Sociology. [s.l.]: University of California Press, 1978. p. 212.

³⁸ See, below, the development of this concept of constitutional legitimacy in III.

³⁹ This is not to say Ackerman ignores the longer view on whether a certain constitutional system will survive past its first generation - this is certainly part of what leads him to classify his chosen case-scenarios as "success cases". Rather, Ackerman's diagnosis identifies the special challenges generated by different paths to constitutionalism, but does not prescribe a formula to overcome them. He states that "At the same time, I am not trying to provide a complete causal account of the conditions under which political systems sustain themselves over time. Even though a constitutional regime generates broad belief in its legitimacy, it may be crushed by military defeat or economic depression or some other catastrophe. The reverse may also be true: virtually everybody may believe that the Constitution is a sham, but they continue to support the system as long as it delivers prosperity and national security. Nevertheless, the presence or absence of a widespread belief in constitutional legitimacy can play an important – sometimes, all-important – role in shaping political and social life. So the different dynamics that may generate such commitments are worthy of sustained study". ACK ACKERMAN, Bruce. **The Rise of World Constitutionalism**. (Draft in possession of the author), [s.l.: s.n.], 2016. p. 7–8.

⁴⁰ For a detailed view of Ackerman's concept of constitutional politics in the framework of his dualist democracy, see generally ACKERMAN, Bruce. **We the People, Volume 1: Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1993.

⁴¹ On the revival of charisma through the concept of extraordinary politics, see particularly KKALYVAS, Andreas. **Democracy and the Politics of the Extraordinary**: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 163–186.

will base legitimacy primarily on charisma. The charisma in Ackerman's model is not of the ruler⁴², but of the organized popular movement that channels the will of the people into new constitutional achievements⁴³. This allows for a system that enjoys broad democratic legitimacy – if only it can keep the ghost of totalitarianism at bay.

Pragmatic adaptations result from the cooptation of popular movements by the establishment, which generates constitutional reforms to accommodate popular demands. The source of legitimacy here is tradition, as the people give a vote of confidence to the government that just demonstrated once more statesmanship abilities and responsiveness. This will allow for the legitimacy of the system so long as the people can keep such faith.

Elite constructions spring from the absence of popular movements, as a vacuum of power is not filled by the masses – that sit in passivity – but by a group of elitist outsiders that make their way into power and establish a new constitutional order. The Weberian parallel here is to the legitimacy of rational bureaucracy, which suggests a legal system that is legitimated by *itself*. Ackerman's theory for the legitimating source of elitist new beginnings is not entirely clear, but he recognizes this paradox in pointing to the *authenticity problem* of elite constructions.

Ackerman's deconstruction of the third wave model begins at the suggestion of a three-tiered pathway, rather than a single-answer scenario. But popular mobilization is at the heart of his endeavor, and the chief preoccupation of the first volume of his series. Already in this first analysis Ackerman shows us how several third wave cases are actually examples of the revolutionary path, such as South Africa and Israel. He creates another category for countries of the commonwealth, differentiating pragmatic adaptations (which necessarily must be motivated by popular uprising) from elite constructions. His moves make the path towards elite constitutionalism quite straighter than previous analysis would suggest.

And with good reason. Even in the very limited time Ackerman dedicates to exploring elite construction as a model in the first volume of this series, it is clear the achievement of legitimacy is the most challenging in this scenario. The authenticity problem looms over the few actual elite construction cases Ackerman explores, with

⁴² For a critique of Weber's individualistic treatment of charismatic power, see *Ibid*.

⁴³ Whereas Ackerman also recognizes the importance of the charismatic leaders – and their significant amount of influence in the development of organizational charisma – the stories of revolutionary success seem to be the ones in which leadership charisma is channeled into a broader movement's organizational charisma. Attempts to divorce leadership charisma from its popular mobilized roots, on the other hand, seem to end in failure. He observes that charismatic leaders "owed their position to their symbolic centrality in the revolutionary narrative that movement activists tell themselves about the meaning of their struggle. To put the point in non-charismatic terms: Symbolic leaders found themselves in the right place at the right time – at the head of demonstrations of mass resistance at particular moments which achieve epic status in the narrative that ordinary people tell themselves about the larger revolutionary struggle." See ACKERMAN, Bruce. **The Rise of World Constitutionalism**. (Draft in possession of the author), [s.l.: s.n.], 2016. p. 52.

Spain and Japan facing challenges that threaten the very life of their current constitutional orders. Germany, on the other hand, stands as a counter-example of legitimacy and stability in the paradigm of elitist constitutionalism, for reasons that remain to be fully explored⁴⁴.

Revolution, elite construction, pragmatic adaptation: Ackerman offers a new realm of possibilities for the exploitation of the legitimate establishment of new constitutional orders. Whether or not this will prove a sufficiently comprehensive model in comprising the complexities of modern constitutionalism, it has raised the fundamental issues: not only that a *single* legitimating logic is entirely unsatisfactory in an effort to explain the constitutional struggles of a large group of countries, but also that different foundational narratives will provide for distinctive legitimization problems within each country, with remarkable consequences for the very identity of the constitutional systems.

A very interesting consequence of these findings was explored by Ackerman in a recent paper, in which he suggested that the diverging paradigms for legitimate constitutionalism within the European union threaten its capacity to solve constitutional issues⁴⁵. According to Ackerman:

The leading nations of Europe come to the union along different paths: the constitutions of Germany and Spain are elite constructions; France, Italy and Poland are revolutionary achievements; and Great Britain emerges from an insider tradition. Little wonder, then, that these countries have trouble finding a common pathway to a more perfect union. The French and Italians and Poles are open to transformative appeals to the People of Europe; the British prefer muddling through; and the Germans are utterly perplexed by the very idea that either political elites or mobilized movements may legitimately repudiate foundational constitutional commitments.⁴⁶

There are two fundamental suggestions in Ackerman's reasoning, and both will be relevant in returning to the analysis of the Brazilian case in the following sections. The first is the idea that different paths to constitutionalism will influence the creation of a particular way to solve constitutional problems – the notion that a certain foundational experience will create a certain culture for constitutional development. The second is its consequence: the problems which arise from the inheritance of conflicting

⁴⁴ Ackerman seems to concede to the diagnosis that the German Constitutional Court had a lot to do with the rise of the (elite constructed) constitution to the center of the reconstructed political order. But he leaves the analysis of the reasons and means for this occurrence for the second volume. *Ibid.*, p. 30–31.

⁴⁵ ACKERMAN, Bruce. Three Paths to Constitutionalism – and the Crisis of the European Union. *British Journal of Political Science*, v. 45, n. 4, p. 705–714, 2015.

⁴⁶ ACKERMAN, Bruce. Three Paths to Constitutionalism – and the Crisis of the European Union. *British Journal of Political Science*, v. 45, n. 4, p. 705–714, 2015. p. 8.

paradigms, which cannot even be properly diagnosed until we can dispense with the idea of constitutionalism as a *one-size-fits-all*⁴⁷ phenomenon.

I have argued that the Brazilian constitutional system faces deep problems of self-understanding because of the heavy influences of two contrasting paradigms for constitutional development. In Part III will explore further the relationship between the founding narrative and the paradigm for constitutional development, in constitutional theory in general and in Brazil in particular. I will finally analyze how these problems may affect the future of Brazilian constitutionalism, and how we might move beyond the impasse.

4. Part III - Constitutional narrative and constitutional development

No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. For every Constitution there is an epic, for each Decalogue a scripture. Once understood in the context of narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live in.⁴⁸

A Constitution is defined by its narrative. The narrative informs the *animus* that holds it upward and pushes it forward. In describing the importance of narrative, Robert Cover claimed that every version of the constitutional framing creates a new text⁴⁹. The narrative, thus, has the upper hand; the text must change to adapt to it, and not the other way around. The idea of narrative is rich because it embodies more than a story about how the Constitution came to be, sometimes fifty, sometimes two hundred years in the past. It informs, moreover, a compromise, a project, that extends over time. It tells us *why* we committed ourselves to something – and not just *what* we committed ourselves to – thus helping to justify why we stick to it.

A constitutional narrative is therefore part of the constitutional *culture*, a set of extrajudicial beliefs that provides guidance and constraints upon constitutional law⁵⁰. It constrains because it provides for a certain way to do things, built upon experience extending sometimes for decades, sometimes centuries. To try and do things differently is a challenge no single lawyer or scholar could take up⁵¹. It is instead the role of the collective, of an entire generation at times, to change the way that things are done. We

⁴⁷ ACKERMAN, Bruce. **The Rise of World Constitutionalism**. (Draft in possession of the author), [s.l.: s.n.], 2016. p. 1.

⁴⁸ COVER, Robert M. Foreword: Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**, v. 97, 1983, p. 4–5.

⁴⁹ COVER, Robert M. Foreword: Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**, v. 97, 1983, p. 5.

⁵⁰ See POST, Robert C. Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law. **Harvard Law Review**, v. 117, p. 4, 2003.

⁵¹ ACKERMAN. **We the People, Volume 1: Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1993. p. 39.

are, at the same time, *guided* by certain practices and beliefs, a certain *language*⁵² that we follow because we believe it must be followed, because following it is what cloaks our acts with authority and induces respect and obedience.

In this sense, narrative and culture relate deeply to the patterns of constitutional legitimacy. Frank Michelman defined legitimacy as respect-worthiness and asserted that in a constitutional system, people experience pressure to support laws they do not agree with⁵³. Notice that these are not laws that violate the Constitution, but *valid* laws that violate instead a sense of fairness, or justice, that drives our individual beliefs. Given that no comprehensive set of laws can appeal equally to all the members of a pluralistic society, what feature of the constitutional system provides respect-worthiness? This binding virtue of the constitutional system, when faced with the impossibility of consensus on substance, can only take place in a *content-independent* scenario.

Content-independent, as I understand it, is not the same as process-based, and not merely author-based either⁵⁴. Rather, it is about the ways in which we can deal with disagreement (and not *what* we can agree on). Content-independent accounts of legitimacy build upon narrative for several reasons. For one, narrative provides the basis for the idea of continuity, evolution and progress⁵⁵. Understanding the commitments and promises of the founding generation can inspire people living in different times to build upon those ideals, and cast light on the way that things are done.

However, the People need more than an inspiring project to believe in their Constitution; they need to be shown that such a project is being slowly implemented, and that there is room for growth and change in the future. If constitutional legitimacy is the feature that allows us to cope with laws we don't agree with, then we must believe that the possibility of changing things in the future is viable, and that we can persuade others to accept our views⁵⁶; looking at the Constitution that exists today and imagining the Constitution that it could be is an exercise of hope⁵⁷, and such hope is

⁵² For one version of constitutional language see BOBBITT, Philip. **Constitutional Fate: Theory of the Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 1984.

⁵³ MICHELMAN, Frank I. Is the Constitution a Contract for Legitimacy. **Review of Constitutional Studies**, v. 8, p. 128, 2003.

⁵⁴ See Jack Balkin's interpretations of Michelaman in BALKIN, Jack M. Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution. **Tulsa Law Review**, v. 39, p. 485, 2003.

⁵⁵ For a better development of the idea of the Constitution as a legitimacy project, see BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Cambridge: Belknap Press, 2014.

⁵⁶ For an account of this notion of legitimacy in the context of democratic constitutionalism, see POST, Robert; SIEGEL, Reva B. Democratic Constitutionalism. In: SIEGEL, Reva B.; BALKIN, Jack M. (Orgs.). **The Constitution in 2020**. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 25-34.

⁵⁷ Professor Sanford Levinson would, on the other hand, call this faith, and develop its part in maintaining constitutional legitimacy using the notion of interpretative protestantism. He advocates that only by interpreting the Constitution for ourselves can we cope with the injustice of the meanings provided by a central institution, such as the Supreme Court. By believing the real Constitution is the one that we see, we hope to persuade

reinforced when we understand *how* we can move forward (even when we don't know when).

If we are to see the Constitution as a project, then we must understand how it came to be, what kind of political pact it created and ratified, how it relates to the story of our people. If, furthermore, we accept the constitutional spirit of our times and believe in the concept of popular sovereignty, we must understand how the Constitution claimed authority to speak in the name of the People, to bind them to rules they do not always, in their private realms of morality and conscience, agree with.

But narrative also supplies the *culture*, the practices and languages that secure our own possibilities of constitutional change, and the knowledge about how a particular constitutional order conducts disagreement about its laws. It shows what our possibilities and mechanisms of persuasion are, and allows us to assess how great a disagreement we can live with based on how much we can ever expect to change.

We are deeply bounded both by the idea of authority and endurance of the rule of law and to our commitment to pluralism and democracy. A constitutional narrative can help reconcile these paradoxical ideals by providing us with tools to commit to something while coping with disagreement, in a way that is best suited to our history, our understandings about the law and our traditions. Narrative does not only tell us where we are going, but why we are going and how to get there⁵⁸.

The varying layers of narrative provided by the different efforts at rationalizing constitutionalism on a world level, therefore, have far greater consequences than mere reclassification on the comparative sphere. They do prescribe caution in the comparative exercise, as modern scholars increasingly show that you need more than the fact that both texts are "constitutions" to place them in comparative perspective. Some constitutional systems, by virtue of factors that escape the traditional boundaries of geography, common culture or language, are more compatible with one another because they are informed by a similar legitimating logic. That is the problem Ackerman identified in Europe, where a novel exercise at cross-continental constitutionalism must overcome the incompatible constitutional heritages that spring from histories of the different nations seeking to be united under one constitutional system.

Furthermore, the consequences of narrative re-telling are also deep within the national sphere. The way a country understands its own Constitution will have

others, and especially those with the coercive power to determine meaning, to see the world as we do. See LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2011.

⁵⁸ Reva Siegel observes that "It is through the past that we make pragmatic judgments about the ways we can best realize constitutional commitments and values in the present, and by appeal to the past that we know ourselves as a collective subject acting in history, united imaginatively and ethically across generations as well as communities. Collective memory thus plays a central role in constitutional reason". SIEGEL, Reva B. She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism, and the Family. **Harvard Law Review**, v. 115, n. 4, p. 947–1046, 2002.

profound effects on the way it will struggle to maintain the system's legitimacy over time. It will affect the way legal arguments are made, the way the Constitution can be altered, the substance of constitutional developments⁵⁹. As new stories are told about the Constitution as a project, new goals will be set⁶⁰.

Both aspects of this analysis influence Brazil's constitutionalism. The ambiguous nature of our constitutional founding allows no easy categorization to be sketched regarding our place in a worldwide constitutional order. To make matters worse, our two chief constitutional *fathers* – the systems from which we draw heavier influences – are modeling opposites in the discussed scenario: Germany is a clear elite construction case, while the United States is a paradigmatic contender of revolutionary constitutionalism.

Within our own constitutional history, we can hardly grasp what is our precedent for constitutional evolution and development. Are we a classic elite construction model, built on the sensibility of elites and in the absence of popular mobilization? Or is our unconventional model of non-partisan popular mobilization an expression of revolutionary constitutionalism? As we go forward and face the political turmoil that threatens our young democracy, it becomes paramount to grasp what kind of constitutional practice or process we are likely to embrace in a new moment of crisis.

The final question is then this: is it a choice or a necessity? Given the power that lies in the possibility of narrative retelling, can we seek to place our founding in a different light? The ever-specifying way in which efforts in comparative law offer diverging views of constitutionalism across the world suggest that to every *misdagnose* in the realm of legitimating possibilities there is a new chance for the rebuilding of constitutional history. One could hardly understand the complexities of India or modern day Poland by looking at the behavior of political elites alone in the process of crafting a new constitutional order⁶¹.

Brazil could be such a case. Our founding document is filled with promises for democracy, progress, equality and social justice that can be inspired into reality or read as dead letter. These achievements lie in the text and in the spirit of the Constitution – rightly understood⁶² – and await an interpretative attitude compatible with the task of

⁵⁹ Reva Siegel observes, hence, that "By telling stories about a common past, a group can constitute itself as a group, a collective subject with certain experiences, expectations, entitlements, obligations, and commitments. The stories that help forge group identity also supply structures of ordinary understanding, frameworks within which members of a society interpret experience and make positive and normative judgments concerning it." SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. **History, Memory, and the Law**, [s.l.]: University of Michigan Press, 2009, p. 161.

⁶⁰ BALKIN, Jack M. **Constitutional Redemption**: Political Faith in an Unjust World. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011.

⁶¹ For a brief overview, see ACKERMAN, Bruce. Three Paths to Constitutionalism – and the Crisis of the European Union. **British Journal of Political Science**, v. 45, n. 4, p. 705–714, 2015.

⁶² Akhil Amar has used the Declaration of Independence to show that a text of constitutional order can be read and praised, but still not understood if one is not willing to give it the right interpretative spirit in AMAR,

realizing them. As we refuse to embrace the unusual set of circumstances that provided for an (almost) new beginning in our society, thus forsaking allegiance to the social vision the political elites *thought* they were enacting (but in reality weren't)⁶³, we deny ourselves the source of inspiration that can guide our constitutional project. With no basis to justify constitutional evolution that pushes against the limitations of old precedents and traditions, the professional narrative is forced back into the discourse of legal continuity, blurring the innovative and the progressive (and yes, the revolutionary) in our constitutional commands with the distorted lenses that try to make them a logic consequence of what came before.

Consequently, a misguided picture of our goals within the constitutional system cannot inspire – or justify – building a legal culture that can accordingly bring our constitutional previsions into reality. Conservative or past-oriented approaches to the techniques of constitutional interpretation, the possibilities of constitutional amendment and revision, and the scope (and legitimacy) of informal changes halt our constitutional development, or else condemn it as illegitimate. And this of course especially relevant as we face the need for significant constitutional change in the near future.

A close look at restricting laws and judicial precedents would show how ungenerous “interpretations” of the Constitution have frozen social progress and the advancement of democracy and civil liberties in our constitutional development. While this tendency has been somewhat reversed within the judiciary in the last decade, the general trend continues to point towards containing the effects of the *constitutionalizing* revolution of law that have resulted from the combination of the abstract comprehensiveness (and progressive character) of the Constitution and the rise of the judiciary to the center of political consequence.

Until we can reconcile the ongoing exercise of responsiveness the Constitution must undertake in a democratic setting with our true sources of *founding* legitimacy, our constitutional development will continue to fall short in both theory and practice. If the last thirty years of constitutional development are faced with an eye on the binding precedents and ideals of previous regimes, we will continue to be unable to justify the direction and scope of our constitutional evolution. But if we can understand 1988 as an enterprise that tried (and partially succeeded) in breaking with the past, we may learn to interpret and apply our Constitution in ways that redeem the revolutionary commitments of the Brazilian founding.

Akhil Reed, The Consent of the Governed: Constitutional Amendment outside Article V. **Columbia Law Review**, v. 94, n. 2, p. 457–508, 1994, p. 457. Professor Amar's work is filled with such attempts at encountering the right light to shine on the Constitution - through the use of history and beyond.

⁶³ On the discrepancies between the political views of the majority of the constituents and the pacts translated into constitutional norms, see SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. **Dados**, v. 29, n. 2, 2009.

As our democracy faces new challenges with the current political crisis, proposals such as this move to the forefront of constitutional theory. We are facing several possible paths of constitutional change. I cannot predict which one we will take, or even which one we should. What I hoped to convey is that the best possible path will be one that can connect our past to our future, and renew our connection to our constitutional system.

5. CONCLUSION

Brazilian constitutional theory is ill equipped to deal with the current political crisis, the greatest since our redemocratization process in 1983-1988. Apart from the shortcomings of the political system, which range from the inadequate electoral laws to the persisting heritage of patriarchy, we are unable to make proper use of the weapons we have. The achievements of 1988 could be lost long before we take the time to properly understand them. As we face the need for constitutional change – sooner, perhaps, than we expected – we must come to terms with the reality of the system we established, if we are to preserve its spirit in the face of shifting times.

The first step is to come to terms with the system we created, its origins and its purpose, and how we came to accept it as legitimate; it will help us both to understand how to change it and which process is more adequate in our constitutional tradition. This is where I hoped to contribute. I don't believe our traditional constitutional narrative and resulting moderate exercise of transformative politics will suffice in bringing us out of our current crisis. Nevertheless, I believe an unconventional arrangement must be legitimized by a better understanding of our constitutional history in order to gain the authority to sustain a new political landscape for the future of Brazil.

6. REFERENCES

- ACKERMAN, Bruce. **The Rise of World Constitutionalism**. (Draft in possession of the author), [s.l.: s.n.], 2016.
- ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, n. 4, p. 771–797, 1997.
- ACKERMAN, Bruce. Three Paths to Constitutionalism – and the Crisis of the European Union. **British Journal of Political Science**, v. 45, n. 4, p. 705–714, 2015.
- ACKERMAN, Bruce. **We the People, Volume 1: Foundations**, Cambridge: Belknap Press, 1993.
- AMAR, Akhil Reed. The Consent of the Governed: Constitutional Amendment outside Article V. **Columbia Law Review**, v. 94, n. 2, p. 457–508, 1994.

ARATO, Andrew. **Civil Society, Constitution, and Legitimacy**. Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, 2000.

BALKIN, Jack M. **Constitutional Redemption**: Political Faith in an Unjust World. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011.

BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Cambridge: Belknap Press, 2014.

BALKIN, Jack M. Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution. **Tulsa Law Review**, v. 39, p. 485, 2003.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho**. México: UNAM, 2008.

BOBBITT, Philip. **Constitutional Fate**: Theory of the Constitution. Nova York: Oxford University Press, 1984.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismos**. Madrid: Trotta, 2005.

CARNEIRO, Luís Orlando. STF vai decidir se parlamentarismo pode ser adotado por emenda constitucional. **JOTA**, Justiça, 03/11/2016. Available at: <<https://www.jota.info/justica/stf-vai-decidir-se-parlamentarismo-pode-ser-adoptado-por-emenda-constitucional-11032016>>.

COVER, Robert M. Foreword: Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**, v. 97, 1983.

GASPARI, Elio. **O Sacerdote e O Feiticeiro**: A Ditadura Encurralada, História e Geografia edition. [s.l.]: Intrínseca, 2014.

GIANNETTI, Eduardo. Por uma constituinte exclusiva. **Folha de São Paulo**, 04/10/2016. Available at: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/04/1759180-por-uma-constituinte-exclusiva.shtml>>.

HAGOPIAN, Frances. "Democracy by Undemocratic Means"? Elites, Political Pacts, and Regime Transition in Brazil. **Comparative Political Studies**, v. 23, n. 2, p. 147–170, 1990.

HAILBRONNER, Michaela. Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n. 3, p. 626–649, 2014.

HARTMANN, Ivan. Antecipação de eleições derais é constitucional? Não. **Folha de São Paulo**, 04/09/2016. Available at: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/04/1759166-antecipacao-de-eleicoes-gerais-e-constitucional-nao.shtml>>.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOLMES, Pablo. **A “Agenda Brasil” e os Limites da Nova República:** O Paradoxo entre Estabilidade e Mudança na Constituição de 1988. Available at: <<http://www.fd.unb.br/pt/statistics/a-agenda-brasil-e-os-limites-da-nova-republica-o-paradoxo-entre-estabilidade-e-mudanca-na-constitucional-de-1988>>.

HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave:** Democratization in the Late 20th Century. Norman: University of Oklahoma Press, 1993.

J. LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. **Problems of Democratic Transition and Consolidation:** Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.

KALYVAS, Andreas. **Democracy and the Politics of the Extraordinary:** Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith.** 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2011.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira; SANTOS, Elídia Laurisdos. Estabilidade Constitucional e Acordos Constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978). **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 349–388, 2008.

MICHELMAN, Frank I. Is the Constitution a Contract for Legitimacy. **Review of Constitutional Studies**, v. 8, 2003.

MICHILES, Carlos. **Cidadão constituinte:** A saga das emendas populares. [s.l.]: Paz e Terra, 1989.

OLIVEIRA, Dante De. **Diretas Já:** 15 Meses que Abalaram a Ditadura. Rio de Janeiro: Record, 2004.

PAIXÃO, Cristiano. Democracia e Constituição: um golpe desconstituinte? **JOTA**, Democracia e Sociedade, 05/12/2016. Available at: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-e-constituicao-um-golpe-desconstituinte-12052016>>.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades**, n. 26, p. 146–169, 2011.

PEREIRA, Thomaz. Antecipação de eleições gerais é constitucional? Sim, **Folha de São Paulo**, 04/09/2016. Available at: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/04/1759168-antecipacao-de-eleicoes-gerais-e-constitucional-sim.shtml>>.

POST, Robert C. Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law. **Harvard Law Review**, v. 117, p. 4, 2003.

POST, Robert; SIEGEL, Reva B. Democratic Constitutionalism. In: SIEGEL, Reva B.; BALKIN, Jack M. (Orgs.). **The Constitution in 2020**. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 25–34.

SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. **History, Memory, and the Law.** [s.l.]: University of Michigan Press, 2009.

SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. **Dados**, v. 29, n. 2, 2009.

SIEGEL, Reva B. She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism, and the Family. **Harvard Law Review**, v. 115, n. 4, p. 947–1046, 2002.

TEMER, Michel. Revisão Constitucional? Constituinte?. **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 29, n. 75, 1998.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Social Theory**: Its Situation and Its Task : a Critical Introduction to Politics, a Work in Constructive Social Theory. [s.l.]: Verso, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Riscos da constituinte exclusiva. **Folha de São Paulo**, 03/21/2015. Available at: <<http://m.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2015/03/1606153-riscos-da-constituinte-exclusiva.shtml>>.

WEBER, Max. **Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology**. [s.l.]: University of California Press, 1978.



La iniciativa legislativa popular en América Latina – Un análisis comparado en clave axiológico-procedimental*

The popular legislative initiative in Latin America – A comparative analyze in axiological and procedure perspective

(TEODORO) YAN GUZMAN HERNÁNDEZ^L **

¹ Universidad de La Habana (Cuba)

yan@lex.uh.cu

<https://orcid.org/0000-0002-7470-7100>

Received/Received: 17.04.2018 / April 17th, 2018

Aprobado/Approved: 29.04.2019 / April 29th, 2019

Resumen

La Iniciativa legislativa popular (ILP) es una institución que ha ganado terreno en los últimos 30 años en América Latina. El análisis de esta institución se comparte entre el Derecho constitucional y la Teoría política, pero las exigencias de esta última, sobre la base de concepciones minimalistas de la democracia directa, han desvirtuado, de cierta manera, su esencia normativo-conceptual. En el siguiente trabajo se analiza la ILP desde una perspectiva procedimental, teniendo en cuenta su regulación en la Constitución y en las leyes de desarrollo en 16 ordenamientos de América Latina. Como resultado de este análisis, se deducen principios que informan su procedimiento y que optimizan las normas que la regulan, así como una tipología menos radical y más consecuente con la incidencia del principio democrático en esta institución.

Palabras-claves: democracia directa; participación; iniciativa legislativa popular; ley; procedimiento.

Abstract

The popular legislative initiative (PLI) is an institution that has gained ground in the last 30 years in Latin America. The analysis of this institution has been shared between constitutional law and political theory, but the demands of the latter, based on minimalist conceptions of direct democracy, have distorted, in a certain way, its normative-conceptual essence. In the following work, it analyzes the popular legislative initiative from a procedural perspective, taking into account its regulation in the Constitution and in the development laws in 16 Latin American legal systems. As a result of this analysis, principles are deduced that inform its procedure and that optimize the norms that regulate it, as well as a less radical typology and more consistent with the incidence of the democratic principle in this institution.

Keywords: direct democracy; participation; popular legislative initiative; law; procedure.

Como citar esse artigo/How to cite this article: HERNÁNDEZ, (Teodoro) Yan Guzman. La iniciativa legislativa popular en América Latina – Un análisis comparado en clave axiológico-procedimental. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 35-59, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i1.58984.

* Se agradece la colaboración de Yanina Welp, Orestes Suárez Antón y Francisco Soto Barrientos, quienes solícitamente intercambiaron información y contribuyeron a los resultados de este estudio.

** Profesor Titular de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (La Habana, Cuba). Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana (La Habana, Cuba) (2008). Miembro de la Sección cubana de la Sociedad Iberoamericana de Derecho Constitucional. E-mail: yan@lex.uh.cu.

SUMARIO:

1. Introducción; **2.** El marco teórico general: el principio democrático, la democratización y sus efectos en las instituciones constitucionales; **3.** La iniciativa legislativa popular: orígenes, definiciones y criterios para su clasificación; **3.1.** Criterios para su clasificación; **4.** El examen procedural de la iniciativa legislativa popular; **5.** Situación actual de la regulación de la iniciativa legislativa popular en América Latina. Propuesta para una tipología; **6.** Algunos principios deducibles de la regulación de la iniciativa legislativa popular; **7.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la última década del siglo XX y las dos primeras del corriente, la ILP (ILP) ha experimentado un notable auge en su regulación constitucional y desarrollo normativo en América Latina, aun cuando temporalmente, una y otro no han venido de la mano¹. Si bien la institución no ha gozado de la estima del referendo², no ha dejado de ser analizada por el Derecho constitucional y la Teoría política.

En América latina, la ILP entendida como el derecho de una fracción del cuerpo electoral a intervenir en el procedimiento legislativo con la finalidad que se adopte una decisión política en forma de ley, presenta una configuración normativa diversa. Esta realidad ha influido no solo en su definición y tipología, sino también en una toma de postura acerca de si algunas de sus configuraciones legales, deben ser consideradas como tal en puridad de términos, al sostenerse la existencia de la iniciativa de agenda. Esto último ha sido asumido principalmente por la Teoría política, de la cual algunos de sus exponentes han terminado desvirtuando la institución, por las exigencias que esta disciplina le ha impuesto respecto a la democracia directa.

El análisis que se presenta se limita a la ILP productora de ley en sentido formal y a la de reforma constitucional, excluye a la iniciativa popular de otros actos normativos³ y a la de normas de menor jerarquía⁴, la cual ganó terreno constitucional en Latinoamérica, antes del reconocimiento de la iniciativa popular de ley⁵. En este trabajo no

¹ En el anexo de este trabajo se ha identificado el año correspondiente a la primera inclusión de la ILP productora de ley formal o de la iniciativa de reforma o enmienda constitucional según sea el caso, en las constituciones latinoamericanas, y el año en que se han reglado sus requisitos en la norma de menor jerarquía.

² El referéndum “es la más importante manifestación de gobierno directo”. HAURIOU, Maurice. **Principio de Derecho público y constitucional**. Madrid: Editorial Reus, 1927, p. 500. Pérez Royo sostuvo que “la iniciativa popular tiene mucho menos importancia que el referéndum desde todos los puntos de vista. Realmente cuando se plantea el problema de la democracia directa y la representativa es en el referéndum en lo que se piensa de manera inmediata y exclusiva.” PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de Derecho constitucional**. 4. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 380.

³ Por ejemplo, la iniciativa de acuerdos internos de la Asamblea Nacional en Venezuela (art. 156, Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional), o de ratificación de tratados internacionales en Ecuador (art. 420, Const.).

⁴ Véase nota al pie no 33.

⁵ En Uruguay, paradigma en el área de este tipo de instituciones, se previó tempranamente para asuntos de la localidad en el artículo 141 de la Carta Magna de 1919; el artículo 266 de la Constitución de 1934 se hizo eco

se hace referencia a las prácticas o experiencias de la ILP en América Latina, sobre lo cual existen resultados recientes que ofrecen datos actualizados⁶. Tampoco se hace un aparte para significar la trascendencia de las instituciones de democracia directa, y por ende de la ILP, para los sistemas políticos, en el contexto latinoamericano.

La ILP es una institución democrática, expresión del principio de soberanía popular, que posibilita a los ciudadanos participar más o menos directamente, en la formación del estatuto legal del Estado, su definición puede partir de su condición de derecho ciudadano⁷ o relacionada con el procedimiento legislativo⁸.

El siguiente trabajo asume la definición amplia de la ILP que se consignó al inicio, o sea, incluye lo que la Teoría política ha venido identificando como iniciativa de agenda; y se propone examinar el estatuto legal de la institución que integra a las constituciones, las leyes de desarrollo y los reglamentos parlamentarios, en 16 ordenamientos de América Latina, para presentar una panorámica general de los principales aspectos que se regulan de este instituto democrático en el área y deducir algunos principios que informan su procedimiento y pueden constituir referente para su regulación.

En primer orden se conjugará el análisis de esta institución democrática en un orden normativo, sobre la base de las definiciones de Kelsen, Hauriou, Jellinek con las valoraciones de orden político-axiológico que apreció Carl Schmitt en la participación democrática en la actividad legislativa. En segundo orden, el examen de la ILP será desde una perspectiva procedural, o sea, teniendo en cuenta que la misma puede ser parte del procedimiento legislativo. Esto último permitirá una mejor disección de los requisitos o actos jurídicos relevantes de la institución y marcará una diferencia respecto a trabajos precedentes que la han analizado comparativamente en el área.

Además, con este trabajo se obtiene una tipología de la ILP, diferente a la postura dicotómica de algunos exponentes de la Teoría política, que defienden su existencia solo cuando media consulta, para que el cuerpo electoral decida adoptar la propuesta de ley o reforma constitucional hecha por una fracción de la ciudadanía, y de una

de la regulación anterior, democratizando aún más ese mecanismo.

⁶ Se está haciendo referencia principalmente, a los trabajos de SOTO BARRIENTOS, Francisco. Mecanismos de participación ciudadana en el proceso legislativo. Los desafíos de su recepción en Chile. **Oñati Socio-legal Series** [online], Oñati, vol. 7, n. 5, p. 1-16. 2017. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=3062784>>. Acceso el 08.10.2017, y de SUÁREZ ANTÓN, Orestes; WELP, Yanina. ¿Cambio o cumbia? Análisis de la iniciativa de agenda en América Latina. **Revista Boliviana de Ciencias Políticas**, [s.l.], vol. 1, n. 1, p. 79-107. 2017.

⁷ HEVIA DE LA JARA, Felipe. La iniciativa legislativa popular en América Latina. **Revista Convergencia**, México, vol. 17, n. 52, p. 155-185, ene./abr. 2010; SOTO BARRIENTOS, Francisco. Mecanismos de participación ciudadana en el proceso legislativo. Los desafíos de su recepción en Chile. **Oñati Socio-legal Series** [online], Oñati, vol. 7, n. 5, p. 1-16. 2017. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=3062784>>. Acceso el 08.10.2017; GARCÍA PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 183.

⁸ CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro. La iniciativa legislativa popular. En: Sem organizador. **Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica**: 19. La reforma constitucional en México y Argentina. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 15. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/191/4.pdf>>. Acceso el 12.02.2017.

iniciativa de agenda cuando la decisión final sobre la propuesta queda en manos del órgano legislativo.

2. EL MARCO TEÓRICO GENERAL: EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO, LA DEMOCRATIZACIÓN Y SUS EFECTOS EN LAS INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES

En la actualidad la supuesta contradicción entre representación y democracia ha sido superada, algunas instituciones de democracia directa, aun cuando son entendidas como realización paradigmática de la democracia en su prístino sentido, significan un complemento necesario del régimen representativo y no una contraposición al mismo. No obstante, determinados autores prefieren distinguir las instituciones de democracia semidirecta de las de democracia directa, porque en las primeras median las instancias de poder⁹, de ahí que reduzcan el ámbito de las primeras a la *landsgemeinde* suiza, al referendo preceptivo y al instado por los ciudadanos con carácter vinculante, así como a la ILP¹⁰ siempre que esta última sea “el derecho de una fracción del cuerpo electoral a exigir la consulta popular sobre una determinada acción legislativa”¹¹.

Tanto de la democracia en su condición de valor, como de la representación política, se derivan principios jurídico-políticos. La propia génesis del concepto «democracia», resultante de la extrapolación de una particular dinámica participativa sobre la base de una libertad e igualdad “premodernas”, a la postre, juzgadas por la modernidad política¹², ha traído consigo la pertinencia de hablar de «aspiración democrática»¹³, lo que fundamenta en parte la esencia deontológica del principio democrático. Por otro lado, la inmanencia de la representación política, asumida como una técnica de gobierno, en manos de un grupo y ante la imposibilidad del todo soberano para decidir

⁹“La teoría constitucional refiere a esta variante como la forma semidirecta o semirrepresentativa. El electorado participa mediante referéndum en la función legislativa, particularmente cuando es preceptivo para las enmiendas constitucionales, en algunos ordenamientos incluso, puede promover una decisión política que posteriormente será aprobada por el gobierno y el parlamento”. LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. 2. ed. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1967, p. 79. Traducción del autor.

¹⁰ Posición que por ejemplo asume GARCÍA PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 183.

¹¹ GARCÍA PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 183.

¹² Esto quedó expuesto por Benjamin Constant en CONSTANT, Benjamin. **De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos**. Disponible en: <<https://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/discurso-de-la-libertad-de-los-antiguos-comparada-con-la-de-los-modernos.pdf>>.

¹³ Sartori advierte que “Para evitar un mal comienzo debemos, por tanto, conservar *in mente* que: a) el ideal democrático no define la realidad democrática y, viceversa, una democracia real no es ni puede ser una democracia ideal; b) que la democracia resulta de, y es conformada por, las interacciones entre sus ideales y su realidad, el empuje del *deber* y la resistencia del *es*. SARTORI, Giovanni. **Teoría de la democracia. El debate contemporáneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1995, p. 27.

políticamente por sí mismo como ente subjetivo estatalmente organizado, denotaría la naturaleza ontológica del principio de representación.

La evolución del constitucionalismo en el marco de los régimenes políticos, ha puesto en evidencia que ambos principios han interactuado con diferente fuerza, el principio democrático ha venido informando el diseño de las instituciones que conforman estos régimenes, incluso de las que nacieron asociadas a la representación política, como por ejemplo, el propio acto de creación de las leyes que nació como un típico acto de representación política. Esto ha aportado la «democratización» como un concepto dinámico, derivado de la democracia, que sirve para entenderla como un proceso y de la cual se deriva su lógica evolutiva. La naturaleza deontológica y ontológica del principio democrático y de representación, respectivamente, son claves para entender que ambos principios pueden ser colocados en virtud de sus esencias, en ejes perpendiculares que deberán encerrar un área regulada por la Constitución, donde se trataría de resolver una de las tensiones sempiternas de toda realidad constitucional, la que se produce entre poder y libertad.

La democratización asumida como la derivación dinamizadora y progresiva del concepto «democracia» ha impactado en la valoración que se hace de la democracia directa y sus instituciones. La tesis de Lissidini acerca de que es posible constatar concepciones “minimalistas” de las instituciones de democracia directa que la reducen al referendo; “extensionistas” que integran a todos los mecanismos de participación ciudadana en los que media el voto (con la excepción de las elecciones), y que pueden llegar a abarcar la ILP, aun cuando quede reducida a la propuesta de ley al legislativo; y, por último, “maximalistas” que abarcan los presupuestos participativos, así como los instrumentos de control ciudadanos, por ejemplo, la defensoría del pueblo y la auditoría ciudadana¹⁴, nos pone al corriente no solo de la diversidad de criterios acerca de qué entender por democracia directa¹⁵ y cuáles instituciones se inscriben dentro de ella, sino también de que el *principio democrático* es capaz de optimizar las instituciones participativas de forma diversa y en diferente grado, lo que puede manifestarse en una institución en particular, como se verá en el caso de la ILP.

Si se asume que la iniciativa legislativa, en su forma “simple”, como “el derecho de presentar a la Cámara una proposición encaminada a obtener la votación de un

¹⁴ LISSIDINI, Alicia. **Democracia directa en América Latina**. Buenos Aires: C2D, International IDEA, Escuela de Política y Gobierno UNSAM y Prometeo Libros, 2008, p. 13-14.

¹⁵ Otterman trae a colación las definiciones de Sanford Lakoff en Democracy: History, Theory, Practice, de la Encyclopedia of Democratic, de David Altman en “Direct democracy Worldwilde” y la de A Dictionary of Modern Politics, en las que la participación directa de los ciudadanos y la decisión en las urnas son elementos constitutivos de la democracia directa. OTTERMAN, Steven. The European Citizens’ Initiative: a Tool of Direct Democracy? En: ALTUNA, Asier; SUÁREZ, Mariluz (Org). **New Voices in Euroculture**. Groningen: Euroculture consortium. Disponible en: <www.rug.nl/research/portal/files/29253730/european.pdf>. Acceso el 13.06.2017.

proyecto o un acuerdo”¹⁶ (popular si ese derecho lo tiene la ciudadanía), permitirá disponer, momentáneamente, de otras valoraciones acerca de si la ILP puede/debe o no ser considerada una institución de democracia directa, pues ello dependerá del concepto que se asuma de esta última y de las formas de configurarse la participación popular en el procedimiento legislativo que resulte de la iniciativa popular.

En un sentido normativo-procedimental, la definición que ofrece Concha Cantú es funcional, al sostener que la ILP consiste en la transmisión de la potestad de iniciar, precisamente, el procedimiento de formación de la ley formal a una fracción del pueblo mismo [...] así como al hecho de que también se utiliza para referirse al procedimiento de revisión constitucional.¹⁷

Como se verá en el examen de la ILP en América Latina, algunas manifestaciones de esta institución pudieran quedar encuadradas dentro de las instituciones de democracia directa, mientras que otras no, pero en la evolución democrática de la institución queda en evidencia que la participación ciudadana, expresión incuestionable del principio democrático, se ha venido manifestando con diferente fuerza y grado en el *iter* procedural que puede describir la misma.

3. LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR: ORÍGENES, DEFINICIONES Y CRITERIOS PARA SU CLASIFICACIÓN

La ILP tuvo sus orígenes en el antiguo derecho de instancia o petición, asociado a las monarquías más absolutas y bajo las tiranías asiáticas¹⁸, alcanzó tanto un uso privado como público, en dependencia de la naturaleza de lo solicitado. Maurice Haoriong al tratarlo en su obra *Principios de Derecho Público y Constitucional*, acotó que el derecho de petición “jugó un gran papel político bajo la Revolución, cuando los mismos peticionarios exponían su *factum* a las Asambleas”, y pervivió mientras la prensa no conquistó su papel vital en la formación de la opinión pública¹⁹.

La iniciativa popular con incidencia en la legislación, se reguló por primera vez en la Constitución suiza de 1848, al margen de los atisbos que se pudieran encontrar en el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano o en el Proyecto Girondino de 1793²⁰. En la Carta Magna suiza se circunscribió a la reforma de

¹⁶ Definición de Duguit basada en la Constitución francesa de 1875 que no reconocía la popular, DUGUIT, León. **Manual de Derecho constitucional**. Madrid: Francisco Beltrán Librería española y extranjera, 1926, p. 403.

¹⁷ CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro. La iniciativa legislativa popular. En: Sem organizador. **Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica**: 19. La reforma constitucional en México y Argentina. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 16. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/191/4.pdf>>. Acceso el 12.02.2017.

¹⁸ HAURIÓN, Maurice. **Principio de Derecho público y constitucional**. Madrid: Editorial Reus, 1927, p. 132.

¹⁹ HAURIÓN, Maurice. **Principio de Derecho público y constitucional**. Madrid: Editorial Reus, 1927, p. 132.

²⁰ AGUIAR DE LUQUE, Luis. **Democracia directa y Estado constitucional**. Madrid: Edersa, 1977, p. 38, 43 y 44.

la constitución, a instancia de 50.000 ciudadanos, y sirvió de referente para las primeras conceptualizaciones de la institución, vale destacar que no fue hasta la revisión total de la Constitución en 1874 que en Suiza se adoptó la ILP para el nivel federal.

Para el Maestro de Burdeos, la ILP significó la transformación del antiguo derecho de petición, a la vez que adquirió un carácter coactivo sobre las autoridades gubernamentales. Sobre la base de su regulación en Suiza, la apreció junto al reclamo del referéndum de una ley votada por el legislativo, como un medio de colaboración directa del cuerpo de ciudadanos en la formación de la ley, al poder reclamar del legislativo el estudio y la deliberación de una ley sobre determinada materia, a reserva de someterla, una vez votada, a referéndum²¹.

George Jellinek también se basó en la experiencia suiza y en la de algunos estados de Norteamérica, y convirtió su carácter vinculante en elemento definitorio, al decir que en virtud de la ILP “los sujetos legisferantes tienen que seguir las formas prescritas en el referéndum, de modo que la última decisión se reserva al pueblo”²². Por su parte, Hans Kelsen tiene en cuenta lo preceptuado en el artículo 41.2 de la Constitución Federal Austriaca de 1920 y sienta nuevas pautas para la definición de la ILP, ya que vio en esa regulación la posibilidad de que el pueblo tuviera cierta injerencia directa al efecto de formar la voluntad del Estado, para el Maestro de Viena, la institución se configuraba a partir de que un “determinado número de ciudadanos con derecho al sufragio puede presentar una proposición de ley, a cuya tramitación procedural viene obligado el Parlamento”²³.

Carl Schmitt se anticipa al afirmar que lo directo en la participación puede tener diverso grado y diverso volumen y aprecia la necesidad de distinguir diversas especies de procedimiento legislativo en la Democracia Directa. Schmitt toma como base la regulación de la ILP en el artículo 73 de la Constitución del Imperio Alemán de 1919 (Constitución de Weimar) y parte del presupuesto de que “el concepto democrático de Ley es un concepto político, no un concepto de ley propio del Estado de Derecho”²⁴.

Bajo el rubro «Procedimiento legislativo de la Democracia directa», distingue el procedimiento de legislación popular, del acuerdo de ley por decisión popular a iniciativa del Gobierno, y del referéndum. El primero que interesa al efecto de distinguirlo de la ILP, “comienza por una *iniciativa popular*, y el acuerdo de ley se adopta por una *votación popular*. Este procedimiento legislativo popular se caracteriza porque en él no participan, o participan sólo como órganos auxiliares, las *autoridades* del

²¹ HAURIOU, Maurice. **Principio de Derecho público y constitucional**. Madrid: Editorial Reus, 1927, p. 133.

²² JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 89.

²³ KELSEN, Hans. **Valor y esencia de la democracia**. Oviedo: KRK ediciones, 2006, p. 115.

²⁴ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992, p. 252.

Estado y la *Representación popular*²⁵, mientras que bajo el rubro de iniciativa democrática de la ley, para Schmitt, la ILP es la promoción de una ley por una parte de los ciudadanos con voto, y se inscribe como un esfuerzo hacia la participación directa de los electores²⁶.

3.1. Criterios para su clasificación

La clasificación de la ILP es una cuestión trascendente en su tratamiento teórico. Una de las más comunes se ha relacionado con la capacidad decisoria del cuerpo electoral respecto al proyecto de ley o a las normas objeto de la iniciativa que presenta una fracción del mismo. Esta valoración ha traído dos variantes: la directa en la que la intervención del Estado, a través de su órgano legislativo u otros en colaboración con este, ha quedado reducida a comprobar y validar el cumplimiento de las formalidades y la constitucionalidad de la iniciativa promovida por los ciudadanos, y son estos quienes aprueban o rechazan el proyecto de ley en una consulta popular vinculante, y la indirecta en la que el anteproyecto queda a merced de la decisión del órgano legislativo, el cual puede rechazarlo o aprobarlo incluso con modificaciones.

Esta última variante, en la que una parte –predeterminada en la ley– de los ciudadanos con derecho al sufragio, plantea una propuesta normativa al legislador, responsable último de la decisión final sobre esa iniciativa surgida “desde abajo”²⁷, ha sido calificada como una «iniciativa de agenda». Como se afirmó, para la Teoría política ha trascendido considerar qué es o no una institución de democracia directa, y si bien ha relacionado la ILP con la iniciativa de agenda, algunos autores han dado un tratamiento particular a esta última, al efecto de diferenciarla de una ILP “autónoma”, en la que solo se configura, en los términos de «democracia directa» y desde una concepción minimalista, si preceptivamente interviene la ciudadanía a través del voto en una consulta popular, para aprobar o no el proyecto de ley, de reforma o enmienda a la Constitución, o de normas, aunque vale reconocer que incluso en esta variante puede darse un riguroso trabajo parlamentario a fin de completar y aprobar las leyes propuestas por las ciudadanía.

Altman sostiene que la ILP en la que los ciudadanos presionan al legislativo para que considere una proposición de ley o de acto legislativo, representa en realidad un control sobre la agenda legislativa más que una herramienta para el cambio político²⁸. Para el *International IDEA, Direct Democracy Handbook*, la limitación fundamental

²⁵ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992, p. 252 y 253.

²⁶ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992, p. 257.

²⁷ SUÁREZ ANTÓN, Orestes; WELP, Yanina. ¿Cambio o cumbia? Análisis de la iniciativa de agenda en América Latina. **Revista Boliviana de Ciencias Políticas**, [s.l.], vol. 1, n. 1, p. 79-107. 2017, p. 81.

²⁸ ALTMAN, David. **Direct democracy worldwide**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 17.

de esta configuración radica que el poder ciudadano, esencia de las instituciones de democracia directa, queda circunscrito al establecimiento de la agenda legislativa, al quedar, completamente, del lado del órgano legislativo el poder de decisión sobre la propuesta²⁹.

Desde esta óptica y teniendo en cuenta los orígenes de la institución en Suiza, la iniciativa de agenda es una derivación normativa posterior y degenerada de la ILP; pudiera considerarse una regresión matizada al antiguo «derecho de petición», pero sin los ruegos ni las súplicas, y siempre con un carácter público, por la naturaleza de los asuntos que se ventilan a través de ella.

Otro criterio determinante para la clasificación de la ILP ha sido la forma que adquiere el escrito de solicitud, será de tipo simple la que se limita a movilizar al órgano legislativo ordinario para que legisle sobre determinada cuestión, lo que recibe el legislativo es una propuesta genérica de ley, mientras que será de tipo formulada cuando medie la elaboración de un proyecto de ley por sus promotores³⁰.

También ha interesado la jerarquía de la disposición normativa que se promueve con la iniciativa o la extensión del contenido normativo. Concha Cantú refiere a una iniciativa legislativa cuando la promoción de los ciudadanos es de una ley en sentido formal, o constitucional cuando acarrea la reforma parcial o la enmienda a la Constitución³¹. También con carácter extensivo, serían objeto de una iniciativa legislativa las disposiciones normativas de menor jerarquía, correspondientes a los niveles inferiores del poder público³², igualmente cabría hablar de iniciativa normativa cuando se refiera únicamente a modificar normas específicas de una ley en vigor (esta alternativa pudiera derivarse de la regulación de la institución en Ecuador y Uruguay).

²⁹ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. **Direct Democracy Handbook**. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008, p. 84.

³⁰ CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro. La iniciativa legislativa popular. En: Sem organizador. **Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica**: 19. La reforma constitucional en México y Argentina. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p.15-16. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/191/4.pdf>>. Acceso el 12.02.2017; GARCÍA PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 183-184; DUVERGER, Maurice. **Instituciones políticas y Derecho constitucional**. 6. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1988, p. 81.

³¹ CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro. La iniciativa legislativa popular. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/191/4.pdf>>. Acceso12/02/2017. p. 15.

³² México, Perú, y Colombia contemplan la iniciativa popular normativa de las entidades territoriales (además de la presentación de proyectos legislativos), Brasil la prevé constitucionalmente para el régimen estadal y la desarrolla en ley, Nicaragua reconoce las iniciativas de ordenanzas y resoluciones ante el Consejo Municipal y los Consejos Regionales de la Costa Atlántica, y República Dominicana refiere a la iniciativa legislativa municipal en su Carta Magna.

4. EL EXAMEN PROCEDIMENTAL DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR

La ILP, al margen del debate acerca de cuál de sus derivaciones deben ser calificada como tal, o cuál debe ser o no considerada una institución de democracia directa, no deja de ser, primero, una institución democrática, en el sentido que apunta a la democratización del procedimiento legislativo y por ende, de la toma de decisiones políticas; y segundo, una fase o etapa dentro de este, dentro de la cual podría, incluso, evaluarse un grupo de subfases o subetapas perfectamente identificables.

No hay un tratamiento unitario respecto a la denominación del conjunto de acciones encaminadas a producir un ordenamiento legal o decreto del órgano legislativo, de ahí que es usual que en la doctrina se use indistintamente proceso o procedimiento³³. Mendoza Díaz llama la atención que el tratamiento indistinto de estas dos categorías se ha extendido a la ley y al lenguaje forense³⁴.

Sin embargo, el criterio de procedimiento legislativo se sostiene sobre la base de que para la creación de una ley, los órganos competentes siguen actos ordenados, y para algunos autores el concepto proceso es consustancial a la actividad jurisdiccional, o sea, no existe proceso fuera de los tribunales. El término procedimiento es más amplio, de cierta manera se emplea por defecto, siempre que se pretenda denotar una consecución de actividades que se suceden en diferentes ámbitos, como es el procedimiento legislativo o el electoral, aunque dentro del propio proceso tiene una connotación teórica propia³⁵.

No obstante, no han faltado esfuerzos por diferenciarlos, como es el caso de José Antonio Da Silva que sostiene que por “proceso legislativo se entiende el conjunto de actos (iniciativa, enmienda, votación, sanción, veto) realizados por los órganos legislativos, para la formación de las leyes constitucionales, complementarias y ordinarias, resoluciones y decretos legislativos”, mientras que el “procedimiento legislativo es el modo por el cual se realizan esos actos del proceso legislativo”³⁶.

³³ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. **Poder legislativo**. 2. ed. México: Porrúa-UNAM, 2004, p. 433. A los ejemplos de Fernando Santaolalla y de Carpizo y Madrazo, de la teoría constitucional mexicana, quienes utilizan el término procedimiento legislativo en vez de proceso, y de Andrea Manzella quien utiliza indistintamente uno u otro, traídos por el propio Fernández Ruiz, se suman los de QUIROGA LAVIÉ, Humberto. **Derecho Constitucional Latinoamericano**. México: UNAM, 1991, p. 341; GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoría Constitucional**. México: Fontamara, 2001 (a lo largo de toda la obra) y LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona-Caracas-México: Ariel, 1979, p. 268, quienes se inclinan por usar procedimiento.

Por otra parte se emplea el término proceso legislativo en VANOSSI, Jorge Reynaldo. **Estudios de Derecho Constitucional**. México: UNAM, 2002, p. 208 y 286 y en MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 890.

³⁴ MENDOZA DÍAZ, Juan. **Derecho procesal. Parte general**. La Habana: Félix Varela, 2015, p. 168.

³⁵ MENDOZA DÍAZ, Juan. **Derecho procesal. Parte general**. La Habana: Félix Varela, 2015, p. 169-170.

³⁶ SILVA, José Alfonso da. **Curso de Dereito Constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 528 y 534. Traducción del autor.

Consecuentemente con lo anterior, el procedimiento legislativo lo integra un conjunto de actos articulados con un propósito específico, como es, en el caso que ocupa, la elaboración y expedición de las normas jurídicas³⁷. En la medida que tales actos no se realizan simultáneamente, sino por fases o etapas, diferentes autores las identifican de manera más o menos similar; así para Hevia de la Jara consta de tres etapas: iniciativa, en la que diferentes actores presentan una propuesta; constitutiva, que transcurre específicamente dentro del Parlamento; e integrativa de eficacia, relaciona con los procedimientos del Ejecutivo para vetar o publicar la norma legal³⁸; Pérez Royo identifica la iniciativa, la discusión y la aprobación por las Cámaras e integración de la eficacia de la norma³⁹; por su parte Fernández Ruiz refiere las etapas de iniciativa, dictamen, discusión, aprobación, promulgación e iniciación de la vigencia⁴⁰; para Fernández Bulté, exponente de la teoría cubana, las fases son iniciativa, discusión, aprobación, promulgación, publicación y entrada en vigor⁴¹; Carpizo y Madrazo desagregan el procedimiento en iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia⁴².

La iniciativa es constante en la desagregación del procedimiento legislativo de estos autores, en la medida que constituye, indiscutiblemente, la primera fase del procedimiento legislativo. Un análisis en sede de la ILP permitirá desagregarla en requisitos y actos jurídicos que integrarían sus propias fases. Si bien las fases con sus actos y requisitos que se describen se corresponden a ILP que tiene como objetivo producir la ley en sentido formal, de manera general es compatible, *mutatis mutandis*, con las iniciativas populares de reforma y enmienda a la Constitución.

Fase promocional o de suscripción: se provoca al órgano legisferante y se interviene en su agenda legislativa y/o en parte de su dinámica funcional dentro del procedimiento legislativo.

Los requisitos a considerar son la legitimación para promover la iniciativa (quién y cuántos pueden promoverla); el órgano receptor (ante quién se promueve la iniciativa); las formalidades del documento contentivo de la iniciativa para que se considere admitida; los límites materiales o temporales⁴³; las causas de inadmisión, dentro

³⁷ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. **Poder legislativo**. 2. ed. México: Porrúa-UNAM, 2004, p. 433.

³⁸ HEVIA DE LA JARA, Felipe. La iniciativa legislativa popular en América Latina. **Revista Convergencia**, México, vol. 17, n. 52, p. 155-185, ene./abr. 2010, p. 160.

³⁹ PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de Derecho constitucional**. 4. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 541.

⁴⁰ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. **Poder legislativo**. 2. ed. México: Porrúa-UNAM, 2004, p. 433-434.

⁴¹ FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio. **Teoría del Estado**. La Habana: Félix Varela, 2001, p. 78-93.

⁴² CARPIZO, Jorge; MADRAZO, Jorge. **Derecho constitucional**. México: UNAM, 1991, p. 86.

⁴³ Este límite existe en algunos ordenamientos donde se prevé que una vez sustanciada la iniciativa, o sea tramitada con rechazo o aprobación, no puede activarse otra con el mismo objeto hasta dentro de un tiempo determinado. En el art. 272 del Código electoral de Paraguay se imposibilita para la misma legislatura, dentro de los 2 años posteriores; en el último párrafo del art. 141 de la Constitución nicaragüense se advierte que las iniciativas de ley presentadas en una legislatura, si fueren rechazadas no podrán ser consideradas en la misma

de las cuales destacan los juicios de legalidad (vinculados a los límites por ejemplo) y de constitucionalidad. Dentro de los actos relevantes de esa fase están la promoción de la iniciativa, a través del escrito de solicitud, la recepción del escrito de solicitud, la identificación del promotor o del comité de promoción, en los ordenamientos que lo permitan y la posibilidad de subsanar defectos detectados o apelar alguna decisión relacionada con la iniciativa

Fase de recolecta de firmas: los promoventes pretenden alcanzar el umbral mínimo de legitimidad requerido, para que el órgano legislativo decida siguiendo el procedimiento legislativo, o para que lo haga el cuerpo electoral a través de una consulta popular.

Dentro de esta subfase se encuentran la publicidad de la iniciativa y la recolecta y comprobación-autenticación de las firmas, así como la posibilidad de apelar la decisión relacionada con su conteo. Los requisitos serían el mínimo de firmas requerido y su distribución territorial en caso de exigirse; las formalidades que deben seguir los promoventes para su recolecta; y el plazo y prórrogas –en caso de admitirse- para la misma.

Fase de tramitación y decisión: el anteproyecto de ley se convierte en proyecto, el mismo es tratado en sede del órgano parlamentario, de manera similar al resto de las iniciativas legislativas de los otros actores legitimados, y/o se convoca a una consulta popular para que la ciudadanía decida sobre el proyecto.

Los requisitos y/o actos jurídicos a considerarse serían la validación del anteproyecto y su conversión en proyecto de ley⁴⁴; la comparecencia y defensa del proyecto ante la comisión examinadora o el órgano parlamentario; el plazo para el tratamiento legislativo (con trámite de urgencia, si así se estipula); el tratamiento dentro del órgano parlamentario (votación y aprobación), o la convocatoria a la consulta popular vinculante del proyecto de ley.

5. SITUACIÓN ACTUAL DE LA REGULACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR EN AMÉRICA LATINA. PROPUESTA PARA UNA TIPOLOGÍA

En la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos la ILP adquiere jerarquía constitucional, en ese orden se opta por su mero reconocimiento⁴⁵ (Paraguay 1992,

legislatura; similar solución contempla el art. 77 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo de Honduras; y el art. 107 de la Constitución dominicana establece que los proyectos de ley rechazados en una cámara, no pueden presentarse en ninguna de las dos cámaras hasta la legislatura siguiente.

⁴⁴ En la ILP, técnicamente lo que contiene el escrito de solicitud de los promoventes es un anteproyecto de ley, que solo se convierte en proyecto de ley cuando cumple las formalidades requeridas, vence los juicios de legalidad y constitucionalidad, reúne las firmas, estas son validadas y es aceptado formalmente por el órgano legislativo para integrarse el resto del procedimiento legislativo.

⁴⁵ Mero reconocimiento significa que la Constitución solo refiere a la institución y no establece ninguno de sus requisitos, ni tan siquiera las firmas necesarias para activar la iniciativa.

Perú 1993 y Bolivia 2009) o además, por establecerse a ese rango requisitos que aseguren su materialización en mayor (Ecuador 2008)⁴⁶ o menor medida (Colombia 1991 y Argentina 1994). Su complementación en leyes de desarrollo ha sido a través de una norma especial para la institución, dentro de una ley de participación o del Código electoral.

Los reglamentos de los órganos legislativos también integran la regulación de la ILP, a la vez que las normas de desarrollo regulan los actos propios de la iniciativa popular y remiten a lo dispuesto por estos en lo relativo a las demás fases del procedimiento legislativo; incluso pueden completar su regulación otras disposiciones que normen cuestiones específicas de la realización de la institución⁴⁷.

En el anexo de este trabajo se consigna el año de la primera regulación constitucional de la ILP y/o de reforma a la Constitución (se incluye a la enmienda) en la Carta Magna de los 16 países latinoamericanos que en la actualidad reconocen la institución, los preceptos de la Constitución que regulan la ILP y/o la de reforma o enmienda constitucional; las normas complementarias que han desarrollado la institución, con su respectivo año de aprobación. El análisis de esa legislación permitió arribar a las siguientes conclusiones:

1- Dieciséis ordenamientos jurídicos latinoamericanos han reconocido la ILP en algunas de sus variantes, en sus constituciones, desde 1934 hasta el 2012 (año que corresponde al último reconocimiento de la institución que fue en México); de estos, siete ordenamientos⁴⁸ (Brasil 1988, Colombia 1991, Paraguay 1992, Perú 1993, Guatemala 1993, Argentina 1994 y Nicaragua 1995) la previeron entre finales de la “Tercera ola democrática” e inicios de la cuarta. Con el mismo rango normativo, cuatro lo hicieron prematuramente, dos en la primera mitad del siglo XX (Uruguay 1934⁴⁹ y Cuba 1940) y

⁴⁶ La Constitución ecuatoriana no solo establece el mínimo de firmas requerido para activar la iniciativa legislativa, que es la lógica seguida por la mayoría de las constituciones del área, sino que además regula otros requisitos necesarios, incluso de naturaleza procedural, para poner en práctica la institución.

⁴⁷ En Ecuador el Consejo Nacional Electoral reglamenta el proceso de recolección de firmas de cada jurisdicción (art. 7-II§, Ley Orgánica de Participación Ciudadana), la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control de Constitucionalidad se ocupa de la constitucionalidad de las propuestas de iniciativa popular que incida en el orden jurídico (arts. 100 y 126) y la Ley Orgánica Electoral. Código de la Democracia resuelve lo relativo a los derechos administrativos y los recursos judiciales electorales en el marco de las instituciones de democracia directa, y por ende de la ILP (art. 186); en México la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral trata lo relativo a las impugnaciones que pueden suscitarse en los límites de la institución (art. 43 Ter.), mientras que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en Materia de Iniciativa Ciudadana e Iniciativa Preferente lo relativo a las firmas (arts. 128.3-4); en República Dominicana la Junta Nacional Electoral reglamenta lo relativo al procedimiento interno de la institución en su seno (Disposición Transitoria Única, Ley 136/2015).

⁴⁸ Cuando a continuación se relacionan los países seguido del año, se hace referencia a la primera constitucionalización de la ILP para el nivel nacional, entendida como iniciativa de ley formal y de reforma y/o enmienda a la Constitución.

⁴⁹ En el caso prematuro de Uruguay se reconoció la iniciativa popular de reforma de la Constitución (art. 284-A), mientras que la iniciativa popular legislativa quedó reducida a nivel local (art. 72).

otros dos en la segunda (Venezuela 1961 y Ecuador 1978⁵⁰); por último, cinco países lo han hecho tardíamente, entre inicios de la primera y mediados de la segunda década del siglo XXI (Costa Rica y Bolivia 2002⁵¹, Honduras 2003, República Dominicana 2010 y México 2012). Panamá, Chile y El Salvador restan por reconocer en sus ordenamientos la iniciativa legislativa o de reforma a la constitución con origen popular, para el nivel nacional.

2- Tres ordenamientos complementan en la actualidad su regulación⁵², a través de una norma especial propia de la institución (Costa Rica, Argentina y República Dominicana), seis dentro de una ley de participación (Brasil, Colombia, Perú, Nicaragua⁵³, Ecuador y Honduras), uno en los límites del Código electoral (Paraguay); mientras que Cuba, y México la desarrollan en el reglamento de su órgano parlamentario. Por su parte Bolivia, si bien vuelve a reconocer la institución en la Ley 026/2010 “Ley del Régimen Electoral”, no desarrolla en la misma los extremos de la institución; Uruguay y Venezuela llenan los extremos principales del procedimiento de la iniciativa de enmienda y de reforma constitucional en la propia Carta Magna, no así el de la ILP⁵⁴; Guatemala no ha desarrollado el procedimiento a seguir para la iniciativa de reforma constitucional.

3- Ocho constituciones prevén en la actualidad la iniciativa popular de ley ordinaria o formal, junto a la de reforma y/o enmienda constitucional (Uruguay, Colombia, Paraguay, Perú, Venezuela, Costa Rica, Ecuador y Bolivia). Por su parte, Guatemala solo reconoce la iniciativa popular de reforma constitucional, mientras que Cuba, Brasil, Argentina, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y México, no reconocen la iniciativa popular de reforma o enmienda constitucional, en Cuba, al menos taxativamente.

4- Los límites materiales que comúnmente se establecen para la ILP en América Latina son: políticas o relaciones internacionales (Colombia, Paraguay, Argentina, República Dominicana); materia presupuestaria (Colombia, Perú, Argentina, Costa Rica y República Dominicana), materia tributaria (Uruguay, Paraguay, Colombia, Perú, Ecuador,

⁵⁰ La Constitución ecuatoriana de 1967 hizo un reconocimiento indirecto que a la poste terminó siendo antinómico de la ILP, al preceptuarla primero en su capítulo VII como un derecho político (los ciudadanos ecuatorianos tienen derecho a la elaboración de leyes), pero al relacionar en el artículo 145 quienes tenían iniciativa legislativa, el anterior precepto no encontró consecución al no hacer referencia a los ciudadanos. MORALES VITERI, Eduardo. **Ecuador:** mecanismos de democracia directa. Disponible en: <www.zora.uzh.ch/95761/1/C2D_WP20.pdf>. Acceso el 24.11.2017. p. 10 y 11.

⁵¹ Por Ley N° 2410 del 8 de agosto del 2002 se adicionó al procedimiento legislativo. Artículo 71-III: Los ciudadanos podrán presentar directamente al Poder Legislativo proyectos de ley en cualquier materia. La Ley determinará los requisitos y procedimientos para su consideración obligatoria por el órgano correspondiente.

⁵² En esta parte solo se reconocerá a las normas complementarias por sus siglas, en el ANEXO de este trabajo estas normas se encuentran debidamente identificadas con su denominación legal y sus respectivas siglas.

⁵³ Nicaragua hasta 1997 lo hizo a través de una norma especial para la institución, Ley N° 269/1997 “Ley de Iniciativa de Leyes”, que fue derogada por la Ley N° 475 “Ley de Participación ciudadana”.

⁵⁴ En Venezuela la ordenación de la participación popular y el poder popular establecido en la Ley Orgánica del Poder Popular de 2010, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano de 2011, la Ley Orgánica del Poder Municipal, no se pronuncia sobre la ILP.

Costa Rica, República Dominicana); la reforma constitucional de manera expresa (Argentina, Nicaragua⁵⁵ y República Dominicana).⁵⁶

Los límites explícitos a la reforma de la Constitución son diferentes a los límites materiales que se imponen a la ILP, pues cumplen entre sus finalidades, a decir de Pedro de Vega, la de asentar en el más alto nivel normativo, “los supuestos ideológicos y valorativos en los que descansa el régimen político que con la Constitución se pretende establecer”⁵⁷.

No se prevén límites materiales a la iniciativa legislativa en Cuba, México y Honduras, vale acotar que en estos países debe inferirse como límite implícito la reforma constitucional, aunque en el primer caso pudiera resultar polémico.

La regulación de la ILP en los diecisésis ordenamientos latinoamericanos, permite sistematizar una tipología que evidencia cómo la relación entre el principio democrático y el representativo, influye en mayor o menor grado en su diseño institucional. Siendo la ILP una típica institución que se activa “desde abajo”, la mayor incidencia del principio democrático asegurará no solo la participación y control de los ciudadanos en las diferentes fases del procedimiento de la institución, sino también la capacidad del cuerpo electoral para determinar el resultado final de la decisión política.

De manera contraria, una marcada incidencia del principio representativo, puede reducir esta institución a su perfil de iniciativa de agenda legislativa, o a variantes donde el control estatal termine asfixiando las intenciones de los promoventes y de la ciudadanía en general. Como quiera que sea, la ILP, sobre la base de la interacción de estos dos principios, tendrá una graduación o progresión más o menos democrática en su diseño, sin que esto determine su puesta en práctica. A partir de lo anterior, se relacionará la tipología (alternativas y derivaciones) que puede presentar la institución, en la mayoría de los casos se hará acompañar de su respectivo ejemplo.

Alternativa 1: proyecto de ley o propuesta de normas de reforma o enmienda constitucional, que al cumplir los requisitos formales y alcanzar el umbral de legitimidad, el órgano legislativo lo conoce e integra al procedimiento legislativo ordinario o

⁵⁵ Llama la atención como los límites materiales de la ILP en Nicaragua se ampliaron con la Ley N° 475 “Ley de Participación ciudadana” (véanse arts. 9 y 10), al adicionarse a las determinadas en el apartado 5 del artículo 140 constitucional (leyes orgánicas, tributarias, de carácter internacional y las de amnistía y de indultos) las leyes del Presupuesto General de la República, las de rango constitucional y la Constitución de la República, las relativas a la defensa y seguridad nacional y los Códigos de la República.

⁵⁶ Algunos ordenamientos apuestan por excluir indirectamente determinadas materias de la ILP, al disponer en la Constitución, la exclusividad del ejecutivo sobre un grupo de estas, Uruguay (arts. 79-IIIS, 86-IIIIS y 133-IIIS), Colombia (arts. 154-IIIS y 150); Brasil (art. 61.1) y Ecuador (art. 135) por ejemplo. Otra manera de excluir indirectamente determinadas materias de la ILP es aludiendo a las limitaciones que presenta el referendo y haciéndolas valer para ella, como es el caso de Paraguay (arts. 267 y 122, Const.).

⁵⁷ DE VEGA, Pedro. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1985, p. 248.

extraordinario, para aprobarlo o rechazarlo en votación plenaria⁵⁸ (Cuba, Colombia, Argentina, Costa Rica, México, Guatemala, Paraguay, Perú, Nicaragua, Honduras, Brasil, Venezuela y República Dominicana)⁵⁹.

Se desprenden de esta alternativa las siguientes derivaciones:

Derivación 1.1: El órgano legislativo vota en contra del proyecto, o no lo tramita en el término legalmente establecido, y se procede preceptivamente a una votación popular (Venezuela: ILP arts. 204 y 205, Const., cuando no es tramitado).

Derivación 1.2: El órgano legislativo vota en contra del proyecto, o lo modifica sustancialmente, o no lo tramita en el término legalmente establecido, y los promoventes pueden solicitar una consulta popular⁶⁰ (Ecuador: IPRC art. 103-IV§, Const. e ILP art. 11, Ley Orgánica de Participación Ciudadana).

Derivación 1.3: El órgano legislativo vota en contra del proyecto y los promoventes pueden completar el número de firmas establecido para el referendo, con el objetivo de que la ciudadanía decida aprobar o no el proyecto de ley rechazado por el órgano parlamentario (Perú: ILP arts. 16 y 41, Ley N° 26.300/1994).

Derivación 1.4: El órgano legislativo vota a favor del proyecto o de la propuesta de normas para una enmienda o reforma de la Constitución, no obstante debe someterlo a referendo. Esta derivación es propia de las reformas o enmiendas a la Constitución y busca dotar de la mayor legitimidad posible a la decisión político-constitucional (Colombia: IPRC art. 377, Const.; Venezuela: IPRC art. 343-345, Const.; Guatemala: IPRC arts. 277-d y 280 Const.).

Alternativa 2: proyecto de ley o propuesta de normas de reforma o enmienda constitucional que se presenta al órgano legislativo y al cumplir los requisitos exigidos legalmente y alcanzar el umbral de legitimidad, es sometido directamente a votación popular (Uruguay, Ecuador, Venezuela) El órgano representativo es subrogado por el

⁵⁸ ILP hace referencia a iniciativa legislativa popular, mientras que IPRC e IPEC a iniciativa popular de reforma constitucional y de enmienda constitucional, respectivamente.

⁵⁹ Véanse en los casos de Cuba (ILP: art. 68-c, Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular); Colombia 1991 (ILP: art. 141, y 143 y ss., Ley N° 5/1992; IPRC: art. 377, Const.); Argentina (ILP: arts. 10 y 11, Ley N° 24.747/1996); Costa Rica (ILP: art. 124-I y II§, Const.); México (ILP: art. 132-d Ley Orgánica del Congreso General; arts. 182.1.2, 204.1.2, Reglamento del Senado, y 80-II y 85-VII, Reglamento de la Cámara de Diputados); Guatemala (IPRC: arts. 277-d y 280 Const.); Paraguay (IPRC: art. 289, Const.; IPEC: art. 290 Const.; ILP: art. 269, Ley N° 834/1996); Perú (IPRC: art. 18 y 206, Const.; ILP: art. 16, Const.); Nicaragua (ILP: art. 144, Ley N° 475/2003); Honduras (ILP: arts. 51 y ss., Decreto 256/2013); Brasil (ILP: art. 14, Ley 9.709/1998; art. 252-VI, Res. N° 17/1989 y demás normas aplicables al procedimiento ordinario del resto de las iniciativas); Venezuela: ILP: art. 205, Const. e IPRC: arts., 343-345, Const.; y República Dominicana (ILP: arts. 166 y ss., Reglamento del Senado).

⁶⁰ Esta última opción es lo que Hauriou apreció como el referéndum facultativo mezclado de iniciativa popular. Para él consistía "en el hecho de que son los ciudadanos y no la legislatura, quienes toman la iniciativa de la ley. Una petición suscrita también por algunos miles de firmas pone en movimiento el aparato de formación de la ley, y esta ley, una vez hecha por la legislatura (o una vez formulado el contraproyecto de ésta) se somete a referéndum y los ciudadanos deciden. HAURIOU, Maurice. **Príncipio de Derecho público y constitucional**. Madrid: Editorial Reus, 1927, p. 501.

cuerpo electoral, al reducirse el rol del primero a un simple controlador de formalidades, o en algunas regulaciones a colegislador.

Derivación 2.1 Sin contrapropuesta o proyecto modificativo del órgano legislativo (Ecuador: IPEC, art. 13, Ley Orgánica de Participación Ciudadana; Venezuela: IPEC, art. 341.1.3, Const.).

Derivación 2.2 (al estilo suizo) Con contrapropuesta o proyecto modificativo del órgano legislativo (Uruguay: IRC, art. 331, inc. a, Const.).

La alternativa 1 corresponde a lo que en la Teoría política se identifica como la iniciativa legislativa indirecta (iniciativa de agenda). La primera opción de la derivación 1.1 (el legislativo vota en contra del proyecto y preceptivamente se procede a la consulta popular) no tiene precedente en la legislación latinoamericana), pero junto a la segunda opción de esta derivación y a las derivaciones 1.2 y 1.3 son variantes de la iniciativa legislativa que refuerzan la vis democrática de la institución, al potenciar el “decisionismo” ciudadano en el procedimiento y en la decisión política final. La derivación 4 es una iniciativa legislativa indirecta combinada, pues los promotores deberán seguir un nuevo *iter* procedural que conlleva a una consulta popular, pero que tiene como base de legitimidad lo hecho en los límites de la activación de la ILP.

Por su parte, la alternativa 2 constituye en puridad, una acción legislativa popular directa, a la vez que el órgano legislativo es reducido a un mero controlador de formalidades de la propuesta y facilitador de la iniciativa, aunque puede integrarse a la misma lanzando una contrapropuesta, a esta alternativa se le ha solidado denominar, inexactamente, iniciativa legislativa directa⁶¹, y ha servido para conformar una definición de la institución.

6. ALGUNOS PRINCIPIOS DEDUCIBLES DE LA REGULACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR

A decir de Fernández Ruiz los actos que configuran el procedimiento legislativo alcanzan cierta connotación procesal⁶², de ahí que los principios que se relacionarán se vinculan al procedimiento, y por lo tanto algunos de ellos tienen una vis procesal.

Como se ha venido sosteniendo, la iniciativa es una fase del procedimiento legislativo que integra una serie de actos preclusivos que se deben cumplir, para alcanzar una finalidad determinada: concretar un proyecto de ley para que sea votado por el órgano legislativo o popularmente, y previa aprobación pueda convertirse en decisión política general y obligatoria. Junto a los principios que se identifican vinculados al procedimiento, existen otros de naturaleza político-constitucional que informan a

⁶¹ HEVIA DE LA JARA, Felipe. La iniciativa legislativa popular en América Latina. **Revista Convergencia**, México, vol. 17, n. 52, p. 155-185, ene./abr. 2010, p. 161.

⁶² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. **Poder legislativo**. 2. ed. México: Porrúa-UNAM, 2004, p. 433.

todo el ordenamiento jurídico, como son el democrático, legalidad y participación, que igualmente se manifiestan en la parte del procedimiento de la ILP.

Al ser los principios jurídicos normas de optimización⁶³, es posible sostener que en los ordenamientos jurídicos existen normas optimizadas las cuales desde una perspectiva teleológica, persiguen determinadas finalidades, y a la postre, sirven de referente para mejorar la calidad de normas que regulan instituciones o actos jurídicos similares, en otros ordenamientos jurídicos. Estos principios en sede de la ILP, informan a normas que tienden a facilitar la participación ciudadana, a dotar de eficacia y racionalidad jurídico-política a la institución, a reforzar el vínculo entre el órgano legislativo y la ciudadanía, y a garantizar la realización de la institución, sobre la base de criterios democráticos y de soberanía popular.

La relación que a continuación se hace de los principios que informan a la ILP, no obsta que puedan reconocerse otros que no han sido aquí considerados⁶⁴; asimismo las normas jurídicas que se identifican para poner en evidencia cómo se expresan estos principios, no agotan la totalidad de los ejemplos que se pudiesen extraer de la regulación de la institución en América Latina, sin que esta última acotación signifique que existe una evidente homogeneidad en la regulación de la ILP en el área.

1. *Principio de participación*: es expresión directa del principio democrático. No debe verse únicamente como facilitador de la intervención ciudadana, al ser esta esencia natural de las instituciones participativas. El principio de participación debe proyectarse en una institución de este tipo, donde caben dinámicas representativas, sobre la base del apotegma de Maihofer que postula “tanta participación como sea posible, tanta representación como sea necesario”⁶⁵.

Este principio en los límites de la ILP, puede verse a través de tres salidas normativas:

I- *Prorrogabilidad del plazo para la recolecta de firmas*: esta concesión facilita la participación ciudadana en la medida que más ciudadanos pueden involucrarse en la realización de la institución, así lo afirman Paraguay, donde los 180 días para la recolecta pueden dilatarse a 60 más, a solicitud de los promotores y si las firmas superan el 75% al cumplirse el término establecido (art. 272, Ley N° 834/1996); sin el último requerimiento de la ley paraguaya, Perú (art. 10, Ley N° 26300/1994), República Dominicana (arts. 19-ÍS y 20, Ley N° 136/2015) y Costa Rica (art. 3-IIIS, Ley N° 8491/2006), conceden 30 y 90 días más, a fin de que los promotores puedan completar el número de firmas.

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

⁶⁴ En este sentido no se abordarán una serie de principios que también informan la vis procedural de la ILP como podrían ser los de preclusión, especialidad, eficacia, economía procesal en toda su extensión (se tratará en parte a través de la celeridad), representación y unidad de materia. Tampoco los principios político-jurídicos de legalidad y el democrático, este último en su carácter fundamentalizador de este tipo de instituciones.

⁶⁵ MAIHOFER, Werner. Principios de una democracia en libertad. En: BENDA, Ernesto et. al (Org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 266-277.

II- Participación en la tramitación parlamentaria: esta salida del principio de participación permite a los promoventes, a través de uno o más representantes ligados directamente a sus intereses, defender con voz pero sin voto, su propuesta en el seno del órgano legislativo.

La participación en esta subfase tiene diferente graduación cuando se examina la institución en América Latina, las variaciones pueden ser de orden cuantitativo o cualitativo, en este último caso tiene que ver con cómo se participa (con voz y/o voto) y dónde se participa (ante una comisión o ante el plenario).

En Honduras 10 de los promoventes pueden participar con voz, pero sin voto en la discusión en el pleno (art. 13, Decreto N° 190/2012); en México el representante designado por los promoventes podrá defender el proyecto ante una comisión de la cámara correspondiente, según sea el caso (art. 133, Ley Orgánica del Congreso General); y en Perú dos representantes de los promoventes lo harán ante las correspondientes comisiones y en el proceso de reconsideración (art. 14, Ley N° 26300/1994). Por su parte, en Colombia el promotor de la iniciativa puede participar en todas las sesiones en que se trate el proyecto (art. 20, Parág. II, Ley Estatutaria N° 1757/2002); en Ecuador los promoventes tienen derecho a participar directa o mediante representación, en el debate del proyecto, en comisión y en pleno de la Asamblea (arts. 103-II§ y 137-II§, Const.; art. 54, Ley Orgánica de la Función Legislativa); y en Brasil el primer firmante o quien este haya indicado puede hacerlo igualmente en comisión y en pleno (art. 252-VII, Ley N° 9.709/1998).

III- Consulta popular para aprobar o desestimar el proyecto de la ILP: el hecho de que la propuesta legislativa pueda ser votada popularmente constituye la expresión máxima del principio de participación en los límites de la institución. Existen diferentes vías para llegar a la consulta popular, lo que denota que el principio de participación puede incidir con diferente grado en la concepción normativa de la institución (véase en Venezuela la ILP, art. 205 Const.; en Ecuador, la IPRC, art. 103-IV§, Const.; y la ILP, art. 11, Ley Orgánica de Participación Ciudadana; en Uruguay, la IRC, art. 331-A, Const.)

2. Principio de gratuidad (minimización de gastos): tiene su fundamento en que la participación es un derecho humano que el Estado debe garantizar, por lo tanto, no puede convertirse en una carga económica para el ciudadano, más allá de la que normalmente implica la puesta en marcha de este tipo de mecanismo, pues como afirma Lissidini, al margen de las potencialidades de la iniciativa para movilizar el debate y empoderar a la ciudadanía, “requiere también capacidad de movilización, recursos económicos y humanos”⁶⁶.

⁶⁶ LISSIDINI, Alicia. **Democracia directa en América Latina.** Buenos Aires: C2D, International IDEA, Escuela de Política y Gobierno UNSAM y Prometeo Libros, 2008, p. 16.

Las manifestaciones de este principio se pueden encontrar en pocos ordenamientos latinoamericanos, en Paraguay donde los promoventes deben autenticar las firmas ante notario, el Estado resarcirá los gastos incurridos por cada elector, siempre que se apruebe el proyecto de ley (art. 273, Ley Nº 834/96); y en Perú si el proyecto deviene en ley, los promotores tienen derecho a solicitar el reembolso de los gastos efectuados ante la autoridad electoral, así como los incurridos para su difusión (art. 47, Ley Nº 26.300).

3. *Principio de colaboración*: se incardina con el de corresponsabilidad que comparten el órgano con función legislativa y la ciudadanía en la formación del estatuto legal del Estado, en el marco de un modelo que pretenda compatibilizar normativamente la representación política con la participación directa de los ciudadanos. La colaboración no se agota en las variantes de compensación económica vistas anteriormente, sino que se extiende a determinadas acciones de los órganos o instancias estatales para apoyar a los participantes en la ILP, por la naturaleza técnica de la actividad legislativa.

En Costa Rica, la Oficina de Iniciativa Popular de la Asamblea Legislativa y la Defensoría de los Habitantes ofrece asesoría gratuita a la ciudadanía para la redacción de proyectos y el procedimiento a seguir para la puesta en práctica de la institución (art. 4, Ley Nº 8.491/2006). En Brasil se prevé la coparticipación de un representante político en la tramitación parlamentaria del proyecto popular de ley, a la vez que un diputado con la anuencia del primer firmante del proyecto, ejercerá la defensa del proyecto de iniciativa popular ante el órgano legislativo (art. 252-X, Resolución Nº 17/1989 "Reglamento Interno de la Cámara de Diputados"). En República Dominicana la Comisión proponente podrá requerir las directrices, manuales, normas y procedimiento legislativos de los trámites internos de las cámaras legislativas (art. 15, Ley Nº 136/2015).

En Brasil, la colaboración que debe prestar el órgano legislativo para subsanar los vicios de forma en que incurran los promoventes en su escrito de solicitud es otra manifestación del principio de colaboración, se prohíbe que estos vicios sean invalidante de la iniciativa (art. 13-§ 2º, Ley Nº 9.709/1998)

4. *Principio de celeridad*: desde el punto de vista procesal, se fijan normas destinadas a impedir la prolongación de los plazos y a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos. En los límites del procedimiento legislativo, iniciado por la ciudadanía, tiene una connotación diferente, a la vez de que se trata de evitar dilaciones maliciosas por las instancias de poder que desmovilicen a la ciudadanía o trunquen la iniciativa legislativa.

Es expresión de este principio la previsión de mensajes de trámite de urgencias y/o preferencia para los proyectos de iniciativa popular. En Perú recibe preferencia en el trámite del Congreso (art. 11, Ley Nº 26.300/1994) al igual que en Argentina (art. 10-III§, Ley Nº 24.747/1996); en Colombia pueden tener prelación, lo que es potestativo del Ejecutivo (arts. 155 y 163, Const.); en Paraguay su tratamiento es priorizado y el estudio

correspondiente se iniciará sin demora en la Cámara (art. 270 y 271, Ley Nº 834/1996); en México conservará su carácter preferente durante todo el proceso legislativo (art. 138.2, Ley Orgánica del Congreso General).

También la celeridad se constata al establecerse un término para tratar o votar el proyecto, en Perú el Congreso dispone de 120 días para dictaminarlo y votarlo (art. 13, Ley Nº 26.300/1994), en Ecuador la Asamblea dispone de 180 días para tratar la propuesta (art. 103, Const. y art. 66, Ley Orgánica de la Función Legislativa; en Argentina el Congreso deberá dar tratamiento expreso a la iniciativa en 1 año (art. 11, Ley Nº 24.747/1996); y en Costa Rica la Asamblea dispone de 2 años para votarla, excepto si se trata de la reforma de la Constitución (art. 6, Ley Nº 8.491/2006). Otra alternativa es apelar a la participación directa ante la inactividad del legislativo, en Venezuela se activa el referendo ante la inacción de la Asamblea Nacional (art. 205, CRBV) y en Ecuador el proyecto entra en vigor ante igual situación (art. 103-II§, Const.; art. 66, Ley Orgánica de la Función Legislativa), aunque hasta el momento no haya sucedido, en este último país, no obstante cumplirse la hipótesis de la norma⁶⁷.

5- *Principio de impugnación*: algunos ordenamientos prevén que los promovientes reclamen las decisiones de los órganos estatales relacionadas con la sustanciación de la iniciativa⁶⁸. Al igual que el principio de participación es graduable ya que en algunos ordenamientos va de la posibilidad de apelar la decisión que determina el incumplimiento del total de firmas requeridas hasta otros que permiten apelar la que desestima la ILP por el pleno o la comisión.

En Ecuador, en caso de declararse no admisible el proyecto, la comisión popular puede solicitar el pronunciamiento de la Corte Constitucional, quien deberá hacerlo en un plazo de 30 días (art. 9-IV§, Ley Orgánica de Participación Ciudadana)⁶⁹; en Costa Rica cualquier ciudadano puede impugnar los actos emitidos sobre el conteo, la verificación y la legitimidad de firmas, en la forma prevista por la ley (art. 3-III§, Ley Nº 8491/2006); en México si el Instituto Nacional Electoral determina con carácter definitivo que no se cumple con el porcentaje de firmas requerido, el representante de los promovientes puede impugnar la resolución ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (art. 132, inc. c-II§, Ley Orgánica del Congreso General). Por su parte, en Colombia si la comisión negase la iniciativa, puede serapelada por el comité promotor ante la plenaria (art. 20, inc. b-II§, Ley Estatutaria Nº 1757/2015).

⁶⁷ SUÁREZ ANTÓN, Orestes; WELP, Yanina. ¿Cambio o cumbia? Análisis de la iniciativa de agenda en América Latina. *Revista Boliviana de Ciencias Políticas*, [s.l.], vol. 1, n. 1, p. 79-107. 2017, p. 97 y 98.

⁶⁸ Aunque es una práctica extendida a la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos, existen regulaciones que impiden a los promovientes impugnar las decisiones relacionadas con la sustanciación de la ILP adoptadas por los órganos estatales, por ejemplo en Paraguay la decisión del Presidente del Congreso que bajo resolución fundada, rechace la iniciativa, no admite recurso alguno (art. 269, Ley 834/1996), o en Cuba que no se regula en el Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular, posibilidad alguna de impugnar las decisiones.

⁶⁹ Para el caso ecuatoriano ver también el artículo 186 de la Ley Orgánica Electoral. Código de la Democracia.

6- *Principio de representatividad*: garantiza la legitimidad de la acción ciudadana; este principio en sede de la institución toma como base la población electoral y en algunos ordenamientos, además el régimen territorial. Se pretende que la ILP alcance un umbral de legitimidad representativo del cuerpo electoral, y en los estados federados se pretende además que esta representatividad tenga una dimensión territorial por la propia implicación que este régimen tiene a los efectos de la representación. En ambos casos se evita que la iniciativa quede secuestrada en manos de un grupo ciudadano con intereses específicos y con capacidad movilizadora sobre una parte de la ciudadanía.

Relacionado con lo anterior, en Brasil se requiere la firma del 1% del electorado nacional, distribuido al menos en cinco estados, con no menos de 0,3% de los electores per cápita (art. 13, Ley Nº. 9.709/1998), mientras que en Argentina se requerirá la firma de al menos el 1,5% del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis distritos electorales (art. 4, Ley Nº 24.747/1998).

El umbral de legitimidad con base a la población electoral es una de las cuestiones discutidas, umbrales muy bajos pueden hacer activar al órgano electoral en función de una iniciativa popular, que no podrá reunir apoyo popular en el resto del procedimiento, y de manera inversa, umbrales muy altos la pueden hacer inoperante.

7- *Principio de publicidad*: tiene un estrecho ligamen con el de transparencia, ambos tributan al derecho a la información que tienen los ciudadanos que garantizan una participación oportuna, consciente y responsable. En Colombia el nombre de la iniciativa, de sus promotores y vocero, junto al texto del proyecto y la exposición de motivos, deberán ser divulgados en la publicación oficial del Congreso (art 19-IIIS, Ley Estatutaria Nº 1.757/2015); en Perú se ordena la publicación del anteproyecto de la iniciativa en el Diario Oficial (art. 11, Ley Nº 26.300/1994); mientras que en República Dominicana, la comisión proponente manifestará en un aviso público, el impulso de la iniciativa, así como la metodología a seguir para la recolecta de firmas (art. 25, Ley Nº 136/2015).

Si bien, se han consignado un grupo de normas dentro de las regulaciones de la ILP en América Latina, a manera de ejemplos, es válido destacar que ordenaciones de esta institución como la brasilera, la colombiana, la ecuatoriana, la peruana y la nicaragüense son las que contienen la mayor cantidad de normas, que son expresión estos principios.

CONSIDERACIONES FINALES (A MODO DE CONCLUSIÓN)

La ILP en América Latina muestra en espectro amplio en su configuración normativa; existen diferentes variantes para que la ciudadanía participe directamente en la toma de la decisión política vinculada a la misma, lo que pone en evidencia la

diferente graduación que puede alcanzar el principio democrático en esta institución jurídico-constitucional.

La expresión del principio democrático no solo admite graduación –aunque no deja de ser la principal- en las valoraciones del vínculo que se logre establecer entre la ciudadanía, el órgano legislativo y la toma de decisión política, sino que también es admisible en cuestiones específicas del procedimiento de la ILP, tales como la defensa del proyecto. No podría equipararse la posibilidad que dan algunos ordenamientos de que los promoventes o un representante de estos, defiendan el proyecto ante la comisión y el plenario, o en cualquier fase del procedimiento, con la defensa solo ante la comisión. En este sentido, cabría la graduación respecto a la incidencia de este principio, en la facultad que tienen los promoventes de impugnar determinadas decisiones relacionadas con la ILP frente a otros ordenamientos que no establecen previsiones similares; o, en el número de firmas que se exige para alcanzar el umbral de legitimidad requerido para movilizar al órgano legislativo o la ciudadanía de cara a la propuesta, por solo citar tres ejemplos.

Si se parte de una concepción normativo-procedimental, afín con la perspectiva analítica del Derecho constitucional, la acción legislativa popular directa no debe ser tratada de la misma manera que la ILP, pues de cierta manera sería desnaturalizar la institución, a partir de que la iniciativa legislativa (popular o no) se integra al procedimiento legislativo, como una fase del mismo. Así lo reconocen los artículos 155 de la Constitución (Colombia); 271 de la Ley N° 834/1996 (Paraguay); 14-IIIS de la Ley N° 475/2003 (Nicaragua); 27 de la Ley N° 136/2015 (República Dominicana); 15 del Decreto N° 190/2012 (Honduras); 4 de la Ley N° 8491/2006 (Costa Rica); y 14 de la Ley N° 9.709/1998 (Brasil). Como afirma el Reglamento del Congreso de Perú: “Las propuestas o proyectos de ley o de resolución legislativa son instrumentos mediante los cuales se ejerce el derecho de iniciativa legislativa y se promueve el procedimiento legislativo, con la finalidad de alcanzar la aprobación de una ley o resolución legislativa por el Congreso”⁷⁰.

La diferente graduación que alcanza el principio democrático en sede de la ILP puede y de hecho incide en la valoración que se haga de la misma como una institución de democracia directa o semidirecta. No obstante, la salida dicotómica que algunos exponentes de teoría política dan a la ILP, al efecto de diferenciar la directa de la indirecta (iniciativa de agenda), no es suficiente para tratar a la institución en todos sus extremos, pues a estas se suman otras variantes como las de Perú, Ecuador, Colombia y Venezuela, algunas de estas vinculadas a la enmienda o reforma de la Constitución.

Los principios ordenadores del procedimiento de la ILP tributan a la democratización de la misma, a facilitar la participación ciudadana y en alguna medida, a la realización o puesta en práctica de la institución. En los ordenamientos latinoamericanos existe una tendencia a que la regulación de la iniciativa legislativa esté informada,

⁷⁰ Art. 67 del Reglamento del Congreso de la República de Perú, www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/reglamento-15-07-2016.pdf. Acceso el 11/11/2017.

principalmente por los principios de participación, colaboración, gratuidad, impugnación y celeridad.

7. REFERENCIAS

- AGUIAR DE LUQUE, Luis. **Democracia directa y Estado constitucional**. Madrid: Edersa, 1977.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALTMAN, David. **Direct democracy worldwide**. New York: Cambridge University Press, 2014.
- CARPIZO, Jorge; MADRAZO, Jorge. **Derecho constitucional**. México: UNAM, 1991.
- CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro. La iniciativa legislativa popular. En: Sem organizador. **Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica**: 19. La reforma constitucional en México y Argentina. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/191/4.pdf>>. Acceso el 12.02.2017.
- CONSTANT, Benjamin. **De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos**. Disponible en: <<https://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/discurso-de-la-libertad-de-los-antiguos-comparada-con-la-de-los-modernos.pdf>>.
- DE VEGA, Pedro. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1985.
- DUGUIT, León. **Manual de Derecho constitucional**. Madrid: Francisco Beltrán Librería española y extranjera, 1926.
- DUVERGER, Maurice. **Instituciones políticas y Derecho constitucional**. 6. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1988.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio. **Teoría del Estado**. La Habana: Félix Varela, 2001.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. **Poder legislativo**. 2. ed. México: Porrúa-UNAM, 2004.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984.
- GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoría Constitucional**. México: Fontamara, 2001.
- HAURIQU, Maurice. **Principio de Derecho público y constitucional**. Madrid: Editorial Reus, 1927.
- HEVIA DE LA JARA, Felipe. La iniciativa legislativa popular en América Latina. **Revista Convergencia**, Ciudad de México, vol. 17, n. 52, p. 155-185, ene./abr. 2010.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. **Direct Democracy Handbook**. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008.
- JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Valor y esencia de la democracia.** Oviedo: KRK ediciones, 2006.

LISSIDINI, Alicia. **Democracia directa en América Latina.** Buenos Aires: C2D, International IDEA, Escuela de Política y Gobierno UNSAM y Prometeo Libros, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process.** 2. ed. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1967.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** 2. ed. Barcelona-Caracas-México: Ariel, 1979.

MAIHOFER, Werner. Principios de una democracia en libertad. En: BENDA, Ernesto et. al (Org.). **Manual de Derecho Constitucional.** Madrid: Marcial Pons, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDOZA DÍAZ, Juan. **Derecho procesal. Parte general.** La Habana: Félix Varela, 2015, p. 168.

MORALES VITERI, Eduardo. **Ecuador:** mecanismos de democracia directa. Disponible en: <www.zora.uzh.ch/95761/1/C2D_WP20.pdf>. Acceso el 24.11.2017.

OTTERMAN, Steven. The European Citizens' Initiative: a Tool of Direct Democracy? En: ALTUNA, Asier; SUÁREZ, Mariluz (Org). **New Voices in Euroculture.** Groningen: Euroculture consortium. Disponible en: <www.rug.nl/research/portal/files/29253730/european.pdf>. Acceso el 13.06.2017.

PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de Derecho constitucional.** 4. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. **Derecho Constitucional Latinoamericano.** México: UNAM, 1991.

SARTORI, Giovanni. **Teoría de la democracia. El debate contemporáneo.** Madrid: Alianza Editorial, 1995.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992.

SILVA, José Alfonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOTO BARRIENTOS, Francisco. Mecanismos de participación ciudadana en el proceso legislativo. Los desafíos de su recepción en Chile. **Oñati Socio-legal Series** [online], Oñati, vol. 7, n. 5, p. 1-16. 2017. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=3062784>>. Acceso el 08.10.2017.

SUÁREZ ANTÓN, Orestes; WELP, Yanina. ¿Cambio o cumbia? Análisis de la iniciativa de agenda en América Latina. **Revista Boliviana de Ciencias Políticas**, [s.l.], vol. 1, n. 1, p. 79-107. 2017.

VANOSSI, Jorge Reynaldo. **Estudios de Derecho Constitucional.** México: UNAM, 2002.



Juiz constitucional e diálogo jurisdicional multinível: a experiência chilena*

Constitutional Court and Multilevel Jurisdictional Dialogue: the Chilean Experience

GONZALO AGUILAR CAVALLO^{1, **}

¹Universidade de Talca (Chile)

gaguiarch@hotmail.com

Recebido/Received: 02.02.2018 / February 2nd, 2018

Aprovado/Approved: 30.04.2019 / April 30th, 2019

Resumo

Este estudo começa examinando os casos Eichin e Antilef ante o Tribunal Constitucional chileno sobre a competência da justiça militar. Nestes casos, o Tribunal recorre tanto à Convenção Americana sobre Direitos Humanos quanto à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A presente investigação aborda a questão da possibilidade de considerar os casos sobre justiça militar como exemplos de mudança de paradigma no direito público e diálogo entre tribunais. Propomos que os casos mencionados relativos à competência da justiça militar no Chile constituem um exemplo da transição para um novo paradigma constitucional caracterizado por uma intensificação do diálogo entre juízes em matéria de direitos humanos.

Abstract

This paper starts analyzing the Constitutional Court's Eichin and Antilef cases on the scope of the competence of the military justice in Chile. In Eichin and Antilef, the Constitutional Court applied both the Inter-American Convention on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights case-law. The research addresses the question of whether these cases reflect a paradigm shift in public Law and of dialogue between judges. We argue that Eichin and Antilef cases are examples of a process of transition toward a new constitutional paradigm, which is essentially marked by the intensification of the dialogue between judges in human rights.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; diálogo entre juízes; jurisdição militar; jurisprudência interamericana; novo direito público.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; dialogue between judges; military justice; Inter-American case-law; new public law.

Como citar esse artigo/How to cite this article: AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Juiz constitucional e diálogo jurisdicional multinível: a experiência chilena. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 61-89, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i1.57697.

* O autor agradece a tradução de Matheus Scandoleira e a colaboração de Maria Valentina de Moraes.

** Professor de Direito, Diretor do Mestrado em Direito Constitucional e Sub-Diretor do Centro de Estudios Constitucionales de Chile na Universidade de Talca (Santiago, Chile). Pós-Doutorado no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemanha). Doutor em Direito (Espanha), Mestrado em Relações Internacionais (Espanha), Mestrado em Direitos Humanos e Direito Humanitário (França). Advogado (Chile). E-mail: gaguiarch@hotmail.com.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Papel do juiz e diálogo jurisdicional; **2.1.** Juiz nacional como juiz comum do direito europeu ou de direitos humanos; **2.2.** Modalidades do diálogo entre juízes; **2.2.1.** Diálogo sob o modo de interpretação conforme: diálogo conforme; **2.2.2.** Diálogo sob o modo de interpretação construtiva: diálogo construtivo; **2.2.3.** Diálogo sob o modo de interpretação antecipatória: diálogo antecipatório; **2.2.4.** Diálogo sob o modo de interpretação neutralizante: diálogo neutralizante; **2.2.5.** Diálogo sob o modo de interpretação contraditório: diálogo oposição; **3.** A jurisprudência constitucional sobre jurisdição militar; **3.1.** Os direitos reconhecidos em instrumentos internacionais de direitos humanos; **3.1.1.** Norma fundamental do bloco constitucional de direitos fundamentais; **3.1.2.** Elemento interpretativo determinante ou papel significativo dos padrões internacionais; **3.2.** Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; **4.** Conclusão; **5.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2014, o Tribunal Constitucional chileno pronunciou duas sentenças nas quais declara a inaplicabilidade por inconstitucionalidade da justiça militar em casos que envolvem vítimas civis ou cujas circunstâncias demonstram ser um ilícito penal comum. Em ambos os casos, o Tribunal fundamentou sua argumentação em abundantes referências tanto ao direito internacional convencional dos direitos humanos como à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A partir destes exemplos, surgem as seguintes perguntas: Poderiam esses casos ser considerados uma demonstração do papel protagonista do juiz sob o prisma de um novo paradigma jurídico? Poderiam estes casos serem demonstrações do aumento potencial do papel do juiz constitucional no contexto do surgimento de um novo direito público? Existe nestes casos um diálogo entre juízes? Nossa posição consiste em argumentar que os julgados recentes do Tribunal Constitucional chileno, a propósito da competência da justiça militar, constituem uma amostra do que poderia denominar-se uma mudança de paradigma jurídico, especialmente no âmbito constitucional. Essa mudança de paradigma teria como pano de fundo a lenta emergência de um novo direito público, e como característica o papel protagonista do juiz e o diálogo multinível interjudicial.

Este trabalho tem por objeto analisar, no contexto chileno, se o papel protagonista do juiz, sobretudo no direito público, vem estimulando um diálogo entre tribunais de distintas jurisdições estatais, inclusive com jurisdições internacionais. Além disso, buscamos ilustrar a noção de diálogo e o papel do juiz em um emergente novo direito público através de casos da jurisprudência do Tribunal Constitucional chileno. Devemos deixar claro desde o princípio que nosso enfoque sobre o diálogo e o papel crescente do juiz como demonstração do surgimento de um novo direito público, se centra nos direitos humanos.

Por essa razão, este estudo se encontra dividido numa primeira parte na qual, a partir de exemplos de casos jurisprudenciais, analisaremos o papel protagonista do

juiz e o diálogo entre juízes. Numa segunda parte, abordaremos o exame dos casos jurisprudenciais relativos à competência da justiça militar, os quais podem revelar o papel de crescente importância do juiz, do diálogo interjurisdiccional e do controle de convencionalidade.

2. PAPEL DO JUIZ E DIALOGO JURISDICCIONAL

No mundo contemporâneo e, em parte devido ao processo de globalização, se desenvolveram distintos conceitos de diálogo¹. Neste estudo, nos interessa, especialmente, o diálogo entre juízes e, particularmente, a esfera dos direitos humanos. Em que consiste esse diálogo? Poderia expressar-se em uma prática entre dois ou mais juízes que manifestam suas ideias tentando chegar a um acordo². Nesse sentido, o diálogo entre juízes se entenderia como uma discussão, um acordo, uma busca por consenso, o que é especialmente relevante e potente no terreno dos direitos humanos. Sob esse prisma, o diálogo evita confusão quanto às coisas que atrapalham ou desunem e, evade, com certeza, toda comunicação que implique propor ou reconhecer a questão da autoridade de uns sobre outros³.

O diálogo entre juízes aparece como um elemento consubstancial ao que Bogdandy chama o novo direito público⁴. O diálogo entre juízes manifesta o novo paradigma do modelo constitucional multinível⁵. Efetivamente, esses intercâmbios, comunicações, debates ou confrontações entre juízes sobre o sentido e alcance de uma disposição de direitos humanos podem ocorrer entre um juiz nacional e um juiz internacional ou supranacional⁶.

Sob esse novo paradigma, o juiz se vê na obrigação de justificar integralmente sua decisão, proporcionando argumentos suficientes e convincentes. Hoje em dia,

¹ BOGDANDY, Armin Von. *Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea*. In: PÉREZ, L. R. G.; VALADÉS, D. (Coords.). *El constitucionalismo contemporáneo*. Homenaje a Jorge Carpizo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013. p. 39-66. p. 55.

² O diálogo entre juízes significaria uma prática entre dois ou mais juízes ou órgãos jurisdiccionais que alternativamente manifestam suas ideias em busca de conciliação. CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Diálogo judicial multinível. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (Coord.). *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Librotecnia, 2013. p. 55-102.

³ SUXE, Hervé. La dimension objective du dialogue des juges. *Cahiers de l'IDEDH*, Montpellier, n. 11, p. 158-191. 2007 e GRABARCYK, Katarzyna. Dialogue des juges: éléments d'analyse. *Cahiers de l'IDEDH*, Montpellier, n. 11, p. 10-41, 2007. p. 21.

⁴ BOGDANDY, Armin Von. *Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea*. In: PÉREZ, L. R. G.; VALADÉS, D. (Coords.). *El constitucionalismo contemporáneo*. Homenaje a Jorge Carpizo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013. p. 55.

⁵ CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Diálogo judicial multinivel. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (Coord.). *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Librotecnia, 2013. p. 55-102.

⁶ SUXE, Hervé. La dimension objective du dialogue des juges. *Cahiers de l'IDEDH*, Montpellier, n. 11, p. 158-191. 2007. p. 158.

o argumento de autoridade na decisão judicial se dá pela justificação proporcionada pelo juiz⁷. O diálogo entre juízes é uma notável manifestação dos processos aos quais levou a globalização e o surgimento dos direitos humanos como um potencial direito mundial, infestado de uma constelação de direitos nacionais onde nenhuma ordem interna pode reclamar hierarquia sobre outra com base em uma ordem de precedência. Por isso, nesse contexto, a falta de hierarquia, o diálogo e a persuasão que o acompanha se transformam em uma ferramenta útil que se exercita através do direito comparado.

Esta seção aborda, em primeiro lugar, o juiz nacional como juiz de direitos humanos e, posteriormente, examina as diversas modalidades do diálogo que se concretizam por meio de diferentes tipos de interpretação dos direitos.

2.1. Juiz nacional como juiz comum de direitos humanos

O controle de convencionalidade converte o juiz nacional no juiz de direito comum. No âmbito da União Europeia será o juiz de direito comum do direito europeu⁸. Na esfera da Convenção Europeia de Direitos Humanos será o juiz de direito comum da convencionalidade de direitos humanos.

Alguns afirmam, inclusive, que o juiz nacional, compreendendo o juiz constitucional, será o intérprete de direito comum da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁹. Segundo Maus, este último seria o entendimento que se daria ao controle de convencionalidade pelos juízes nacionais no contexto do sistema europeu de direitos humanos. Efetivamente, “o sistema da Convenção Europeia pode ser aplicado também pelas jurisdições nacionais a título de controle de convencionalidade, quando estas devem descartar disposições do direito nacional por não respeitar as normas da Convenção Europeia tais como são interpretadas pela Corte”¹⁰.

Neste papel, o juiz nacional, aplicador e intérprete do direito comum de normas internacionais e supranacionais, adquirirá os poderes para descartar ou não aplicar

⁷ BOGDANDY, Armin Von. *Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea*. In: PÉREZ, L. R. G.; VALADÉS, D. (Coords.). **El constitucionalismo contemporáneo**. Homenaje a Jorge Carpizo. México: Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2013. p. 55.

⁸ LE POURHIET, Anne-Marie. *L'allégeance des juges nationaux au juge européen*, **Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué**, França, n. 3, p. 363-365. 2010.

⁹ ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël. La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution? **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, [s.l.], vol. 18, p. 148-153, 2005 e LAVADE, Anne. Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de systèmes, **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, França, n. 18, p. 133-137. 2005.

¹⁰ Ainda, segundo Maus “nenhuma jurisdição nacional considerou que, em sua ordem interna, disposições de valor constitucional deveriam ser descartadas como resultado do controle de convencionalidade. Apesar disso, tal hipótese não é inconcebível, em particular quando permanecem nas constituições nacionais normas que tenham sido adotadas num período democrático”. MAUS, Didier. **La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne et la Protection des Droits de l'Homme en Europe**. 2004. Disponível em: <<http://www.us-rs.si/media/zbornik.pdf>>. Acesso em: 31 fev. 2018. p. 14-26. p. 25.

normas nacionais, inclusive disposições de valor constitucional, sobretudo quando estas entram em colisão ou produzem problemas de interpretação com normas internacionais e supranacionais, as quais, considerando sua interpretação autorizada, outorgam um padrão de proteção ao indivíduo mais elevado.¹¹ Cabe observar aqui, sobretudo como lição para o Chile, que já faz mais de quinze anos que a jurisprudência do Tribunal Federal Suíço confirmou a primazia do direito internacional, sobretudo quando se trata de direitos humanos.¹²

Assim, o controle de convencionalidade e o diálogo entre juízes não significa submissão nem subordinação de nenhuma espécie.¹³ De fato, um tribunal nacional pode perfeitamente distanciar-se da postura de outro tribunal de direitos humanos, através da denominada interpretação construtiva, indo mais além do que a própria interpretação do órgão jurisdicional internacional, quando o princípio *pro homine* o exige, princípio que constitui o ponto principal do sistema de direitos humanos¹⁴. Nesta linha, a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), no famoso caso *Sunday Times*, afirmou que mesmo quando a Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece certos padrões internacionais que devem ser observados pelos Estados contratantes, “isso não quer dizer que uma uniformidade absoluta é requerida, e, efetivamente, por mais que os Estados contratantes sejam livres para eleger as medidas que eles consideram apropriadas, a Corte não pode ser indiferente ante os traços substanciais ou processuais de suas respectivas normas internas”¹⁵.

¹¹ Referindo-se ao controle de convencionalidade, Randall confirma a faculdade dos juízes suíços de indeferir a aplicação de uma lei federal contrária à Convenção [Europeia de Direitos Humanos], apoиando-se, sobretudo, na primazia do direito internacional e na importância particular dos tratados em matéria de Direitos Humanos. RANDALL, Maya Hertig. Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen. In: BELLANGER, Francois; WERRA, Jacques (Coords.). **Genève au confluent du droit interne et du droit international**: Mélanges offerts par la Faculté de droit de l’Université de Genève à la Société suisse des juristes à l’occasion du congrès 2012. Zürich: Schulthess, 2012. p. 29.

¹² “Diese völkerrechtlichen Prinzipien sind in der schweizerischen Rechtsordnung unmittelbar anwendbar (BGE 117 Ibl 337 E. 2a S. 340) und binden nicht nur den Gesetzgeber, sondern sämtliche Staatsorgane (vgl. die gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, VPB 53/1989 Nr. 54 Ziff. 15 S. 420 ff.). Daraus ergibt sich, dass im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht (BGE 122 II 485 E. 3a S. 487; BGE 122 II 234 E. 4e S. 239; BGE 109 Ibl 165 E. 7b S. 173; BGE 100 Ia 407 E. 1b S. 410; BGE 125 III 209 E. 6e in fine). Dies hat zur Folge, dass eine völkerrechtswidrige Norm des Landesrechts im Einzelfall nicht angewendet werden kann. Diese Konfliktregelung drängt sich umso mehr auf, wenn sich der Vorrang einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient.” ATF 125/1999 II 417. Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 26. Juli 1999 i.S. A. gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement und Schweizerischen Bundesrat (Verwaltungsgerichtsbeschwerde). Consid. 4 d).

¹³ “As autoridades nacionais permanecem livres para eleger as medidas que considerem apropriadas para a implementação de suas obrigações convencionais”. SUDRE, Frédéric. **Droit européen et international des droits de l’homme**. Paris: PUF, 2003. p. 200.

¹⁴ SUDRE, Frédéric. **Droit européen et international des droits de l’homme**. Paris: PUF, 2003.

¹⁵ “Isso não significa que a uniformidade absoluta é requerida e, de fato, desde que os Estados Contratantes permaneçam livres para escolher as medidas que considerem apropriadas, a Corte não pode estar alheia às características materiais ou procedimentais de suas respectivas leis domésticas”. CONSELHO DA EUROPA.

Em suma, o critério regente que guia e ilumina a atuação do juiz nacional foi esclarecido pela doutrina e pela jurisprudência. De fato, o que se requer ao momento de proporcionar uma tutela judicial efetiva a um direito é determinar qual das diversas fontes disponíveis oferece um nível de proteção mais adequado, levando em consideração a jurisprudência pertinente.¹⁶

Essa é a experiência que nos demonstrou o Tribunal Constitucional alemão nos casos Solange 1 (1974) e Solange 2 (1998), no sentido da supremacia do direito comunitário ou europeu, enquanto mantenha, ao menos, o mesmo nível de proteção que proporciona o sistema constitucional de direitos fundamentais¹⁷.

O uso do direito internacional dos direitos humanos por parte do juiz nacional através do mecanismo de controle de convencionalidade convertendo-o no juiz comum dos direitos humanos permite visualizar uma realidade prática, a qual é a existência de um diálogo. Os distintos intercâmbios entre o juiz nacional e o juiz internacional se produzem em vários sentidos e o resultado disso pode ser incerto, como se verá em seguida, dependendo do tipo de diálogo que se entabule.

Como adiante se verá na segunda parte, o juiz constitucional chileno, vem realizando essa mesma indagação em casos da justiça militar, tentando determinar qual é o padrão de proteção mais alto, o nacional ou o internacional. Nesse processo indagatório, o juiz nacional chileno recorre a algumas das distintas fórmulas de diálogo entre juízes.

2.2. Modalidades do diálogo entre juízes

As distintas modalidades de diálogo se apresentam ao amparo da interpretação em direitos humanos. Por isso que os distintos tipos de diálogo se traduzem em distintas variedades de interpretação. Nossa postura inicial é a de que o juiz constitucional chileno nos casos Eichin e Antilef realizou um tipo específico de diálogo e, portanto, recorreu a uma variedade determinada de interpretação, das que serão analisadas a seguir. Em outras palavras, Eichin e Antilef seriam dois exemplos da realidade deste diálogo entre juízes na ordem constitucional chilena. Tentaremos, neste trabalho, dar

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Pedido nº 6538/74 (caso do Sunday Times contra o Reino Unido). Par. 61. Julgamento em 26/04/1979.

¹⁶ Tria indica que se o juiz nacional necessita recorrer a fontes supranacionais e/ou internacionais para prestar uma melhor tutela, “deve determinar qual das mencionadas fontes oferece um nível de proteção mais adequado, levando também em consideração a jurisprudência pertinente da Corte de Luxemburgo e Estrasburgo”. TRIA, Lucia. La tutela dei diritti fondamentali. In: **Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale**. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro. 2014. p. 34. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_274.pdf>. Acesso em 31 fev. 2018.

¹⁷ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão, BVerfGE 37, 27, Caso Handelsgesellschaft, (“Solange I”). Julgado em 29/05/1974. Disponível em: <<https://www.bundesverfassungsgericht.de>>.

um contexto teórico à experiência derivada da prática constitucional chilena nos casos mencionados.

Para efetuar a análise das distintas modalidades que pode adquirir o diálogo entre juízes, talvez convenha levar em consideração, primeiro que “o diálogo entre jurisdições não se pode conceber sem certa autonomia do juiz nacional”¹⁸. Por outro lado, cabe ressaltar que a controvérsia é necessária para que exista um diálogo produtivo e enriquecedor, porque a concordância pura e simples, na realidade, se parece mais a um monólogo que a um diálogo¹⁹.

Tal como mencionamos anteriormente, o diálogo entre juízes pode adquirir a forma de uma controvérsia, uma discussão, uma confrontação, um debate ou um intercâmbio de argumentos acerca do sentido e alcance de uma norma de direitos humanos, entre um juiz nacional e um juiz internacional²⁰.

O intercâmbio ou debate de raciocínios ou argumentações exige naturalmente do juiz interno um exercício de interpretação. Este exercício, como advertimos, se veicula, tanto na Europa como na América, preferencialmente através do controle de convencionalidade. Assim, os modos de interpretação acumulados pelo juiz interno no exercício do controle de convencionalidade aparecem como fundamentais para o desenvolvimento do diálogo entre juízes. O diálogo entre juízes e as distintas formas de interpretação que este implica vem sendo abordados principalmente pela doutrina Europeia com base na experiência cotidiana, sobretudo, derivada da interação com o sistema europeu de direitos humanos. O diálogo de juízes abrange vários modos de interpretação em direitos humanos, tais como a interpretação neutralizante e a interpretação conforme²¹. Igualmente, o diálogo se pode materializar através da interpretação, contradição ou antecipação²². Além disso, Regis de Gouttes, referindo-se ao papel que desempenha a norma convencional para o juiz nacional, alude a uma função reveladora e alternativa da lei nacional²³.

Todavia, em nossa visão, e pondo a salvo o caso do princípio de interpretação conforme, estas manifestações de diálogo não correspondem a princípios de interpretação em si mesmos considerados, e sim melhor ao resultado produto da atividade

¹⁸ GRABARCYK, Kataryna. Dialogue des juges: éléments d’analyse. *Cahiers de l’IDEDH*, Montpellier, n. 11, p. 10-41, 2007. p. 25.

¹⁹ GRABARCYK, Kataryna. Dialogue des juges: éléments d’analyse. *Cahiers de l’IDEDH*, Montpellier, n. 11, p. 10-41, 2007.

²⁰ GRABARCYK, Kataryna. Dialogue des juges: éléments d’analyse. *Cahiers de l’IDEDH*, Montpellier, n. 11, p. 10-41, 2007.

²¹ SUDRE, Frédéric. Avant-propos. *Cahiers de l’IDEDH*, Montpellier, n. 11, p. 7-9. 2007 e GRABARCYK, Kataryna. Dialogue des juges: éléments d’analyse. *Cahiers de l’IDEDH*, Montpellier, n. 11, p. 10-41, 2007.

²² GRABARCYK, Kataryna. Dialogue des juges: éléments d’analyse. *Cahiers de l’IDEDH*, Montpellier, n. 11, p. 10-41, 2007.

²³ GOUTTES, Régis de. La Convention européenne des droits de l’homme et le juge français. *Revue internationale de droit comparé*, França, vol. 51, n. 1, p. 7-20, jan./mar. 1999.

interpretativa, tais como contradição, neutralização ou antecipação. A partir das propostas precedentes de Sudre, Grabarczyk e De Goutte, em seguida examinaremos brevemente o que sugerimos denominar como o diálogo conforme, construtivo, antecipatório, neutralizante, oposição²⁴.

2.2.1. Diálogo sob o modo de interpretação conforme: diálogo conforme

No diálogo através da interpretação conforme a interpretação do direito nacional coincide com as interpretações dadas pelo juiz internacional de direitos humanos²⁵. O diálogo de conformidade ou conforme se refere à técnica a qual recorre o juiz nacional para harmonizar o direito nacional com o instrumento internacional convencional e corresponde especificamente à interpretação conforme a Convenção²⁶. Como assinala Randall “a interpretação conforme a Convenção deriva da interpretação conforme ao direito internacional”²⁷. Um exemplo claro de interpretação conforme a Convenção, emanado do direito suíço, se refere a um caso em que os juízes federais aplicaram o artigo 98, alínea 4 (matrimônio de estrangeiros em situação irregular) do Código Civil suíço em forma conforme ao direito ao matrimônio consagrado no art. 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Essa regra de interpretação conforme estimula um diálogo que aponta a evitar a maior parte dos conflitos entre ambas as ordens, doméstica e internacional.

A interpretação conforme a Convenção, e mais genericamente, ao direito internacional, aponta a alcançar a convergência de interpretação do juiz nacional com aquela do juiz internacional, ajustando-a a seus limites e conteúdos. Os juízes constitucionais chilenos assim procederam em diversas ocasiões ao entabular esse tipo de diálogos, realizando a interpretação conforme. Por exemplo, em matéria de direitos da criança (a respeito dos quais a Constituição chilena guarda absoluto silêncio), o Tribunal Constitucional do Chile declarou a inaplicabilidade por inconstitucionalidade de normas da Lei 19.968, que criou os Tribunais de Família, considerando para declará-la

²⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad**. México: Ubijus, 2014 e DULITZKY, Ariel. E. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, Texas, vol. 50, n. 1, p. 45-93, dec./feb. 2015.

²⁵ SAGÜES, Néstor Pedro. El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: BOGDANOV, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales**: Hacia un ius constitutionale commune en América Latina. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, 2011. p. 381-417.

²⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 9, n 2, p. 531-622. 2011.

²⁷ RANDALL, Maya Hertig. Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen. In: BELLANGER, Francois; WERRA, Jacques (Coords.). **Genève au confluent du droit interne et du droit international**: Mélanges offerts par la Faculté de droit de l’Université de Genève à la Société suisse des juristes à l’occasion du congrès 2012. Zürich: Schulthess, 2012. p. 19-59.

não somente a conformidade a normas internacionais mas também a interpretação proveniente da Corte IDH.²⁸

Assim, nestes casos, produto deste diálogo, o juiz nacional descarta a norma nacional, distanciando-se da jurisprudência constitucional, justamente porque praticando o controle difuso de convencionalidade, o juiz interno controverte abertamente o enfoque proposto pelo órgão jurisdicional constitucional. A este tipo de juiz, Motolese os chama os “juízes verdadeiramente”, uma vez que conhecem a jurisprudência constitucional e são conscientes de que a estão controvertendo, aplicando um diálogo conforme à norma convencional²⁹. Por sua parte, Regis de Gouttes se refere a este tipo de situação como uma verdadeira neutralização da lei nacional, já que o juiz nacional, aplicando a norma convencional, neutraliza o texto da lei interna não compatível com as exigências da Convenção³⁰. No caso da Corte Suprema chilena é possível encontrar exemplos relevantes deste tipo de interpretação. Por exemplo, no denominado caso dos Conselhos de Guerra de 2016, a Corte, executando uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, endireita uma injustiça, anula Conselhos de Guerra realizados durante a época da ditadura, e aplica não somente as normas internacionais de direitos humanos como também a interpretação que delas realizou a Corte IDH.³¹

²⁸ “Que, além disso, a Convenção sobre os Direitos da Criança indica em seu artigo primeiro: ‘criança (é) todo ser humano menor com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes’ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Niños de la Calle” - Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Julgado em 19/09/1999, parágrafo 188). Nas Regras de Pequim, nas Regras de Tókio e nas Diretrizes de Riad se utilizam os termos “criança” e “menor” para designar aos sujeitos destinatários de suas disposições. De acordo com as Regras de Pequim, “menor é toda criança ou jovem que, de acordo com o sistema jurídico respectivo, pode ser castigado por cometer um delito de forma diferente de um adulto”. Nas Regras de Tókio não se estabelece ressalva alguma ao limite de dezoito anos. Em definitiva, levando em conta a normativa internacional e o critério sustentado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, se entende por “criança” a toda pessoa que não haja cumprido dezoito anos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-17/02. Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Publicada em 28/08/2002).

Desta maneira, a palavra “imputado” contraria a natureza e essência da Lei de Responsabilidade Penal Juvenil, a qual veio, em nosso país, dar cumprimento ao ordenado na Convenção dos Direitos da Criança, cujo fim era promover o estabelecimento de procedimentos, autoridades e instituições específicas para o julgamento de crianças aos quais se impõe infração de lei penal, pelo que corresponde que os menores que estejam isentos sejam postos à disposição do tribunal competente em assuntos de família...” (Corte Suprema, casos 5440-2007, 5441-2007 e 5972-2009), (STC, cassação nº 2743 c. 13). CHILE. Tribunal Constitucional. **Requerimento de Inaplicabilidade por Inconstitucionalidade I-21-2016, RUC 16-2-0173337-9.** Relator: Ministro Pilar Arellano Gómez, julgado em 04/07/2016. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente?rol=3119>>. Acesso em 30 fev. 2015.

²⁹ MOTOLESE, Luisa. **La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo:** Tecniche di decisione e criteri di interpretazione conforme alla Convenzione Europea. 2013. Disponível em: <<http://www.contabilita-pubblica.it/2013/Dottrina/Motolese.pdf>>. Acesso em 5 jan. 2015.

³⁰ GOUTTES, Régis de. La Convention européenne des droits de l’homme et le juge français. **Revue internationale de droit comparé**, França, vol. 51, n. 1, p. 7-20, jan./mar. 1999.

³¹ CHILE. Corte Suprema de Chile. **Caso Conselhos de Guerra nº 27.543-16.** 2016. Disponível em: <<http://www.pjud.cl/corte-suprema>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

Por outro lado, tal como se indicará na segunda parte deste trabalho, quando o Tribunal Constitucional chileno, em Eichin e Antilef – consequentemente em Jorquera-expressa que os direitos contidos nos instrumentos internacionais de direitos humanos constituem uma fonte material para o juiz interno pela via do bloco constitucional de direitos fundamentais e seu conteúdo serve de elemento interpretativo determinante na análise constitucional jurisprudencial, e que os padrões internacionais cumprem um papel significativo, em nosso modo de ver, tal tribunal se posiciona no diálogo conforme. E, sobretudo, o juiz constitucional chileno empreende esse tipo de diálogo quando, referindo-se à jurisprudência interamericana em casos nos quais o Chile tenha sido parte, ressalta que o padrão interpretativo é um elemento significativo, enquanto que nos casos em que o Chile não tenha sido parte, o juiz constitucional destaca que o padrão interpretativo é um elemento complementar de análise. Em ambas as situações, é possível observar uma diferença de intensidade, mas o relevante é que com esses critérios os juízes constitucionais chilenos se mostram dispostos a iniciar um diálogo entre juízes.

2.2.2. Diálogo sob o modo de interpretação construtiva: diálogo construtivo

Este diálogo se baseia no princípio de interpretação extensiva dos direitos fundamentais e o princípio de interpretação restritiva das limitações aos direitos fundamentais, estendendo protetivamente o campo de aplicação dos direitos reconhecidos³². Então, o diálogo construtivo de juízes se produz graças a interpretações internacionais mais favoráveis que são incorporadas pelo juiz nacional no seu controle de direito interno.

Em consequência, graças ao recurso a métodos extensivos e mais favoráveis à interpretação dos direitos humanos por parte do juiz internacional ou supranacional, se produz a ampliação do campo de aplicação dos direitos reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos³³. Deste modo, o juiz nacional, ao incorporar o direito internacional dos direitos humanos em conjunto com as interpretações pretorianas internacionais “amplia inevitavelmente o âmbito de seu próprio controle sobre o direito interno”³⁴.

O diálogo construtivo se produz a partir do uso de métodos de interpretação criados ou identificados pretorianamente por tribunais internacionais de direitos

³²CAVALLO, Gonzalo Aguilar; ALCALÁ, Humberto Nogueira. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. In: **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 84, p. 13-43, jan./jun. 2016.

³³RIOCHET, Diana. La conformité. L'interprétation conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 97-128. 2007.

³⁴RIOCHET, Diana. La conformité. L'interprétation conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 97-128. 2007. p. 117.

humanos, e aplicados pelos juízes nacionais, que se convertem conforme a ocasião no juiz comum de direitos humanos. Estes métodos extensivos de interpretação se fizeram presentes também no âmbito do direito internacional clássico, onde se insistiu na necessidade de considerar as novas condições da vida internacional, estimulando o juiz a determinar o Estado atual do direito, e se é necessário, fazendo-o de forma construtiva.³⁵

Entre estes métodos, se podem mencionar, por exemplo, a interpretação evolutiva e a interpretação dinâmica.³⁶ A interpretação evolutiva, desenvolvida pela Corte EDH e assumida pela Corte IDH, se apoia fundamentalmente na noção de que a Convenção é um instrumento vivo.³⁷ De acordo à doutrina do instrumento vivo, o texto “se interpreta à luz das condições atuais e evolui através da interpretação da Corte”³⁸. A doutrina do instrumento vivo e, em consequência, da interpretação evolutiva, se aplica tanto ao âmbito constitucional quanto ao internacional. Nesse sentido, no terreno constitucional se alcunham diferentes termos, tais como “constituição viva”, “constituição material”, “constituição invisível”, “constituição paralela”, os quais querem, na realidade, expressar uma necessidade na esfera dos direitos humanos, isto é, a exigência de que se requer respeito a esses textos, uma reflexão aberta e deliberativa³⁹. Cabe ter em mente que, sobretudo no mundo atual, as constituições estão abertas a influências externas. Contudo, uma crítica à ideia de constituição viva e uma defesa do significado

³⁵ A Corte deve “determinar o estado atual do direito e inclusive, se cabível, de forma construtiva (...). Proceder de outra maneira seria ignorar a natureza do direito dos povos, que deve sempre refletir a vida internacional de onde nasce, sob pena de ser desacreditada. A forma de proceder que acaba de ser indicada é aplicada no direito público interno”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Reservations to the Convention on Genocide**, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/4285.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

³⁶ Corte E.D.H.: *Arrêt Tyrer*, série A, nº 26, p. 15, par. 31; Corte E.D.H.: *Affaire Marckx c. Belgique*. (Requête N° 6833/74). Arrêt, para. 41; A respeito da interpretação dinâmica: “Celle qui partant du texte de la Convention tire une conception élargie dès droits proclame voire de l’existence de droits qui n’ont pas été primitivement perçus comme en faisant partie”. ROLLAND, Patrice. Le contrôle de l’opportunité par la Cour européenne des droits de l’homme. In: ROUSSEAU, D.; SUDRE, F. (Coords.). **Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme** – Droits et Libertés en Europe. Paris: Éditions S.T.H., 1990. p. 70; Sudre indica, referindo-se à Corte Europeia de Direitos Humanos e aos métodos de interpretação finalista e teleológica, que “a interpretação finalista é também uma interpretação evolutiva”. SUDRE, Frédéric. **L’interprétation dynamique de la Cour Européenne dès Droits de l’homme**. Disponível em: <http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge11.html#fn302>. Acesso em 03 jan. 2015; WILDHABER, Luzius. La giurisprudenza evolutiva della Corte europea dei diritti umani. **Pace e diritti umani**, Venezia, n.1, p. 15-27. gen./apr. 2004.

³⁷ CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Pedido nº 44759/98 (caso de Ferrazzini contra Itália). Par. 26. Julgado em 12/07/2001; Sobre a interpretação evolutiva do direito à vida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ver CASSETTI, Luisa. Il diritto di ‘vivere con dignità’ nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani. **Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato**, Roma, n. 23, p. 1-17. 2010.

³⁸ WILDHABER, Luzius. La giurisprudenza evolutiva della Corte europea dei diritti umani. **Pace e diritti umani**, Venezia, n.1, p. 15-27. gen./apr. 2004. p. 16.

³⁹ MARTENS, Paul. L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles. In: **Le dialogue des juges**. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice. Bruxelles: Bruylant, 2007. p. 10.

do texto que seus autores lhe atribuíram ao momento de adotá-la foi expressa, por exemplo, por Scalia⁴⁰.

Por outro lado, através da interpretação dinâmica, o juiz internacional ou supranacional não vacila em modificar suas posições anteriores acerca do sentido de um direito⁴¹. Neste sentido, realmente, os direitos humanos se mostram “vivos e vitais” através de sua interpretação⁴². O dinamismo interpretativo se vê refletido na ampliação dos casos de aplicação do direito e na extensão do conteúdo do direito⁴³. O dinamismo interpretativo se fez presente no sistema europeu, no sistema interamericano e no âmbito constitucional chileno, levando a ação protetora do juiz, às vezes, mais além dos limites objetivos do texto⁴⁴. Da perspectiva dos juízes constitucionais, por exemplo, o Tribunal Constitucional chileno não vacilou em ampliar o leque dos direitos protegidos recorrendo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Os juízes internacionais ou supranacionais recorrem à interpretação evolutiva e dinâmica com o fim de proporcionar respostas adequadas, atuais e oportunas às demandas da sociedade contemporânea. Neste trabalho, ao que parece, tentam encontrar pontos de acordo, visões compartidas ou consensos entre os Estados partes⁴⁵. Isso mais parece uma quimera que uma realidade, já que a atividade do juiz é mais efetivamente baseada no desenvolvimento lógico de um conceito, de um direito ou de um princípio fundamental⁴⁶. Porque o juiz, neste dinamismo interpretativo, segue mais o desenvolvimento lógico de um conceito do que a busca de consenso entre os Estados? Poderia ser porque o juiz tem o dever de dar efetividade aos direitos reconhecidos, fazer que a norma produza todos os seus efeitos, levando adiante, para isso, se

⁴⁰ TALBOT, Margaret. Supreme Confidence: The Jurisprudence of Justice Antonin Scalia. **The New Yorker**, 38 mar. 2005. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/magazine/2005/03/28/supreme-confidence>>. Acesso em 04 abr. 2019.

⁴¹ TULKENS, Françoise; VAN DROOGHENBROECK, Sébastien. Le droit au logement dans la Convention Européenne des Droits de l'homme. Bilan et Perspectives. In: BERNARD, Nicolas.; MERTENS, Charles. (Orgs.). **Le logement dans sa multidimensionnalité. Une grande cause régionale**. Belgique: Ministère de la Région Wallone, 2005.

⁴² GIORGIANNI, Michaela.. Il rapporto fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel dialogo fra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani. **Diritti Comparati**, 2014. Disponível em: <<http://www.dirittocomparati.it/2014/07/il-rapporto-fra-la-convenzione-europea-dei-diritti-delluomo-e-la-carta-dei-diritti-fondamentali-dell.html>>. Acesso em 30 mar. 2019.

⁴³ SUDRE, Frédéric. A propos du dynamisme interprétatif de la Cour Européenne des droits de l'homme. **La Semaine Juridique**, França, n. 28, p. 335- 437. jul. 2001.

⁴⁴ CASSETTI, Luisa. Il diritto di ‘vivere con dignità’ nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani. **Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato**, Roma, n. 23, p. 1-17. 2010.

⁴⁵ LEVINET, Michel. La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen. **Revue française de droit constitutionnel**, França, n. 86, p. 227-263. 2011 e PELLOUX, Robert. Les arrêts rendus par la Cour européenne des Droits de l'homme en 1980. **Annuaire français de droit international**, França, vol. 27, p. 286-303. 1981.

⁴⁶ SUDRE, Frédéric. A propos du dynamisme interprétatif de la Cour Européenne des droits de l'homme. **La Semaine Juridique**, França, n. 28, p. 335- 437. jul. 2001.

for necessário, um diálogo construtivo⁴⁷. A via do diálogo construtivo aumenta suas possibilidades de ocorrência na medida em que a Corte se consolida como uma fonte autorizada de direitos e padrões.⁴⁸

2.2.3. Diálogo sob o modo de interpretação antecipatória: diálogo antecipatório

A antecipação implica numa forma de diálogo entre um juiz nacional e um juiz internacional onde o juiz nacional deve se pronunciar antes do controle de convencionalidade efetuado pelo juiz internacional, seja relacionado a temas sobre os quais o tribunal internacional tenha se pronunciado anteriormente ou não.

O diálogo antecipatório é uma manifestação do princípio de subsidiariedade que opera no âmbito dos direitos humanos⁴⁹. Este princípio de subsidiariedade articula a interação entre a proteção nacional e a proteção internacional dos direitos humanos. No âmbito americano cabe ressaltar a particularidade de que “a proteção internacional é de natureza coadjuvante ou complementária em relação àquela que oferece o direito interno dos Estados”. Por essa razão, o juiz nacional, sabendo disso, tem a possibilidade de se antecipar à interpretação dada pelo juiz internacional, propondo-lhe neste sentido uma pauta interpretativa nova, ou melhor, mais protetora. Neste caso, poderíamos dizer, utilizando as palavras de Tizzano, que o importante aqui não é quem tem a última palavra, mas sim quem tem a primeira palavra⁵⁰. Com isso, se realizaria o princípio de que os sistemas de proteção dos direitos humanos seriam complementares e, ao invés de colidirem, se enriqueceriam mutuamente.

A parte mais enriquecedora deste diálogo se poderia encontrar nos casos em que o juiz nacional deve se pronunciar sobre situações de violações dos direitos humanos em que o tribunal internacional não tenha se pronunciado com anterioridade. Nestes casos, o juiz nacional pode liderar o desenvolvimento do direito efetuando uma

⁴⁷ BACH, Natacha ; LUCAS-ALBERNI, Katia. L'utilisation du droit international au service de la politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 317-360. 2007.

⁴⁸ “En quanto a Corte Europeia se consolidou seu papel como fonte primária e oficial de direitos, doutrina e padrões, o interesse que os juízes nacionais têm em engajar construtivamente a Corte num diálogo aumenta”. SWEET, Alec Stone. From the Point of View of National Judiciaries: The Role of National Courts in the Implementation of the Court's Judgments. In: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Dialogue between judges**. Strasbourg. 2014. p. 25. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2014_ENG.pdf>. Acesso em 05 jan. 2015.

⁴⁹ RANDALL, Maya Hertig. Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen. In: BELLANGER, Francois; WERRA, Jacques (Coords.). **Genève au confluent du droit interne et du droit international**: Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société suisse des juristes à l'occasion du congrès 2012. Zürich: Schulthess, 2012. p. 19-59.

⁵⁰ TIZZANO, Antonio. Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH. **Rivista Il Diritto dell'Unione Europea**, Torino, vol. 47, n. 1, p. 29-57. 2011.

interpretação inovadora⁵¹. Ou ainda, se se tratam de casos onde o juiz internacional já tenha se pronunciado, o juiz nacional poderia efetuar uma interpretação extensiva, ampliando o conteúdo protetor dos direitos⁵². Estes casos têm a particularidade de que o juiz nacional antecede ao juiz internacional na interpretação dos direitos, podendo liderar a interpretação dos direitos reconhecidos na Convenção, se alcança que os juízes internacionais de direitos humanos dialoguem positivamente com sua argumentação⁵³.

O diálogo antecipatório do juiz nacional em relação ao juiz internacional é duplamente útil desde a perspectiva do particular. Por uma parte, evita que o particular recorra ao amparo internacional de direitos e, por outra, melhora a efetividade dos direitos, gerando, ao mesmo tempo, um enriquecimento mútuo entre ambas as jurisdições⁵⁴.

2.2.4. Diálogo sob o modo de interpretação neutralizante: diálogo neutralizante

A interpretação neutralizante implica uma limitação direta por parte do juiz interno de convencionalidade das obrigações que emanam da Convenção. Por meio desta interpretação se neutralizam as noções que derivam do direito internacional convencional, desenvolvidas pela jurisprudência autorizada, e se neutraliza o controle de proporcionalidade que o juiz internacional dos direitos humanos possa efetuar. Com isso, se estaria redefinindo, descendente, a extensão do poder do controle do juiz internacional. As principais armas desta estratégia neutralizante do juiz nacional seriam duas: por um lado, a reivindicação da denominada margem de apreciação nacional⁵⁵; por outro lado, em certas ocasiões, manifestando uma ideia inversa da subsidiariedade, também se pretende hastear, para estes efeitos, a bandeira da identidade constitucional nacional⁵⁶.

⁵¹ GOUTTES, Régis de. La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français. **Revue internationale de droit comparé**, França, vol. 51, n. 1, p. 7-20, jan./mar. 1999. Regis De Goutte salienta ainda que o juiz nacional pode encontrar na Convenção Europeia de Direitos Humanos, assim como nos princípios de interpretação por ela desenvolvidos, uma fonte de ampliação de seu poder criador do direito.

⁵² MADELAINE, Colombine. L'anticipation. Manifestation d'un dialogue «vrai» entre juge national et juge européen? **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 129-156. 2007.

⁵³ MILANO, Laure. Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges, **Revue Française de Droit Administratif**, Lyon, n. 3, p. 447-462, maio/jun. 2006.

⁵⁴ MADELAINE, Colombine. L'anticipation. Manifestation d'un dialogue «vrai» entre juge national et juge européen? **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 129-156. 2007 e MILANO, Laure. Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges, **Revue Française de Droit Administratif**, Lyon, n. 3, p. 447-462, maio/jun. 2006.

⁵⁵ ROCA, Javier García. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos**: soberanía e integración. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2009.

⁵⁶ LE POURHIET, Anne-Marie. L'allégeance des juges nationaux au juge européen, **Constitutions**: Revue de droit constitutionnel appliqué, França, n. 3, p. 363-365. 2010 e DUBOIS, Julien. La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 72-96. 2007.

O diálogo através da interpretação neutralizante é definido por Sudre como “uma estratégia de desvio ou prevenção direcionado a neutralizar a interpretação Europeia criando assim, por meio de uma interpretação um pouco forçada do direito nacional, incluso mediante uma espécie de reescrita da lei, uma relação de adequação entre o direito interno e a norma Europeia”⁵⁷. No diálogo conforme existe concordância nas interpretações, enquanto no diálogo neutralizante há submissão na aparência, mas contradições mais ao fundo, o que, por consequência, não permite uma aplicação sistemática e plena das disposições da Convenção e não garante o respeito efetivo às suas normas⁵⁸.

Em definitivo, a interpretação neutralizante anestesia os efeitos principais das normas e da interpretação autorizada dos direitos humanos. A neutralização se produz porque com a interpretação do juiz nacional é possível se apartar da interpretação internacional, sob a aparência de que se entra em diálogo com o juiz internacional, e sem aparecer vulnerando nem a norma, nem a interpretação internacional⁵⁹. Trata-se de uma interpretação efetuada pelo juiz nacional, sem ter a intenção de cumprir com o padrão mínimo proveniente do *corpus iuris* internacional dos direitos humanos⁶⁰.

Neste caso, o juiz nacional interpreta a norma convencional sob a aparência de subscrever a jurisprudência internacional, mas ao final modifica seu conteúdo ou encontra um acomodo para concluir a conformidade do direito nacional com o direito internacional dos direitos humanos⁶¹. Portanto, uma das principais consequências deste diálogo neutralizante é que o juiz nacional fará uma interpretação do direito que não estará conforme à jurisprudência internacional de direitos humanos nem com o nível de proteção que ela garante⁶².

Desde a perspectiva constitucional chilena, será possível pensar em dois casos que serviriam para exemplificar uma interpretação neutralizante. Um é o caso da pílula do dia seguinte, de 2008, e o outro é o caso do requerimento de inconstitucionalidade

⁵⁷ SUDRE, Frédéric. Les dynamiques du droit européen en début du siècle. In: **A propos du dialogue des juges et du contrôle de conventionnalité**: Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Paris: Pedone; 2004; SAGÜES, Néstor Pedro. El 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales**: Hacia un ius constitutionale commune en América Latina. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, 2011. p. 381-417.

⁵⁸ DUBOIS, Julien. La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 72-96. 2007.

⁵⁹ DUBOIS, Julien. La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 72-96. 2007.

⁶⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 10, n. 2, p. 57-140, 2012.

⁶¹ DUBOIS, Julien. La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 72-96. 2007.

⁶² DUBOIS, Julien. La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 72-96. 2007.

do Projeto de Lei que moderniza o sistema de relações trabalhistas de 2016. No primeiro, os juízes constitucionais recorreram não somente ao *corpus iuris* interamericano de direitos humanos, mas também à interpretação da própria Corte IDH para fundamentar sua resolução no sentido de que existia vida passível de proteção constitucional desde o momento da concepção - caso nº 740-2007, julgado pelo Tribunal Constitucional chileno. Recordemos que, ante a pluralidade de relatórios científicos, o Tribunal Constitucional chileno resolveu neste caso que frente a uma dúvida razoável deve prevalecer como critério hermenêutico aquele da norma mais favorável à pessoa humana. Tudo isso em circunstâncias nas quais a Corte IDH sustentou que existe uma pessoa, e, portanto, vida suscetível de ser protegida, desde o momento da implantação (*Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") vs. Costa Rica*). Contudo, se deve reconhecer que esta declaração se fez posteriormente à sentença chilena de 2008. No segundo caso, os juízes constitucionais se apoiaram no *corpus iuris* internacional dos direitos trabalhistas para tentar fundamentar sua decisão de que o direito de sindicalização era um direito individual de exercício individual e, portanto, que unicamente o indivíduo é titular de tal direito, não a organização sindical - caso nº 3016-2016, julgado pelo Tribunal Constitucional chileno.

2.2.5. Diálogo sob o modo de interpretação contraditório: diálogo oposição

O diálogo contraditório ou oposição implica uma contradição com o juiz internacional – interamericano em nosso caso -, fonte de conflitos, contudo criadora de diálogos. No diálogo oposição, há uma clara diferença de interpretações. No diálogo neutralizante existe aparente submissão ao juiz internacional, mas definitivamente sob essa aparente submissão o juiz nacional interpreta a norma para preservar o direito nacional contrário ao direito internacional – interamericano – dos direitos humanos⁶³.

De acordo com Nogueira, a interpretação que ele denomina francamente discordante consiste em que:

a jurisdição interna do Estado considera que a resolução da CIDH constitui uma interpretação que considera incorreta, já que não avaliou corretamente a norma de direito interno, ou deixa de ponderar adequadamente outro direito ou um atributo determinado de outro direito que deve ser considerado. O tribunal nacional, em um novo caso sobre a mesma matéria, expressa seu desacordo com a CIDH fundamentadamente, explicando os motivos do desacordo no respectivo julgado, concretizando um diálogo ascendente com a CIDH⁶⁴.

⁶³ DUBOIS, Julien. La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 72-96. 2007.

⁶⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 10, n. 2, p. 57-140, 2012. p. 97.

Existem certas considerações que tendem a dissuadir da oposição aberta. Iniciando um diálogo com a Corte IDH, o juiz nacional sabe que tem mais possibilidades de injetar seus valores nacionais na tomada de decisões da Corte de San José que se segue a via alternativa, mais custosa, da deserção e conflito aberto.⁶⁵

A seguir examinaremos se os casos Eichin e Antilef e, por certo, também Jorquera, sobre a jurisdição militar no Chile, podem ser considerados uma manifestação do papel preponderante que adquire o juiz em relação aos direitos fundamentais, e, sobretudo, uma expressão da instauração de um diálogo fecundo multinível entre juízes e direitos humanos, em alguma das vias interpretativas que acabamos de mencionar brevemente.

3. A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL SOBRE JURISDIÇÃO MILITAR

Nos casos Eichin e Antilef, ante o Tribunal Constitucional chileno, os juízes constitucionais utilizam o direito internacional dos direitos humanos e a jurisprudência interamericana como apoio e sustento para adotar o voto da maioria. Ambos os casos implicam em um *revirement de jurisprudence* em relação às decisões anteriores do Tribunal Constitucional nesta matéria. O caso Eichin se trata de um requerimento de inaplicabilidade que incide em um processo penal por lesões graves, no qual policiais haviam efetuado um disparo durante uma manifestação pacífica pela educação, e tal disparo impactou e implicou a perda do olho direito de Enrique Eichin Zambrano.⁶⁶ Neste caso, com sentença datada de 6 de maio de 2014, o Tribunal Constitucional indica como inconstitucional, no *cas d'espèce*, a competência militar. Essa é uma jurisprudência constitucional sobre jurisdição militar quando a vítima é um civil. A sentença de maioria do caso Eichin reitera a doutrina e critérios expostos pelos ministros Hernán Vodanovic, Francisco Fernández, Carlos Carmona, Gonzalo García e Juan José Romero no caso de Francisca Jorquera Correa, caso nº 2363-2012, sentença em 14 de janeiro de 2014.

Cabe apontar que o caso Jorquera, anterior ao caso Eichin, versa sobre um processo penal comum que se iniciou em consequência ao tratamento fisicamente vexatório e degradante que havia recebido a estudante Francisca Jorquera Correa por parte dos Carabineiros do Chile - policiais chilenos -, após ser detida durante o

⁶⁵ Ver, *mutatis mutandis*. SWEET, Alec Stone. From the Point of View of National Judiciaries: The Role of National Courts in the Implementation of the Court's Judgments. In: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Dialogue between judges**. Strasbourg. 2014. p. 25. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2014_ENG.pdf>. Acesso em 05 jan. 2015.

⁶⁶ A disposição legal a respeito da qual se efetua um controle de constitucionalidade é o artigo 5, nº 1 e nº 3 do Código de Justiça Militar, por ser contrário ao artigo 1º, 4º e 5º, inciso 2º e 19, números 1, 2 e 3 da Constituição Política. CHILE. Tribunal Constitucional. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 2493-2013. **Rel. Min. Hernán Vodanovic Schnake**. Julgado em 06/05/2014. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica>>. Acesso em 02 fev. 2018.

desenvolvimento de uma jornada de mobilização no dia 23 de agosto de 2012. A gestão pendente em cujo contexto se deduz a ação de inaplicabilidade é de um recurso de apelação por uma declinatória de competência na qual um tribunal de garantia se declarou incompetente a favor da justiça militar pelo delito de limitações ilegítimas e tormentos.

Por sua vez, o caso Antilef trata de Marcos Antilef, carabineiro que foi vítima de tratamentos vexatórios, lesões e limitações ilegítimas – que se qualificam como tortura – por outros carabineiros nas dependências de uma prisão de carabineiros de Palmilla. O juiz de garantia se declarou incompetente e enviou o caso para a justiça militar. O requerimento de inaplicabilidade solicita que se declare a inconstitucionalidade do artigo 5º, nº 3 do Código de Justiça Militar, que outorga à Justiça Militar competência sobre delitos comuns, por violação aos artigos 5º, inciso 2º; 19, nº 3, inciso 6º; e 83 da Constituição. Essa é uma jurisprudência constitucional que se refere a um carabineiro como vítima.

Cabe destacar que, no *cas d'espèce*, as elaborações constitucionais chilenas relativas aos instrumentos e às interpretações provenientes de órgãos jurisdicionais internacionais posicionam o juiz constitucional como um juiz comum de direitos humanos, interagindo com a fonte internacional, ao mesmo tempo em que realiza um controle de convencionalidade, como se descreveu na primeira parte deste trabalho.

3.1. Os direitos reconhecidos em instrumentos internacionais de direitos humanos

Nesta parte se pretende abordar a pergunta de qual é o papel e função dos direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional chileno. Em primeiro lugar, se analisarão os tratados internacionais de direitos humanos como norma fundamental do bloco constitucional de direitos. Em segundo lugar, examinaremos os direitos contidos nestes instrumentos como elementos interpretativos determinantes, e, em terceiro lugar, abordaremos o papel significativo que desempenham os padrões derivados de instrumentos internacionais de direitos humanos.

3.1.1. Norma fundamental do bloco constitucional de direitos fundamentais

Os juízes constitucionais afirmam que o conteúdo dos direitos reconhecidos nos instrumentos internacionais se pode aplicar diretamente como norma fundamental do bloco constitucional de direitos fundamentais⁶⁷. Deste modo, mesmo quando

⁶⁷ ROJAS, Cláudio Nash. **Derecho internacional de los derechos humanos en Chile**: recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, 2012; ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Líneamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos**. Santiago: Librotecnia,

a Constituição chilena não reconheça em seu texto um determinado direito, isto não pode constituir um obstáculo para que o juiz constitucional lhe proporcione adequada proteção. Isso se realizaria por meio do artigo 5º, inciso 2º da Constituição, que abre a mesma aos tratados internacionais ratificados e vigentes no Chile. No caso Eichin, os juízes constitucionais chilenos especificam que no requerimento se encontra abrangendo o respeito ao mandato constitucional contido no artigo 5º, inciso 2º da Constituição Política (Caso nº 2.493-13, Consid. 6ª).

Tal como se pode apreciar nestas considerações do Tribunal, os juízes constitucionais admitem expressamente que os tratados internacionais de direitos humanos, por mandato do artigo 5º, inciso 2º da Constituição podem completar o catálogo constitucional de direitos⁶⁸. A afirmação de princípio que realiza o Tribunal Constitucional constitui uma reiteração de sua jurisprudência constante em relação à proteção que o juiz constitucional pode efetuar com relação a direitos que se encontram amparados em tratados internacionais de direitos humanos. Por exemplo, numa sentença de 13 de maio de 2008, os juízes constitucionais reconheceram na ordem constitucional chilena e proporcionaram amparo ao direito à identidade pessoal, que não se encontra expressamente consagrado no texto constitucional⁶⁹.

Além disso, o artigo 5º, inciso 2º da Constituição Política se transforma na porta de entrada de todo o *corpus iuris* interamericano e internacional dos direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional. O artigo 5º da Constituição é, portanto, o requisito formal para que o procedimento de inaplicabilidade prospere ao encontrar um conflito entre uma norma legal e uma norma de um tratado internacional. Se isso ocorre, se produz a violação do artigo 5º, inciso 2º da Constituição.⁷⁰

2006; ALCALÁ, Humberto Nogueira. La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 6, n. 2, p. 325-370, 2008; GONZÁLEZ, Miguel Ángel Fernández.. La aplicación por los tribunales chilenos del derecho internacional de los derechos humanos. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 8, n. 1, p. 425-442, 2010; ARAVENA, Hugo Tortora. Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile. **Revista de Derechos Fundamentales**, Viña del Mar, n. 7, p. 87-115, 2012 e SILVA, Carolina Machado Cyrillo da. La posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones sudamericanas. **Revista Contextos**, Buenos Aires, n. 5, p. 124-135. 2013. Em um sentido crítico, ver LIZANA, Eduardo Aldunate. **Derechos fundamentales**. Santiago: Legal Publishing, 2008.

⁶⁸ Como no Caso nº 1340-2009, Considerandos 9º e 10º, julgado pelo Tribunal Constitucional chileno.

⁶⁹ “Sobre o particular, devemos ter presente que mesmo quando a Constituição chilena não reconheça expressamente em seu texto [o direito à identidade pessoal], isto não pode constituir um obstáculo para que o juiz constitucional lhe ofereça adequada proteção. O anterior, precisamente por sua estreita vinculação com a dignidade humana e porque tampouco se pode desconhecer que se encontra sim protegido expressamente em diversos tratados internacionais ratificados pelo Chile e vigentes em nosso país, como a Convenção sobre os Direitos das Crianças (artigo 7º), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 24.2) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 18)”. CHILE. Tribunal Constitucional. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 834-07. **Rel. Min. Marisol Peña Torres**. Julgado em 13/05/2008. Considerando 23º. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>. Acesso em 02 fev. 2018.

⁷⁰ No caso Antilef, o Tribunal assinalou: “A vulneração dos direitos a ser ouvida por um juiz ou tribunal competente, num processo público e que seja julgado por um tribunal independente e imparcial, constitui um conjunto de infrações ao artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Esse artigo tem sua

3.1.2. Elemento interpretativo determinante ou papel significativo dos padrões internacionais

O conteúdo dos direitos reconhecidos nos tratados internacionais de direitos humanos pode ser assumido como elemento interpretativo determinante para extrair todos os possíveis significados dos direitos segundo os contextos nos quais aparece. Os juízes constitucionais afirmam, no caso Eichin, que os direitos reconhecidos nos tratados internacionais de direitos humanos podem ser aplicados diretamente, como parte do bloco constitucional de direitos, ou indiretamente, como elemento interpretativo determinante para a plenitude dos direitos que reconhece a Constituição Política. Assim, o Tribunal Constitucional assinala:

que então, a significação de tais direitos nos referidos instrumentos não pode ser inobservado no presente julgamento, seja porque se estime sua aplicação direta como norma fundamental do bloco constitucional de direitos, seja porque se entenda seu conteúdo como uma referência ou elemento interpretativo determinante na plena acepção dos direitos incluídos e reconhecidos pela Constituição Política⁷¹.

Além disso, em Eichin, o Tribunal Constitucional efetua uma leitura conjunta, complementária e que completa a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Constituição Política do Chile, particularmente entre o artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (adiante CADH) e o artigo 19, nº 3 da Constituição. Desde essa perspectiva, se pode sustentar que o Tribunal Constitucional adota, positivamente, um enfoque de direitos seguindo o princípio da proteção integral.⁷² O princípio da proteção integral possui múltiplas funções, porém uma delas consiste nesta interpretação integrada e potencializada dos direitos fundamentais.⁷³ Contudo, deve-se precisar que

correspondência na ordem constitucional chilena através do artigo 5º, inciso segundo da Constituição". CHILE. Tribunal Constitucional. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 2492-13. **Rel. Min. Gonzalo García Pino.** Julgado em 17/06/2014. Considerando 23º. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>. Acesso em 02 fev. 2018.

⁷¹ CHILE. Tribunal Constitucional. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 2493-2013. **Rel. Min. Hernán Vodanovic Schnake.** Julgado em 06/05/2014. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica>>. Acesso em 02 fev. 2018.

⁷² Meléndez comenta que "se no processo de interpretação judicial das normas de direitos humanos se levam em consideração o que sobre cada matéria regula tanto o direito interno como o direito internacional, e se aplica – com uma visão coerentemente racional – a disposição mais favorável ao indivíduo, não somente estaria fazendo uma interpretação integral do sistema jurídico vigente, mas sim se estaria atuando como um juiz justo e racional, como um juiz da Constituição, que respeita os direitos humanos e as liberdades fundamentais". MELÉNDEZ, Florentín. Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. **Estudio constitucional comparado**. Bogotá: Editorial de la Universidad del Rosario-KAS. 2012. p. 132.

⁷³ Sobre este tipo de interpretação na jurisprudência constitucional comparada, ver (STC peruano, nº 2730-2006-PA/TC, par. 15; nº 01412-2007-PA/TC, par. 18). "Estes valores [a liberdade, a justiça e igualdade e o pluralismo político] trazem consigo uma axiologia nuclear na interpretação de todo o direito fundamental, a

a estrutura mínima para esta leitura conjunta é considerar os artigos 8 e 25 da CADH e 19, nº 3 da Constituição. Deste modo, os juízes constitucionais reafirmaram a dupla articulação entre direito internacional dos direitos humanos e direito constitucional.⁷⁴

Da mesma forma, os padrões que derivam dos tratados internacionais de direitos humanos desempenham um papel significativo na análise de constitucionalidade em casos de violação de direitos fundamentais, de acordo à posição tomada em Antilef.⁷⁵ Efetivamente, o Tribunal Constitucional destaca, no caso Antilef, que os padrões contidos nos instrumentos internacionais terão “um papel significativo” em sua jurisprudência.⁷⁶

Neste sentido, quais seriam os novos padrões em matéria de justiça militar? Os novos padrões em matéria de justiça militar a partir da ordem internacional dos direitos humanos se poderiam especificar, por exemplo, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.⁷⁷

Até agora vimos o valor atribuído aos instrumentos internacionais de direitos humanos, e passamos a examinar o valor que representa a jurisprudência internacional na reflexão dos juízes constitucionais.

combinação axiológica respectiva dá como resultado um tipo de estado, que no nosso caso se resolve numa fórmula integrativa”. GÓMEZ, María Isabel Garrido. Aspectos e implicaciones de una interpretación integral-material de los derechos fundamentales. **Derechos y Libertades**: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, n. 10, p. 23-52. 2001. p.27.

⁷⁴“À luz de tais antecedentes, não resta dúvida de que a aplicação conjunta dos preceitos impugnados provoca uma vulneração dos direitos a ser ouvido por um juiz competente, à publicidade do processo e a ser julgado por um tribunal independente e imparcial, com transgressão dos preceitos contidos no artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 19, nº 3 da Constituição Política da República”. CHILE. Tribunal Constitucional. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 2493-2013. **Rel. Min. Hernán Vodanovic Schnake**. Julgado em 06/05/2014. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica>>. Acesso em 02 fev. 2018.

⁷⁵ Os padrões internacionais de direitos humanos se podem compreender como “o conjunto de instrumentos internacionais de direitos humanos, negociados ou aceitos, sejam vinculantes ou não. Em consequência, os padrões incluem documentos vinculantes que codificam ou criam obrigações ou deveres jurídicos, o que se conhece comumente como *hard law*, assim como os documentos não vinculantes que formulam recomendações sobre normas de conduta e políticas públicas que deveriam adotar os Estados, conhecidos como *soft law*”. INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS. **Human Rights Standards**: Learning from Experience International Council on Human Rights Policy. Switzerland: Versoix. 2006. p. 4.

⁷⁶“No exame para acolher este requerimento, terá um papel significativo o estabelecimento de novos padrões em matéria de justiça militar a partir da obrigação imposta ao Estado do Chile, incluindo a esta jurisdição constitucional, em cumprimento ao dever de respeitar e promover os direitos garantidos por esta Constituição e pelos tratados internacionais ratificados e vigentes no Chile”. CHILE, Tribunal Constitucional. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 2492-13. **Rel. Min. Gonzalo García Pino**. Julgado em 17/06/2014. Considerando 17º. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>. Acesso em 02 fev. 2018.

⁷⁷“Que partiremos da análise do artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que estabelece um conjunto de garantias substantivas e procedimentais do devido processo, especialmente, o penal”. CHILE, Tribunal Constitucional. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 2492-13. **Rel. Min. Gonzalo García Pino**. Julgado em 17/06/2014. Considerando 18º. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>. Acesso em 02 fev. 2018

3.2. A jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos

O Tribunal Constitucional, no caso Eichin, assume expressamente uma parte muito relevante do conteúdo operativo do controle de convencionalidade, consistente em admitir que a Corte IDH é a intérprete autêntica da CADH.⁷⁸ Com efeito, neste caso os juízes constitucionais reconhecem expressamente os conteúdos básicos da doutrina do controle de convencionalidade e, em íntima vinculação, conformam as obrigações internacionais do Estado. Um destes deveres consiste na obrigação de adequar o ordenamento jurídico interno aos padrões internacionais, cujas fontes principais são os princípios gerais de direito, o direito consuetudinário e o direito convencional internacional (Caso nº 2493-2013, Consid. 12º). Neste caso em particular, o Tribunal Constitucional estaria referindo-se às disposições da sentença *Palamara Iribarne vs. Chile*, da Corte Interamericana.

Os critérios fixados pela jurisprudência da Corte IDH podem ser considerados, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, como elementos significativos para o raciocínio jurisprudencial e como elementos complementários de análise na prática judicial constitucional. A distinção entre um e outro varia, caso o Estado tenha sido parte ou não no caso interamericano de cuja jurisprudência se trata.

Desta maneira, por um lado, segundo o Tribunal Constitucional chileno, os padrões internacionais de proteção aos direitos humanos desenvolvidos pela jurisprudência derivada de casos nos quais o Estado do Chile é parte se consideram como *elementos significativos* para o raciocínio jurisdicional. De fato, no caso Eichin – que remete ao caso Jorquera -, os juízes constitucionais se referiram à normativa interamericana de direitos humanos e à jurisprudência da Corte IDH, particularmente àquela que emana de processos seguidos contra Chile, como o assunto *Palamara Iribarne vs. Chile*. Neste caso, os ministros mencionados destacam os padrões emanados desta sentença como “significativos” para resolver o requerimento.⁷⁹ Este relevante critério reitera-se no caso Antilef.

Enquanto que, por outro lado, de acordo com os juízes constitucionais chilenos, os padrões internacionais de proteção aos direitos humanos desenvolvidos pela

⁷⁸ “Que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete autêntica da aludida convenção, assentou jurisprudência no sentido de que a justiça militar carece de jurisdição sobre intervenientes civis e que somente pode investigar e sancionar a aferação de bens jurídicos relacionados com a função castrense”. CHILE, Tribunal Constitucional. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 2492-13. **Rel. Min. Gonzalo García Pino**. Julgado em 17/06/2014. Considerando 8º. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>. Acesso em 02 fev. 2018.

⁷⁹ “Que mais significativo para este assunto é a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir da sentença da Corte IDH: *Palamara Iribarne vs. Chile*, Série C, nº 135 a partir desta decisão CIDH/Nº 135/2005. Não é possível fazer uma revisão de uma extensa sentença; contudo, condensaremos alguns padrões a partir do reconhecimento de que Chile violou determinados direitos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos”. CHILE, Tribunal Constitucional. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 2492-13. **Rel. Min. Gonzalo García Pino**. Julgado em 17/06/2014. Considerando 16º. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>. Acesso em 02 fev. 2018

jurisprudência e derivados de casos nos quais o Estado do Chile não tenha sido parte se consideram como um *elemento complementar* de análise. Assim, no caso Eichin – que remete ao caso Jorquera -, os ministros do voto para acolhimento se referem a tais padrões como “um elemento complementar de análise”⁸⁰

Seja como elemento significativo para o raciocínio jurisprudencial constitucional, seja como elemento complementar de análise, o uso que fazem os juízes constitucionais chilenos dos ensinamentos interamericanos refletem, primeiro, um diálogo entre juízes, e, segundo, este diálogo adquire, em nossa opinião, a modalidade de uma interpretação conforme e construtiva, no sentido de que melhora o padrão nacional vigente.

Cabe ressaltar que não se trata da primeira vez que o Tribunal Constitucional recorre ao uso da jurisprudência interamericana. Na maioria das sentenças se utilizou a Opinião Consultiva Colegialidade Obrigatória de jornalistas de 1985 - Opinião Consultiva da Corte IDH OC-5/85, Série A, nº 5, par. 55; Caso nº 2358-12 do Tribunal Constitucional chileno. Em votos separados se utilizou, por exemplo, o caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica; Ricardo Canese vs. Paraguai* e *Tristán Donoso vs. Panamá*, casos onde o Estado do Chile não foi parte - caso nº 1798-10 do Tribunal Constitucional chileno.

4. CONCLUSÃO

Os casos Eichin e Antilef do Tribunal Constitucional Chileno – e também Jorquera – servem para ilustrar a evolução pela qual passou a aplicação do direito internacional dos direitos humanos pela magistratura constitucional nos últimos tempos, e a partir destes exemplos, pode-se analisar se eles são representativos de uma mudança de paradigma jurídico no direito, do surgimento de um novo direito público e do desenvolvimento prático de um diálogo entre juízes. Uma investigação maior da jurisprudência constitucional chilena fora da jurisdição militar é necessária para poder seguir construindo esse argumento.

Poderiam estes casos ser considerados uma amostra do papel protagonista do juiz sob o prisma de um novo paradigma jurídico? Quando o Tribunal Constitucional – nos casos Eichin e Antilef – aplica os instrumentos internacionais de direitos humanos, e sobretudo a jurisprudência interamericana, demonstra esta mudança de paradigma, a qual se materializa pela via de um diálogo conforme.

⁸⁰ “Que, por último, em matéria de padrões, cabe agregar como um elemento complementar de análise o critério que teve a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Radilla Pacheco vs. México*, em sentença de 23 de novembro de 2009, excetuando da jurisdição militar os atos delituosos cometidos por militares a respeito de bens jurídicos não militares. Sendo suas vítimas civis, sob nenhuma circunstância os julgaria a justiça militar”. CHILE, Tribunal Constitucional. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 2492-13. Rel. Min. Gonzalo García Pino. Julgado em 17/06/2014. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>. Acesso em 02 fev. 2018. Considerando 16º. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

Poderiam estes casos constituir um exemplo do papel protagonista do juiz no contexto de um novo direito público? Eichin e Antilef constituem, em nosso modo de ver, exemplos pragmáticos deste novo direito público cuja criação já não releva a autoridade exclusiva do Estado. Neste sentido, o juiz nacional desempenha um papel de destaque. Por isso, o papel protagonista do juiz é que um dos traços distintivos dessa mudança de paradigma e novo direito público. Eichin e Antilef o deixaram sumamente claro. Os juízes constitucionais instauraram um diálogo entre juízes multinível, que aponta a adequar o Código de Justiça Militar e a prática judicial existente a respeito da competência dos tribunais militares, aos padrões mais favoráveis desenvolvidos pretoriamente pelo juiz interamericano. Para estes efeitos, o Tribunal Constitucional recorre aos instrumentos internacionais convencionais, mas, sobretudo, utiliza de forma crescente métodos interpretativos modernos e idôneos no campo dos direitos humanos, demonstrativos de um diálogo crescente de caráter multinível.

Existe nestes casos um diálogo entre juízes? Ainda, Eichin e Antilef demonstram uma tímida mas promissora preocupação dos juízes constitucionais por estabelecer um diálogo com os juízes interamericanos. Do anterior, demonstra não somente a referência à jurisprudência relativa ao Chile, tal como no caso Palamara Iribarne, e também o uso da jurisprudência referente a outros Estados partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tal como o caso *Radilla Pacheco vs. México*. Em Eichin e Antilef, os juízes constitucionais adequaram o Código de Justiça Militar e, além disso, a interpretação que até o momento provinha da prática judicial, aos padrões estabelecidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e à interpretação da Corte IDH. Por essa razão, como se sustentou ao largo desse estudo, se poderia sustentar que o Tribunal Constitucional chileno, em Eichin e Antilef, instaurou um diálogo com os juízes interamericanos sob a modalidade da interpretação conforme. Antes do desenvolvimento deste artigo, e posteriormente a essas sentenças, a Corte Suprema se uniu sistematicamente ao critério fixado pelo Tribunal Constitucional, estabelecendo de forma horizontal um frutífero diálogo conforme. Por fim, veremos se no futuro o Tribunal Constitucional persistirá nesta vontade de estabelecer um diálogo multinível entre juízes que aponte não à submissão mas sim à prevalência da solução mais favorável ao indivíduo.

5. REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad**. México: Ubijus, 2014.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 10, n. 2, p. 57-140, 2012.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 6, n. 2, p. 325-370, 2008.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos**. Santiago: Librotecnia, 2006.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël. La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution?, **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, [s.l.], vol. 18, p. 148-153, 2005.

ARAVENA, Hugo Tortora. Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile. **Revista de Derechos Fundamentales**, Viña del Mar, n. 7, p. 87-115, 2012.

BOGDANDY, Armin Von. Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea. In: PÉREZ, L. R. G.; VALADÉS, D. (Coords.). **El constitucionalismo contemporáneo**. Homenaje a Jorge Carpizo. México: Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2013. p. 39-66.

CASSETTI, Luisa. Il diritto di 'vivere con dignità' nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani. **Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato**, Roma, n. 23, p. 1-17. 2010.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Diálogo judicial multinivel. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (Coord.). **Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad**. Santiago: Librotecnia, 2013. p. 55-102.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar; ALCALÁ, Humberto Nogueira. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. In: **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 84, p. 13-43, jan./jun. 2016.

CHILE. Tribunal Constitucional. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 2493-2013. **Rel. Min. Hernán Vodanovic Schnake**. Julgado em 06/05/2014. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica2>>. Acesso em 02 fev. 2018.

CHILE. Tribunal Constitucional. Requerimento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 834-07. **Rel. Min. Marisol Peña Torres**. Julgado em 13/05/2008. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>. Acesso em 02 fev. 2018.

CHILE, Tribunal Constitucional. Requerimento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad nº 2492-13. **Rel. Min. Gonzalo García Pino**. Julgado em 17/06/2014. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>. Acesso em 02 fev. 2018.

CHILE. Corte Suprema de Chile. **Caso Conselhos de Guerra nº 27.543-16**. 2016. Disponível em: <<http://www.pjud.cl/corte-suprema>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

CHILE. Tribunal Constitucional. Requerimento de Inaplicabilidade por Inconstitucionalidade I-21-2016, RUC 16-2-0173337-9. **Rel. Min. Pilar Arellano Gómez**. Julgado em 04/07/2016. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente?rol=3119>>. Acesso em 30 fev. 2015.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Pedido nº 44759/98 (caso de Ferrazzini contra Itália). Par. 26. Julgado em 12/07/2001.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Pedido nº 6538/74 (caso do Sunday Times contra o Reino Unido). Par. 61. Julgamento em 26/04/1979.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso "Niños de la Calle" - Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Julgado em 19/09/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-17/02. Condíção Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Publicada em 28/08/2002.

DUBOIS, Julien. La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 72-96. 2007.

DULITZKY, Ariel. E.. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, Texas, vol. 50, n. 1, p. 45-93, dec./feb. 2015.

GIORGIANI, Michaela.. Il rapporto fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel dialogo fra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani. **Diritti Comparati**. 2014. Disponível em: <<http://www.dirittocomparati.it/2014/07/il-rapporto-fra-la-convenzione-europea-dei-diritti-delluomo-e-la-carta-dei-diritti-fondamentali-dell.html>>.

GÓMEZ, María Isabel Garrido. Aspectos e implicaciones de una interpretación integral-material de los derechos fundamentales. **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, n. 10, p. 23-52. 2001.

GONZÁLEZ, Miguel Ángel Fernández. La aplicación por los tribunales chilenos del derecho internacional de los derechos humanos. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 8, n. 1, p. 425-442. 2010.

GOUTTES, Régis de. La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français. **Revue internationale de droit comparé**, França, vol. 51, n. 1, p. 7-20, jan./mar. 1999.

GRABARCZYK, Katarzyna. Dialogue des juges: éléments d'analyse. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 10-41, 2007.

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS. **Human Rights Standards: Learning from Experience International Council on Human Rights Policy**. Switzerland: Versoix. 2006.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Reservations to the Convention on Genocide**, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/4285.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

LAVADE, Anne. Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de systèmes, **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, França, n. 18, p. 133-137. 2005.

LE POURHIET, Anne-Marie. L'allégeance des juges nationaux au juge européen, **Constitutions: Revue de droit constitutionnel appliqué**, França, n. 3, p. 363-365. 2010.

LEVINET, Michel. La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen. **Revue française de droit constitutionnel**, França, n. 86, p. 227-263. 2011.

LIZANA, Eduardo Aldunate. **Derechos fundamentales**. Santiago: Legal Publishing, 2008.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 9, n 2, p. 531-622. 2011.

MADELAINE, Colombine. L'anticipation. Manifestation d'un dialogue «vrai» entre juge national et juge européen? **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 129-156. 2007.

MARTENS, Paul. L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles. In: **Le dialogue des juges**. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice. Bruxelles: Bruylant, 2007.

MAUS, Didier. **La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne et la Protection des Droits de l'Homme en Europe**. 2004. Disponível em: <http://www.us-rs.si/media/zbornik.pdf>. Acesso em: 31 fev. 2018. p. 14-26.

MELÉNDEZ, Florentín. Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. **Estudio constitucional comparado**. Bogotá: Editorial de la Universidad del Rosario-KAS. 2012.

MILANO, Laure. Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges, **Revue Française de Droit Administratif**, Lyon, n. 3, p. 447-462, maio/jun. 2006.

MOTOLESE, Luisa. **La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo**: Tecniche di decisione e criteri di interpretazione conforme alla Convenzione Europea. 2013. Disponível em: <<http://www.contabilita-pubblica.it/2013/Dottrina/Motolese.pdf>>. Acesso em 5 jan. 2015.

PELLOUX, Robert. Les arrêts rendus par la Cour européenne des Droits de l'homme en 1980. **Annuaire français de droit international**, França, vol. 27, p. 286-303. 1981.

RANDALL, Maya Hertig. Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen. In: BELLANGER, François; WERRA, Jacques (Coords.). **Genève au confluent du droit interne et du droit international**: Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société suisse des juristes à l'occasion du congrès 2012. Zürich: Schulthess, 2012. p. 19-59.

RIOCHET, Diana. La conformité. L'interprétation conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 97-128. 2007.

ROCA, Javier García. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos**: soberanía e integración. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2009.

ROJAS, Cláudio Nash. **Derecho internacional de los derechos humanos en Chile:** recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, 2012.

ROLLAND, Patrice. Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme. In: ROUSSEAU, D.; SUDRE, F. (Coords.). **Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Droits et Libertés en Europe.** Paris: Éditions S.T.H., 1990. p. 70-74.

SAGÜES, Néstor Pedro. El 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: Hacia un ius constitutionale commune en América Latina.** México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, 2011. p. 381-417.

SILVA, Carolina Machado Cyrillo da. La posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones sudamericanas. **Revista Contextos**, Buenos Aires, n. 5, p. 124-135. 2013.

SUDRE, Frédéric. Les dynamiques du droit européen en début du siècle. In: **À propos du dialogue des juges et du contrôle de conventionalité:** Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Paris: Pedone, 2004.

SUDRE, Frédéric. A propos du dynamisme interprétatif de la Cour Européenne des droits de l'homme. **La Semaine Juridique**, França, n. 28, p. 335- 437. jul. 2001.

SUDRE, Frédéric. Avant-propos. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 7-9. 2007.

SUDRE, Frédéric. **Droit européen et international des droits de l'homme.** Paris: PUF, 2003.

SUDRE, Frédéric. **L'interprétation dynamique de la Cour Européenne dès Droits de l'homme.** Disponível em: <http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge11.html#fn302>. Acesso em 03 jan. 2015.

SUXE, Hervé. La dimension objective du dialogue des juges. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 158-191. 2007.

SWEET, Alec Stone. From the Point of View of National Judiciaries: The Role of National Courts in the Implementation of the Court's Judgments. In: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Dialogue between judges.** Strasbourg. 2014. p. 25. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2014_ENG.pdf>. Acesso em 05 jan. 2015.

TALBOT, Margaret. Supreme Confidence: The Jurisprudence of Justice Antonin Scalia. **The New Yorker**, 38 mar. 2005. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/magazine/2005/03/28/supreme-confidence>>. Acesso em 04 abr. 2019.

TIZZANO, Antonio. Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH. **Rivista Il Diritto dell'Unione Europea**, Torino, vol. 47, n. 1, p. 29-57. 2011.

TRIA, Lucia. La tutela dei diritti fondamentali. In: **Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale.** L'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro. 2014. p. 34. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_274.pdf>. Acesso em 31 fev. 2018.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão, BVerfGE 37, 27, Caso Handelsgesellschaft, ("Solange I"). Julgado em 29/05/1974. Disponível em: <<https://www.bundesverfassungsgericht.de>>.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão, BVerfGE 73, 339, 2 BvR 197/83, Caso "Solange II". Julgado em 22/10/1986. Disponível em: <<https://www.bundesverfassungsgericht.de>>.

TULKENS, Françoise; VAN DROOGHENBROECK, Sébastien. Le droit au logement dans la Convention Européenne des Droits de l'homme. Bilan et Perspectives. In: BERNARD, Nicolas.; MERTENS, Charles. (Orgs.). **Le logement dans sa multidimensionnalité. Une grande cause régionale.** Belgique: Ministère de la Région Wallone, 2005.

BACH, Natacha ; LUCAS-ALBERNI, Katia. L'utilisation du droit international au service de la politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme. **Cahiers de l'IDEDH**, Montpellier, n. 11, p. 317-360. 2007.

WILDHABER, Luzius. La giurisprudenza evolutiva della Corte europea dei diritti umani. **Pace e diritti umani**, Venezia, n.1, p. 15-27. gen./apr. 2004.



Estado, democracia e corrupção: equações complexas

State, democracy and corruption: complex equations

ROGÉRIO GESTA LEAL^{1,*}

¹ Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil)

gestaleal@gmail.com

Recebido/Received: 24.05.2018 / May 24th, 2018

Aprovado/Approved: 30.04.2019 / April 30th, 2019

Resumo

As perspectivas que cientistas políticos e juristas vêm tendo sobre o futuro o Estado Democrático de Direito na Sociedade de Riscos tem sido mais pessimista do que otimistas, em especial quando o fenômeno da corrupção é levado em conta para os fins de pensarmos a própria Democracia. Em face disto é que o presente texto pretende discutir como tem se dado esta equação entre Estado, Democracia e Corrupção, quais seus pontos mais frágeis e o que podemos fazer para superar os aspectos negativos que ela apresenta. Para tanto, vamos buscar elementos teóricos e pragmáticos que proponham formas e instrumentos objetivos para tal escopo.

Abstract

The perspectives that political scientists and lawyers are having about the future Democratic State of Law in the Society of Risks have been more pessimistic than optimistic, especially when the phenomenon of corruption is taken into account for the purposes of thinking Democracy itself. Therefore, the present text intends to discuss how this equation has been given between State, Democracy and Corruption, what are its most fragile points and what we can do to overcome the negative aspects that it presents. To this end, we will seek theoretical and pragmatic elements that propose objective forms and instruments for such scope.

Palavras-chave: Estado; democracia; corrupção; Sociedade de Riscos; mercado.

Keywords: State; democracy; corruption; Society of Risks; market.

Como citar esse artigo/How to cite this article: LEAL, Rogério Gesta. Estado, democracia e corrupção: equações complexas. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 91-106, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i1.59564.

* Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor da FMP (Palhoça-SC, Brasil). Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Tré, Universidad de La Coruña – Espanha (A Coruña-España) e Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ (Brasília-DF, Brasil). Coordenador do Projeto de Pesquisa Internacional sobre Patologias Corruptivas. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: gestaleal@gmail.com.

SUMÁRIO

1. Notas Introdutórias; **2.** Desafios à Democracia na Sociedade de Riscos; **3.** A corrupção como fenômeno mundial; **4.** Considerações Finais; **5.** Referências.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

As relações entre Estado, Democracia e Corrupção sempre foram tensas e marcadas por profundos desafios; a uma, porque a história tem demonstrado que estes elementos se entrecruzam constantemente, ora tendo protagonismo um, ora outro; a duas, porque o presente evidencia que a complexidade cada vez mais intensa nas relações pessoais e institucionais não tende a se esvair, ao contrário, registra força, riscos e perigos cada vez mais inéditos, provocando adaptações, ações e reações de todos e para todos.

No presente texto pretendemos tratar destes temas, a partir da interlocução de vários autores que tem pensado principalmente a Sociedade de Riscos em que vivemos e como ela impacta a Democracia, em especial o fenômeno da corrupção enquanto resultado tópico destes cenários.

2. DESAFIOS À DEMOCRACIA NA SOCIEDADE DE RISCOS

Podemos concordar com a assertiva de que os tempos de crises econômicas, políticas e institucionais que temos vivido nos últimos anos têm posto ao nosso cotidiano sérios perigos e riscos os mais diversos, inclusive ameaçadores de liberdades e garantias constitucionais. Nestes tempos, a tentação em desconsiderar tais liberdades e garantias está num dos seus pontos mais altos, enquanto a efetividade dos tradicionais *checks and balances* dos Poderes do Estado e o controle do Mercado e das relações de poder engendradas está num dos seus níveis mais baixos.

Em tempos de crises frequentemente também se argui que determinadas conquistas normativas civilizatórias, eventualmente, podem ser repensadas ou flexibilizadas enquanto prerrogativas que são usufruídas somente em tempos de paz e tranquilidade. Assim, é precisamente nestes tempos que as garantias constitucionais à proteção de direitos e liberdades são postas a prova. Isto nos autoriza a sustentar que os compromissos políticos normatizados internacional e nacionalmente de preservar e manter tais prerrogativas da cidadania devem ser conformados com a cautela sob pena de se transformar os pactos civilizatórios constitucionalizados em suicídio coletivo.¹

¹Uma crítica à flexibilização de direitos e garantias fundamentais é feita por GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

Por certo que há tensões múltiplas entre valores democráticos e respostas para emergências sociais, institucionais, políticas, econômicas, notadamente quando envolvem riscos e perigos coletivos substanciais, não só quando estamos diante de ameaças terroristas decorrentes dos mais diversos fundamentalismos, mas também quando lidamos com o crime organizado, a lavagem de dinheiro, o tráfico de drogas, de pessoas, de armas, etc., que configuram hoje nichos de Mercado em crescente desenvolvimento descontrolado.² Por tais razões, Philip Heymann sustenta que países democráticos, diante de sérias ameaças ao seu cotidiano, devem manter e proteger a vida e as liberdades necessárias que sustentam esta Democracia, sob pena da perda destes elementos transformar uma saudável e diversificada nação em território dividido e violento.

Ao mesmo tempo, exigências e crises agudas têm desafiado igualmente boa parte dos conceitos da Democracia Constitucional Liberal e Social, muitos deles ampliados no constitucionalismo do século XX, por conta das demandas sociais crescentes e complexas, o que faz surgir, progressivamente, questionamentos sobre qual a extensão, se necessário, da periclitação de valores democráticos fundamentais que pode ser justificada em nome da sobrevivência da própria ordem democrática constitucional? E se elas podem ser justificadas por argumentos públicos razoáveis sob o ponto de vista da legitimidade democrática, em que medida o governo democrático constitucional pode defender ações de Estado sem transformá-lo em regime autoritário?

Tomemos o exemplo dos limites de poder do governo em situações de extrema instabilidade ou demandas sociais urgentes que levam ao fortalecimento conjuntural de um Poder em relação a outro, como é o caso do Executivo em face do Legislativo. Outra forma destas migrações de hegemonia de Poderes é aquela que diz com tradições republicanas e presidencialistas distorcidas – também no Brasil –, nas quais histórica e culturalmente o Poder Executivo tem exercido protagonismo quase que totalitário.

Nesta história de tradição de concentração de poderes nas mãos do Executivo, a habilidade do governo em agir rapidamente, de forma por vezes pouco transparente, mas decisiva contra as ameaças detectadas (algumas reais, outras muito dimensionadas simbolicamente, outras ainda inexistentes), tem feito com que se justifiquem – não raro de forma equivocada - estes comportamentos como processos quase naturais da Política.

De qualquer sorte, crises tendem a expandir poderes governamentais nas mãos daqueles que tem as competências de responder por elas de forma mais direta e ágil, assim como, por vezes, contrair liberdades individuais. Poderes recentemente criados e aprimorados nestas circunstâncias são afirmados pelos governos como necessários para responder aos desafios da comunidade. O problema é que não podemos trata-los

²SANTANO, Ana Cláudia. Uma introdução ao estudo da corrupção política nas sociedades democráticas dentro do paradigma do estado de direito. **Paraná Eleitoral**, v. 4, p. 123-138, 2015.

como respostas ou ações/reações diretas e definitivas do Executivo em ambientes de crise (modelo permanente de Estado de Emergência), mas como procedimentos de crise a serem avaliados em prestações de contas precisas e amplas a posteriori, passíveis de controles públicos a qualquer tempo.³

Determinadas condições de extrema instabilidade política e social criadas por ações violentas, e não precisamos falar de macro problemas internacionais, como o terrorismo, pois, no Brasil, podemos ficar com a recente experiência da intervenção federal civil no Rio de Janeiro, com as forças armadas⁴, tem gerado percepções e conclusões distorcidas sobre adequadas e permanentes políticas públicas preventivas e curativas de Estado a serem tomadas, marcadas, não raro, por radicalismos disjuntivos associados a discriminações étnicas e ideológicas de minorias⁵. Alguns autores chegam a defender que: “*as almost always happens, the individuals whose rights are sacrificed are not those who make the laws, but minorities, dissidents, and noncitizens. In those circumstances, ‘we’ are making a decision to sacrifice ‘their’ rights—not a very prudent way to balance the competing interests.*”

Esta forma de compreensão destes temas, como quer Stone, se afigura hoje como politicamente incorreta, razão pela qual poucos a sustentam, mas muitos acreditam em suas premissas, basta atentarmos para a forma cotidiana como alguns governos tratam problemas sociais graves com regras e procedimentos de exceção. Mas quanto disto pode suportar a ordem constitucional contemporânea?

Um grupo de argumentos tem focado estas discussões sobre a ideia dos riscos de ações irracionais que os governos poderiam provocar se assim agissem, devido ao sentimento de pânico generalizado causado por patologias que afigem o cotidiano de instituições e pessoas.⁶ Outra classe de argumentos sugere que o governo deveria agir sempre racionalmente, mas não para maximizar o bem-estar de toda a política; ao invés disto, ele deveria externalizar parcial ou totalmente os custos de segurança para todos os grupos sociais – e não somente para as maiorias, definindo então quais as que iria atender.

Ambas as perspectivas operam a partir do que podemos chamar de Teoria das Falhas Democráticas, a uma, pelo fato de que geralmente não é claro o que é levado

³Ver o interessante texto de LEIGHNINGER, Matt. **The Next Form of Democracy**. Nashville: Vanderbilt University Press, 2012. Ver também o documento The administration of justice during states of emergency, do Alto Comissariado das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, conforme o acesso no site <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9chapter16en.pdf>>.

⁴A intervenção federal no Rio de Janeiro é a primeira na vigência da Constituição de 1988, na qual as polícias civil e militar, mais o corpo de bombeiros, junto com o sistema prisional do Estado ficam sob a responsabilidade de um general do Exército.

⁵Ver o texto de COLE, David. **Their Liberties, Our Security: Democracy and Double Standards**. In <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1928&context=facpub>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

⁶Ver o texto de APPADURAI, Arjun. La nueva lógica de la violencia. **Revista de Occidente**, Madrid: Fundación Ortega y Gasset, número 266-267, julio 2003. p. 67- 82.

em conta para detalhar a relação entre situação de emergência e medidas para efetivamente enfrentá-las; a duas, porque não se afere com profundidade, anterioridade e permanência, como devem ser enfrentadas estas emergências, com que procedimentos mais adequados para os fins de cumprimento com as obrigações constitucionais e infraconstitucionais vigentes.

De qualquer sorte, podemos concluir que dentre as falhas democráticas mais catastróficas para a sustentabilidade legitima das relações de poder hodiernas – institucionais e sociais – encontra-se o fenômeno da corrupção generalizada e tópica, pois aflige países desenvolvidos e em fase de desenvolvimento, criando situações de fragilização imensa das relações sociais.

3. A CORRUPÇÃO COMO FENÔMENO MUNDIAL

Os esforços anticorrupção deveriam não apenas detectar, desencorajar e punir formas particulares de corrupção – a despeito de representarem valores indiscutíveis –, mas deveriam também e fundamentalmente abordar problemas mais profundos que se encontram nas suas causas altamente complexas e dispersas no âmbito das relações institucionais e sociais (globais e locais).⁷

O fenômeno da corrupção sempre esteve muito presente em rotas de conflito de poder entre instituições públicas, privadas, interesses pessoais e corporativos, e tais espaços, com seus acordos de convivência e sobrevivência conjunturais, por mais paradoxal que seja, tem auxiliado na melhor configuração de estruturas (também públicas e privadas) de contenção e prevenção à corrupção.⁸

Frequentemente os processos e procedimentos anticorruptivos, para além de ampliar nossos horizontes sobre as perspectivas positivas de ação e reação à corrupção, também tem gerado mudanças de posturas institucionais e sociais no sentido de sermos menos tolerante em face destes problemas todos.⁹

Veja-se que debates sobre política, em termos históricos e ao menos no Ocidente, como lembra Carl Friedrich¹⁰ operavam já com a antiga premissa de que o Rei não pode fazer nada de errado. Ocorre que hoje o Estado/Governo contemporâneo não

⁷ BUTELEIR, Alfonso. Los sistemas para el control de la corrupción pública en el orden global. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 239-261, set./dez. 2017.

⁸ FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 91-112, mai./ago. 2018.

⁹ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

¹⁰ FRIEDRICH, Carl J. **Limited Government**: A Comparison. Englewood Cliffs: Gallie, 1974. p. 27. Lembra o autor que na própria Idade Média, “*Legislation played only a secondary role in the medieval governmental process. Laws were few and legislation rare, and medieval constitutionalism could thus concentrate its attention on the problem of the regulation of the abuse of the monarchic executive's power*”.

é considerado entidade legal totalmente impessoal, mas encarnação viva de heranças comportamentais as quais alcançam distantes e sombrios tempos passados, que o constituem no presente, direta ou indiretamente.

Nem todo o Estado pré-moderno, moderno e contemporâneo se constituiu dessa forma, por óbvio, mas a noção da corrupção quando cotejada em seus contextos demandam limites que são colocados sobre, fundamentalmente, os agentes públicos, os quais, por sua vez, são mantidos – em tempos de câmbios políticos profundos e redesenhos na formatação e no exercício do Poder – através de contenções efetivadas por centros de controles deste Poder (controles internos e externos).¹¹

Se o soberano pode ter outros interesses e poderes para se preocupar (que não os públicos exclusivamente), ele também pode ser responsável por isto, eis que a história da política tem demonstrado que desde sempre grupos intermediários da soberania popular no exercício da gestão de interesses comunitários – partidos políticos, grupos de pressão, segmentos do Mercado –, foram mais diligentes no atendimento de demandas próprias do que comunitárias. Inclusive quando o pluralismo político teve lugar mais expressivo na arena pública os controles por abusos cometidos eram deficitários, justamente em face dos níveis de comprometimento no enfrentamento da corrupção.

Daí porque podemos falar da emergência do papel moderno da política.

É certo a urgente necessidade de impormos limites à corrupção, mas isto requer explícitas e eficientes ferramentas adequadas, desde normas jurídicas voltadas para isto, passando por políticas públicas e privadas preventivas,¹² e controle jurisdicional e social incisivo. Claro que na base de tais elementos temos a premissa de que o conceito de limitação do poder que estamos utilizando não se refere fundamentalmente à diminuição da presença do Estado nas relações sociais e institucionais – inclusive do Mercado – (própria de modelos extremamente liberais), mas o que se pretende é evitar o abuso de autoridade e o desvio de poder.¹³

Não há como conter a política enquanto fenômeno plural intersubjetivo e interinstitucional, ela sempre estará exposta a riscos e perigos de cooptação por forças ilícitas as mais variadas, inclusive aquelas vinculadas à corrupção.

Sob outro ponto de vista, também é preciso termos presente que a arte da Política sempre esteve muito associada com o exercício e a defesa do poder instituído, e isto, ao fim e ao cabo, representava (e ainda representa) em muito autoenriquecimento de alguns protagonistas envolvidos.

¹¹ GESTA LEAL, Rogério. Corrupção, democracia e mercado: horizontes turvos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 303-329, maio/ago. 2017.

¹² BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho

Curitiba: Íthala, 2014.

¹³ LEAL, Mônica Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. Relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: a corrupção como fenômeno multicultural e a afetação dos direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 175-192, out./dez. 2018.

Muitos sistemas de governos de certo modo têm operado com a lógica do que podemos chamar de reciprocidade, e com a noção de soberano enquanto corporificação pessoal da virtude. O problema é que pautas de reciprocidade não poderiam significar liberdade para tudo, desconsiderando limites significativos que o Estado de Direito e a Democracia Modernos constituiram para o exercício de qualquer forma de poder (pública ou privada),¹⁴ envolvendo concepções vinculadas constitucional e infraconstitucionalmente de deveres éticos e morais para o Administrador Público e Mercado.

É igualmente incontestável que o crescimento das demandas sociais de forma desordenada e massivamente consumista vai gerando situações de instabilidades comportamentais com consequências nefastas em termos de violações de direitos fundamentais individuais e sociais,¹⁵ ao mesmo tempo em que forma novas tipologias de grupos intermediários de poder – como lobistas de segmentos do Mercado que operam sob a base de tráfico ilícito de influência e corrupção.¹⁶ A análise de Theobald no ponto é acertada: *"Wars, the acquisition of territory, and the emergence of extractive functions such as taxation and the courvée meant that sovereigns increasingly needed political support and effective work by minions whom they could not easily oversee or coerce"*.

Estas mudanças fazem surgir práticas tais como ter governos e mercados negociações com grupos por vezes minoritários para conseguir consensos conjunturais aptos a viabilizar interesses (lícitos e ilícitos) das mais diversas ordens. E nestas negociações – que costumam ocorrer ordinariamente entre os hegemônicos segmentos de poder – a ética e o mérito legítimos e legais têm instáveis presenças, fazendo com que o interesse público seja muito mais espoliado do que servido.¹⁷

Por tais razões discordamos de Scott, para quem, já no século XIX, quando os privilégios comportamentais da aristocracia e seus aliados começaram a ser limitados pelos governos democráticos modernos, o conceito de interesse público como propriedade privada dos donos do poder desaparece, passando-se a considerar o Estado como entidade moral e o exercício da autoridade pública como dever.¹⁸ Este conceito não desaparece, mas se transforma, no sentido de que passa a ser cooptado por estratégias de aparente regularidade formal, via processos legislativos corrompidos em suas

¹⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Essay on the constitutional promises of democracy and republic*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 85-100, set./dez. 2017.

¹⁵ BLANCHET, Luiz Alberto; MARIN, Tâmera Padoim Marques. A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 267-294, jan./mar. 2018.

¹⁶ Sob o ponto de vista mais filosófico e sociológico, ver os trabalhos de: (i) CASTEL, Robert. *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?* Paris: Edition du Seuil, 2003; (ii) AXEL, Honneth. *La Sociedad del Deprecio*. Madrid: Trotta, 2005.

¹⁷ Ver o texto de FERRY, Luc. **Diante da crise**: materiais para uma política de civilização. Rio de Janeiro: Editora Difel, 2010.

¹⁸ SCOTT, James C. **Comparative Political Corruption**. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, 1972.

finalidades reais, execuções orçamentárias de órgãos públicos fraudulentas, contratos administrativos viciados, etc.¹⁹

Estes conflitos persistem hoje.

No cenário internacional, a Tailândia, em sua nova Constituição, incluiu dispositivos específicos sobre políticas extensivas anticorrupção, desenhados a partir de ampla discussão envolvendo movimentos políticos e sociais organizados para resistir aos abusos cometidos por agentes militares, do Mercado e funcionários públicos do Estado.²⁰

Demandas para abertura maior no âmbito das relações políticas e institucionais têm sido cada vez mais intensas, e tomadas como essenciais à luta contra a Corrupção, o que tem envolvido esforços imensos para eliminar os chamados fundos secretos presidenciais (recursos públicos cuja disposição é facilitada para os governos), e diminuir o financiamento privado de campanhas eleitorais dos partidos hegemônicos.²¹

Na mesma direção tem caminhado a experiência chinesa nos últimos anos, verificando que amplos desequilíbrios entre a contínua liberalização econômica extensiva e a ausência de reformas do sistema político tem dado causa a vários tipos de comportamentos corruptivos, principalmente no âmbito de serviços e obras públicas.²²

Na Europa é a realidade e experiência de cada país com o tema que vai gerar diferentes tipos de regulamentações e políticas públicas. Na Suécia e Dinamarca, esta questão não está na agenda política cotidiana, e sequer tem chamado o debate público social, isto porque seus índices de corrupção são ínfimos.²³ Por outro lado, até em face de circunstâncias similares às da Suécia e Dinamarca, vários Estados da própria União Europeia ainda não adaptaram suas legislações domésticas em face dos tratados e

¹⁹ Tratamos disto no livro LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade:** novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Ver também o texto LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

²⁰ Ver o documento Thailand Corruption Report, publicado no sítio <<http://www.business-anti-corruption.com/country-profiles/thailand>> (acesso em 17 jul. 2017), dizendo que: "All levels of Thai society suffer from endemic corruption. Even though Thailand has the legal framework and a range of institutions to effectively counter corruption, companies may regularly encounter bribery or other corrupt practices. Ousted former Prime Minister Yingluck recently went on trial for negligence and other offences related to the allegedly corrupt implementation of a rice subsidy scheme that reportedly cost the state USD 16 billion. The Organic Law on Counter Corruption criminalises corrupt practices of public officials and corporations. The Thai Penal Code criminalises active and passive bribery of public officials by persons operating in the public or private sector but excludes facilitation payments".

²¹ Ver o texto México social: corrupción, el problema en aumento. **Excelsior**, edição de 17 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/04/25/1159590>>. Diz o periódico que: "De acuerdo con el Inegi, el 83% de la ciudadanía a nivel nacional, considera que la corrupción es frecuente o muy frecuente en sus estados; destaca asimismo que, en 2015, hubo una entidad, Sinaloa, en donde la corrupción fue percibida como el principal problema de la entidad, aun por arriba de la inseguridad".

²² Ver o texto de JOHNSTON, Michael, and HAO, Yufan. China's Surge of Corruption. **Journal of Democracy**, vol. 6, n. 4, p. 80–94, 1995.

²³ Ver o excelente trabalho jornalístico de WALLIN, Claudia. **Um país sem excelências e mordomias**. São Paulo: Geração Editorial, 2014.

convenções internacionais para o combate da corrupção que foram gerados no período, o que causa certo desequilíbrio de forças preventivas e curativas contra o fenômeno da corrupção.

Um dos pontos talvez que tenha oportunizado convergência de política pública anticorrupcionária seja a das novas diretrizes da Comunidade Europeia para os Contratos Públicos e as Licitaciones, ampliando os níveis de transparência destes atos e, consequentemente, os controles consecutórios, tomando em conta aqui o fato de que desde a Resolução do Parlamento Europeu de 15 de dezembro de 1995 já há claras orientações neste sentido.²⁴

Algumas outras convergências podem ser detectadas em termos de legislação que tende a se uniformizar mais entre os países europeus, equilibrando desde multas e penas, leves e pesadas, dependendo o tipo de corrupção levada a cabo; há normas internas que penalizam de igual forma corruptor e corrompido; em certos Estados-membros somente se penaliza por ato corruptivo o agente público, não o privado que se envolveu de alguma maneira (a não ser por eventual enquadramento em crime contra a administração pública).²⁵ Mas são poucos os casos de corrupção nos últimos anos que redundaram em processos de apuração e responsabilização, informa Bernardo Mattarella que:

*Sono pochi in tutti gli Stati membri i casi di corruzione di fatto sfociati in processi, forse perché di rado ne sono coinvolti dei singoli che abbiano riportato un danno diretto ai loro interessi e che pertanto sporgono denuncia alle autorità pubbliche. Inoltre i sistemi giudiziari sono spesso oberati di lavoro e riluttanti a occuparsi di tali casi.*²⁶

Jaime Rodriguez-Arana Muñoz indica que há brechas nas legislações dos Estados da Comunidade Europeia em pontos muito similares, dentre os quais: (a) relacionados às condutas de pedidos de suborno que não são aceitas pelo agente público;

²⁴ Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Sobre o tema da transparência e da corrupção em licitações e contratos, ver: AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015; FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016; JURUEA, Cynthia Gruenling; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. O cumprimento das informações acerca das licitações e contratos celebrados nos portais da transparéncia: uma análise qualitativa de municípios do Rio Grande do Sul. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 281-307, out./dez. 2017.

²⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Self-cleaning in public procurement: operational potentiality and regulation in the European Union. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 25-44, out./dez. 2017; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. The principles of the global law of public procurement. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 13-37, jul./set. 2016.

²⁶ MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica. **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, 2002, p.45.

(b) a falta de inclusão específica como praticantes de corrupção daqueles que ocupam cargos eletivos; (c) a ausência de responsabilização mais incisiva dos agentes privados envolvidos em atos de corrupção; (d) a falta de regulamentação processual de responsabilização de atos corruptivos praticados por funcionários públicos estrangeiros; (e) a ausência de punição mais incisiva do tráfico ilícito de influência; (f) a regulamentação das situações que envolvem a intimidação dos agentes públicos para instigá-los a agirem contrário às suas obrigações.²⁷

Por vezes pode-se perceber que as legislações anticorrupção surgem por decorrência de casos específicos de corrupção mais impactantes no âmbito das mídias e mesmo da formatação da opinião pública os envolvendo, quase como reação defensiva dos organismos estatais e governamentais.²⁸ Vide, por exemplo, a notícia veiculada no Brasil:

Medidas anticorrupção chegam à Câmara dos Deputados

Propostas do governo foram entregues na noite dessa quinta (19). Pedidos têm ressalva de tramitação em urgência

Pacote tem pedidos de tramitação em regime de urgência constitucional de projetos que se encontram na Câmara

O pacote anticorrupção do governo chegou à Câmara dos Deputados, por onde começa a tramitar, e foi protocolado no início da noite dessa quinta-feira (19) na Primeira Secretaria da Casa. Lançado pela presidente Dilma Rousseff, o pacote é composto por três projetos de lei, uma proposta de emenda à Constituição (PEC) e dois pedidos de tramitação em regime de urgência constitucional de projetos que se encontram na Câmara.

A PEC, que começará a tramitar pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), onde será apreciada a admissibilidade e constitucionalidade da matéria, propõe alterar a Constituição para dispor sobre a ação civil pública de extinção do direito de posse ou de propriedade proveniente de atividade criminosa, improbidade administrativa ou enriquecimento ilícito. Um dos projetos propõe regulamentar as mudanças propostas na PEC enviada pelo Executivo.

O outro projeto visa alterar a legislação vigente estabelecendo sanções a atividades ilícitas relacionadas a prestação de contas de partido político e de campanha eleitoral. "A proposta visa coibir a prática de conduta conhecida como caixa 2 eleitoral. Tal conduta,

²⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan./abr. 2017.

²⁸ LEAL, Rogério Gesta. Fundamentos filosóficos e políticos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por atos de corrupção. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 179-219, jan./jun. 2016.

atualmente, não é penalmente reprimida de modo claro, já que não existe uma tipificação específica para essa conduta”, afirma a exposição de motivos do projeto.

No pacote protocolado na Câmara estão também os pedidos para tramitação em regime de urgência constitucional do Projeto de Lei 5586/05, do Executivo, que tipifica crimes de enriquecimento ilícito quando o funcionário público possui bens incompatíveis com sua renda. A outra urgência é para tramitação do Projeto de Lei 2902/11, também do Poder Executivo, que altera o Código de Processo Penal para dispor sobre medida cautelar de indisponibilidade de bens, direitos e valores de procedência ilícita, entre outros.²⁹

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que podemos desde logo afirmar é que qualquer reflexão e ação sobre a corrupção – em especial nas democracias em consolidação – reclama, de um lado, altos níveis de generalidade em termos de compreensão das suas causas e consequências complexas; por outro lado, também exige foco no enfrentamento e soluções que se possam constituir em face dela.

A despeito disto, é importante termos presente que a consolidação de democracias e mercados são interdependentes em certa medida – o que a história já tem demonstrado. É claro que tal interdependência vai se evidenciar de maneiras distintas em cada experiência política, institucional e social, com diferentes problemas, dificuldades e desafios. Por tais razões os êxitos e fracassos de tal empreitada serão variáveis também.³⁰

De igual sorte é importante ter presente que a corrupção tem se mostrado mutante em termos de adaptação às formas de sua contenção e persecução, criando inclusive mecanismos de resistência e defesa a elas, como o patrocínio – pela via de propinas, troca de favores, tráfico ilícito de influência, negociações com setores do Mercado – de redes ou grupos de burocratas estatais. Alguns autores, em face disto, registram importante advertência no sentido de que a corrupção auxilia a consolidação de violações importantes à democracia e suas instituições, mas também provoca para alguns setores – com o sacrifício de muitos – impactos negativos na ordem política, econômica e social.³¹

²⁹ Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2015/03/medidas-anticorrupcao-chegam-a-camara-dos-deputados>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

³⁰ Ver o interessante texto de PRZEWORSKI, Adam. **Sustainable Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. Lembra o autor que tratar a corrupção como uma questão simples e universal em todos os países, já que suas causas e consequências são muito recorrentes, configura verdadeiro ponto cego (*blind spot*) em algumas políticas e pesquisas contemporâneas. (p. 54).

³¹ Ver o texto de DIAMOND, Larryand; PLATTNER, Marc F. (Eds.) **The Global Resurgence of Democracy**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2005.

Em verdade, há situações em que tamanhas são as dificuldades de determinados contextos políticos e sociais, envolvendo profundas crises econômicas e ausência de recursos primários e de infraestrutura para o gerenciamento principalmente de demandas sociais básicas, que ações de corrupção visando atender o interesse de pequenos grupos podem gerar benefícios imediatos de algumas pessoas em estado de necessidade. Como lembra Nye: "*Most of the time, people in poor and undemocratic countries face a choice, not between bad and good, but between bad and worse.*"³² Mas ainda assim os custos morais, éticos, institucionais e de confiança são muito altos e por vezes incomensuráveis.

Estamos convencidos de que os altos níveis de corrupção podem ser reduzidos (ao menos), e esta diminuição deve ser sustentada através de mecanismos preventivos e curativos ou, como sugere John Peters, com um *mix* de ações concomitantes relacionadas com níveis micro (aprimoramento dos controles interno e externo da Administração Pública, principalmente em todas as fases da gestão, instrumentos de controle de Mercado, políticas públicas transparentes e com participação social nestas áreas), e macro (fortalecimento das instituições democráticas). Ou seja, "*just as corruption is an embedded problem in the broader developmental situation, anti-corruption reforms must be interlinked with diverse democratization and economic development strategies.*"³³

Alguns destes aspectos da democratização implicam aberturas reais dos processos políticos formais e materiais de constituição das escolhas/ações públicas e privadas das relações sociais e de poder, assim como de suas premissas necessárias: honestidade, competitividade eleitoral transparente e legítima,³⁴ ampliação da participação social na tomada de decisões,³⁵ e monitoramento de suas concretizações.

É óbvio que estas medidas reclamam tempo de elaboração e efetivação, o que leva em conta inclusive os processos de resistências institucionais, corporativas e pessoais, pois há universo significativo de interesses atingidos nestas matérias – muitos deles ilícitos. Basta vermos algumas reações curiosas de políticas anticorrupção, que ao invés de gerar governos e mercados mais honestos, têm provocado comportamentos de aceleração de atos corruptivos para os fins de extrair ganhos máximos de cenários

³² NYE, Joseph S. Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis. **American Political Science Review**, vol. 61, n. 2, 1967. p.422.

³³ PETERS, John G.; WELCH, Susan. Political Corruption in America: A Search for Definitions and a Theory. **American Political Science Review**, vol. 72, n. 3, 1978. p. 981.

³⁴ Nesse sentido: SANTANO, Ana Cláudia. **La Financiación de los Partidos Políticos en España**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

³⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017; CARMONA GARIAS, Silvia. Nuevas tendencias en la participación ciudadana en España: ¿socializando la gestión pública o socializando la responsabilidad política? **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 29-60, out./dez. 2016.

econômicos e jurídicos instáveis, decorrentes dos processos de transformação lenta de que estamos falando. Por isto questões condizentes a esforços para construir políticas efetivas de participação devem ser concomitantes com os esforços de fortificar instituições democráticas.

Por outro lado, já aprendemos com a história que não existem fórmulas mágicas e receitas prontas de medidas e instrumentos anticorruptivos, tampouco percepções definitivas sobre os estágios de combate, contenção e responsabilização da corrupção, razão pela qual devemos sempre estar abertos aos aprendizados que os fenômenos envolvidos em tais questões se nos apresentam.

5. REFERÊNCIAS

- AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.
- APPADURAI, Arjun. La nueva lógica de la violencia. **Revista de Occidente**, Madrid: Fundación Ortega y Gasset, número 266-267, julio 2003.
- AXEL, Honneth. **La Sociedad del Deprecio**. Madrid: Trotta, 2005.
- AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineeficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015.
- BARRETO, Antonio Rozo. **Normalidad y excepcionalidad: la indescifrable regularidad contemporánea de la excepción**. Universidad de Palermo, 2007. Disponível em: <<http://www.palermo.edu/searchresults.html?q=Antonio+Rozo>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BAYER, Peter Brandon. Sacrifice and Sacred Honor: Why the Constitution Is a "Suicide Pact". **Questia**, 2011. Disponível em: <<https://www.questia.com/library/journal/1P3-2566159411/sacrifice-and-sacred-honor-why-the-constitution-is>>. Acesso em 08 jan. 2018.
- BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.
- BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Curitiba: Íthala, 2014.
- BLANCHET, Luiz Alberto; MARIN, Tâmera Padoin Marques. A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 267-294, jan./mar. 2018.
- BUTELER, Alfonso. Los sistemas para el control de la corrupción pública en el orden global. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 239-261, set./dez. 2017.

- CARMONA GARIAS, Silvia. Nuevas tendencias en la participación ciudadana en España: ¿socializando la gestión pública o socializando la responsabilidad política? **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 29-60, out./dez. 2016.
- CASTEL, Robert. **L'insécurité sociale**. Qu'est-ce qu'être protégé? Paris: Edition du Seuil, 2003.
- COLE, David. **Their Liberties, Our Security: Democracy and Double Standards**. Georgetown University Law Center, 2003. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1928&context=facpub>>. Acesso em: 22 jan. 2018.
- DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (Eds.). **The Global Resurgence of Democracy**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2005.
- EBENSTEIN, William. **Totalitarismo - Novas Perspectivas**. Rio de Janeiro: Bloch, 1967.
- ESPOSITO, Roberto. **Categorías de lo político**. Buenos Aires: Katz, 2006.
- FERRY, Luc. **Diante da crise**: materiais para uma política de civilização. Rio de Janeiro: Editora Difel, 2010.
- FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.
- FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 91-112, mai./ago. 2018.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. **Limited Government: A Comparison**. Englewood Cliffs: Gallie, 1974.
- GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.
- GIDDENS, Anthony. **Runaway world**: how globalization is reshaping our lives. New York: Routledge, 2000.
- HEYMANN, Philip. **Terrorism and America**: a commonsense strategy for a democratic society. London: MIT Press, 2000.
- HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- HOWELL, William G. Presidential Power in War. **Annual Review of Political Science**. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-polisci-040609-155927>>. Acesso em: 21 mar. 2018.
- JOHNSTON, Michael, and HAO, Yufan. China's Surge of Corruption. **Journal of Democracy**, vol. 6, n. 4, p. 80–94, 1995.

JURUENA, Cynthia Gruenling; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. O cumprimento das informações acerca das licitações e contratos celebrados nos portais da transparéncia: uma análise qualitativa de municípios do Rio Grande do Sul. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 281-307, out./dez. 2017.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. Relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: a corrupção como fenômeno multicultural e a afetação dos direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 175-192, out./dez. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. Corrupção, democracia e mercado: horizontes turvos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 303-329, maio/ago. 2017.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. Fundamentos filosóficos e políticos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por atos de corrupção. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 179-219, jan./jun. 2016.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LEIGHNINGER, Matt. **The Next Form of Democracy**. Nashville: Vanderbilt University Press, 2012.

MATTARELLA, Bernardo Giorgi. Controllo della corruzione amministrativa e regole di ética pubblica. **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, 2002.

NYE, Joseph S. Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis. **American Political Science Review**, vol. 61, n. 2, 1967.

PECK, Linda L. **Court Patronage and Corruption in Early Stuart England**. Boston: Unwin Hyman, 1990.

PETERS, John G.; WELCH, Susan. Political Corruption in America: A Search for Definitions and a Theory. **American Political Science Review**, vol. 72, n. 3, 1978.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan/abr. 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Self-cleaning in public procurement: operational potentiality and regulation in the European Union. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 25-44, out./dez. 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. The principles of the global law of public procurement. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 13-37, jul./set. 2016.

SALGADO, Eneida Desiree. Essay on the constitutional promises of democracy and republic. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3, p. 85-100, set./dez. 2017.

SANTANO, Ana Claudia. **La Financiación de los Partidos Políticos en España**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

SANTANO, Ana Claudia. Uma introdução ao estudo da corrupção política nas sociedades democráticas dentro do paradigma do estado de direito. **Paraná Eleitoral**, v. 4, p. 123-138, 2015.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017.



Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público

On the notion of the common good in the Western political thought: between alleys and crossroads of the ancestral dimension of the modern concept of public interest

JOSÉ SERGIO DA SILVA CRISTÓVAM^{I,*}

^I Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)
jscrustovam@gmail.com

Recebido/Received: 21.01.2018 / January 21st, 2018

Aprovado/Approved: 29.04.2019 / April 29th, 2019

Resumo

O artigo tem por objetivo discutir as bases da noção de bem comum no pensamento político ocidental, a partir da breve recuperação de algumas ideias centrais do pensamento político da Antiguidade clássica grega (Platão e Aristóteles) e romana (Marco Túlio Cícero), passando pela filosofia cristã da Idade Média (Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino), até as portas do pensamento político moderno (a moralidade política em Nicolau Maquiavel e o conceito de vontade geral em Jean-Jacques Rousseau). Assim, pretende-se estabelecer uma espécie de genealogia da noção de bem comum e em certa medida um

Abstract

The article aims at to discuss the bases of the notion of common good in Western political thought, from the short recovery of some central ideas of political thought from classical Greek antiquity (Plato and Aristotle) and Roman (Marco Túlio Cicero), to christian philosophy from the Middle Ages (St. Augustine and St. Thomas Aquinas), until the doors of modern political thought (the political morality in Niccolo Machiavelli and the concept of general desire in Jean-Jacques Rousseau). Thus, it is intended to establish a kind of genealogy of the notion of common good and dialogue with the modern dimension of public interest. The method and

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 107-134, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i1.57508.

* Professor Adjunto de Direito Administrativo no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Mestrado em Direito do PPGD/UFSC (Florianópolis-SC, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (Florianópolis-SC, Brasil) (2014), com estágio de Doutoramento Sanduíche junto à Universidade de Lisboa (Lisboa, Portugal) (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (Florianópolis-SC, Brasil) (2005). Especialista em Direito Administrativo pelo CESUSC (2003). Membro fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC) e da Academia Catarinense de Direito Eleitoral (ACADE). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Conselheiro Estadual da OAB/SC. Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/SC. Membro da Comissão de Direito Constitucional e da Comissão da Moralidade Pública da OAB/SC. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC). E-mail: jscrustovam@gmail.com

diálogo com a própria dimensão moderna de interesse público. O método utilizado é o dedutivo e monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

technique used are, respectively, the deductive and monographic, and the bibliographic research.

Palavras-chave: bem comum; pensamento político ocidental; moralidade política; vontade geral; interesse público.

Keywords: common good; Western political thought; political morality; general desire; public interest.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** A construção da ideia de bem comum na Antiguidade clássica: Platão, Aristóteles e Círcero; **3.** O bem comum na filosofia cristã da Idade Média: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino; **4.** A reconstrução da noção de bem comum no pensamento político moderno: a moralidade política em Maquiavel e o conceito de vontade geral em Rousseau; **5.** Considerações Finais; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio pretende abordar a noção de bem comum no pensamento político ocidental, a partir da breve recuperação de algumas ideias centrais do pensamento político da Antiguidade clássica grega (Platão e Aristóteles) e romana (Marco Túlio Cícero), passando pela filosofia cristã da Idade Média (Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino), até as portas do pensamento político moderno (a moralidade política em Nicolau Maquiavel e o conceito de vontade geral em Jean-Jacques Rousseau). Com isso, o intuito é estabelecer uma espécie de genealogia do bem comum e até certo ponto um diálogo com a própria dimensão moderna do conceito do interesse público, subjacente ao debate entre interesses da coletividade (comunidade política) e a noção de direitos fundamentais individuais.

O debate se justifica, na medida em que a atual ordem constitucional brasileira, inaugurada com o advento da aclamada “Constituição Cidadã”, veio a lume em meio a uma atmosfera festiva e cercada de alvíssareira esperança democrática. É certo, porém, que, embora vencidas as suas três primeiras décadas e, por assim dizer, atingida a “maioridade civil” da (ainda política e socialmente infante) “abertura democrática brasileira”, há ainda um considerável *déficit* de concretização de várias das promessas constitucionais.¹ Nossa Constituição, multicolorida pela vivificadora e extensa aquarela de direitos sociais constitucionalizados, começa por dar sinais de fenecimento (ou, quem sabe, somente momentânea saturação), dada a (ainda) rarefeita concretização de algumas das suas promessas emancipatórias, libertárias e de igualdade social.

Na mesma esteira, resta inegável a profunda virada jurídico-metodológica operada a partir da Constituição de 1988, com o estabelecimento de uma prodigiosa carta

¹ SALGADO, Eneida Desiree. Essay on the constitutional promises of democracy and republic. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 85-100, set./dez. 2017.

de direitos fundamentais, que erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III da CF/88), procedendo a um insofismável deslocamento do epicentro da ordem normativa constitucional das competências e da estruturação dos poderes do Estado para a pessoa humana.²

Todo esse movimento de “personalização da ordem constitucional” traz consigo o debate em torno da relação entre interesses da coletividade, a partir de uma mais ou menos densa dimensão de supremacia do interesse público, e os direitos e interesses dos indivíduos (privados). Envolto nesses formidáveis ventos de constitucionalização,³ oportunamente que se estabeleçam os contornos de uma ideia que é chave para a dimensão moderna de interesse público,⁴ a partir da recuperação da noção de bem comum no pensamento político ocidental, vasculhando seus becos e até, por vezes, enfrentando criticamente suas encruzilhadas, problema central desse ensaio, provocativamente sugerido desde o seu subtítulo.

Cumpre ressaltar que a recuperação aqui proposta não tem qualquer pretensão de oferecer uma análise crítica aprofundada e muito menos exauriente, com a recuperação desse relevante debate no âmbito da sociologia, da economia e até no contemporâneo diálogo em torno das questões ambientais (água, clima, patrimônio ambiental geral).⁵ O objetivo é repassar por alguns dos elementos filosóficos da noção de bem comum no pensamento político ocidental,⁶ desde a Antiguidade clássica até o adven-

² MEZZAROBA, Orides; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. The principle of the dignity of human person: A reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 273-293, jan./abr. 2018.

³ Para uma análise panorâmica do movimento de “constitucionalização do Direito”, no modelo do Estado constitucional de direito, consultar: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, ano 81, p. 233-289, 2005.

⁴ Nesse sentido, oportunas as considerações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre a recuperação da noção de interesse público a partir da ideia de bem comum construída desde a Antiguidade clássica: “Embora possa parecer que o princípio da supremacia do interesse público tenha sido criado no âmbito do direito administrativo, na verdade ele antecede em muitos séculos o nascimento desse ramo do direito, que somente começou a se formar como ramo autônomo em fins do século XVIII, com a formação do Estado de Direito. De fato, a ideia de existência de interesses gerais diversos dos interesses individuais encontra suas origens na antiguidade greco-romana”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 86.

⁵ Para uma análise dessa temática, com o debate no âmbito da comunidade europeia, consultar: PATO, João; SCHMIDT, Luís; GONÇALVES, Maria Eduarda (Org.). **Bem comum**: público e/ou privado. Lisboa: ICS (Imprensa de Ciências Sociais), 2013. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22896/1/ICS_JPato_LSchmidt_LEN.pdf>. Acesso em 21 jan. 2018.

⁶ Para um debate crítico e atual sobre a relação entre a ideia de crise e a dimensão do bem comum da humanidade, consultar: HOUTART, François. **Dos bens comuns ao “bem comum da humanidade”**. Bruxelas: Rosa Luxemburg Foundation Brussels Office, 2011. Disponível em: <<http://www.reformaagrariaemdados.org.br/sites/default/files/Dos%20bens%20comuns%20ao%20Bem%20Comum%20da%20Humanidade%20-%20Fran%C3%A7ois%20Houtart%202011.pdf>>. Acesso em 21 jan. 2018.

to do pensamento moderno, com vistas a oferecer as bases sobre as quais se podem assentar modernas instituições jurídico-políticas como o interesse público e em certa medida a própria noção de direitos fundamentais.⁷

Com efeito, a noção de interesse público⁸ não pode ser estruturada, de forma atropelada e descontextualizada, a partir do nascimento do Estado liberal de direito e no palco instaurado pela histórica Revolução Francesa, embora tenha sido nesse efervescente e singular momento que se tenham forjado os seus contornos comuns ao Estado moderno que engatinhava, juntamente com o advento do próprio Direito Administrativo como ramo autônomo do Direito.⁹

O início da genealogia proposta recupera as bases da reflexão política na Antiguidade clássica, a partir da ideia de “bem comum”¹⁰ – aqui debatida como raiz política ancestral e núcleo originário do moderno conceito jurídico de interesse público.

2. A CONSTRUÇÃO DA IDEIA DE BEM COMUM NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA: PLATÃO, ARISTÓTELES E CÍCERO

O pensamento político que floresceu na Grécia antiga, sobretudo na Atenas dos séculos VI a IV a.C., teve como substrato propulsor a canalização de todo o resplendor da filosofia, da ciência e da cultura para o campo específico do conhecimento e da

⁷ Para uma abalizada leitura sobre a relação entre a noção de bem comum constitucional e os direitos fundamentais, consultar: MEZZAROBA, Orides; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos fundamentais e a dogmática do bem comum constitucional. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 33, n. 64, p. 335-372, jul. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p335/22475>>. Acesso em 21 jan. 2018.

⁸ Sobre o rico debate em torno da noção de interesse público e suas nuances, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015; GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009; GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017; HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011; HAEBERLIN, Márton Perius. **Crítica da razão do Estado**: uma (re)formulação do conceito de interesse público e a correlata construção de um Estado meritocrático de direito. 2014. 454 f. Tese (Doutorado de Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

¹⁰ Como já adiantado, a análise da categoria “bem comum” aqui se restringe, mais especificamente, aos seus contornos afetos à teoria e à filosofia política, passando em rápida revista por algumas das suas nuances filosóficas, quando relacionada àquele plano. Refoge aos contornos desse estudo o debate (riquíssimo por sinal) da noção de bem comum no âmbito da ética, da sociologia, da antropologia e da economia, por exemplo. Para uma análise do bem comum na economia, pode-se consultar: BRUNI, Luigino. Bem comum e economia: para uma economia baseada no ágape. Tradução de Luís Miguel Neto. **Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCP)**, Universidade Técnica de Lisboa (UTL), Lisboa, p. 01-11, 2008. Disponível em: <http://www.academia.edu/2576914/Bem_Comum_e_Economia_Para_uma_Economia_baseada_no_Agape_-_trad._do_original_de_Luigino_Bruno>. Acesso em: 17 jan. 2018.

ação – a política. Conforme ressalta Ivone Morcilo Lixa, era a convivência na *pólis* que constituía o grego da Antiguidade clássica como “cidadão e conferia-lhe uma condição de vida digna. Não se tratava apenas de viver num aglomerado urbano, mas, sobretudo, de ser parte integrante de uma unidade política e social organizada, limitada territorialmente”¹¹.

Para o homem grego, a convivência plural na *pólis* dotava de sentido e individualidade a própria existência humana, verdadeiro pressuposto da sua identidade individual e política, o que o diferenciava (na qualidade de cidadão grego) daqueles que não eram assim qualificados, a partir do exercício da liberdade, precondição determinante para a existência de uma vida digna. Sobre a centralidade da ideia de liberdade e sua exclusividade ao cidadão grego (aquele que vive a ação política), Hannah Arendt afirma que dentre todas as atividades humanas que poderiam assegurar ao homem uma condição de vida digna e verdadeiramente humana, a vida política e a dedicação aos assuntos da *pólis* ocupava lugar especialmente destacado.¹²

Conquanto seja inegável a existência de uma noção embrionária de *pólis* anterior à Atenas dos séculos VI a IV a.C., em que se forjaram as bases do pensamento político clássico, foi justamente nesse período que floresceram os fundamentos da reflexão política legada ao Ocidente. Para o cidadão grego, a vida na *pólis* estava dividida em duas esferas: a privada, relacionada em especial ao patrimônio, ao casamento e à família, sob a representação da “casa” (*oikos* – síntese da vida privada); e a pública, onde o cidadão grego debatia as questões políticas e as instituições sobre as quais se fundava a *pólis*. Afora a existência individual do homem grego (vida privada), havia esta segunda dimensão existencial, na qual o homem poderia realizar as suas virtudes de convivência política (dimensão pública ou comum), o que o qualificava como efetivo cidadão da *pólis*.¹³

Nesse contexto, coube à filosofia platônica o estabelecimento dos alicerces da política como ciência (“ciência política”), sob o princípio de que somente uma forma política fundamentada no saber filosófico poderia conduzir à verdadeira justiça. Herdeiro do pensamento pitagórico¹⁴ e socrático,¹⁵ Platão (Aristocles, 428/427 – 348/347 a.C.) entendia a justiça como uma virtude universal que engloba sabedoria, fortaleza e

¹¹ LIXA, Ivone Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 14.

¹² ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 16-21.

¹³ LIXA, Ivone Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 16.

¹⁴ Sobre o tema, consultar: SZLEZÁK, Thomas Alexander. Platão e os pitagóricos. Tradução de Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. **Archai: Revista de Estudos sobre as Origens do Pensamento Ocidental**. Brasília, n. 6, p. 121-132, 2011.

¹⁵ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do pensamento político**. v. 1. Tradução de Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 47-50.

prudência (*phrónesis*), na medida em que dependem da sua existência, pelo que apenas com tal coexistência seria possível a harmonia social. Somente a sabedoria filosófica (*sophía*) seria capaz de proporcionar o equilíbrio da *pólis*, pelo que a prudência (ciência subordinada à sabedoria) estaria relacionada ao bom governo fundado nas “Ideias do Bem” e na justiça.

Interessante ressaltar que, para a filosofia platônica, a grande meta (maior lição) a guiar a condição humana “não é senão a ideia do Bem, isto é, aquilo em virtude de que tudo o que é justo, belo, etc., é proveitoso e salutar. Sem o conhecimento dela, qualquer outro saber seria inútil”.¹⁶

Para o pensamento platônico, a educação, a moral e a política são os esteios do “Bem Comum”,¹⁷ pelo que a original ciência política (“ciência do Bem”) seria o fundamento da Cidade ideal – uma cidade governada por filósofos (rei-filósofo) e racionalmente hierarquizada em classes homogêneas (chefes de governo, auxiliares ou guerreiros e artífices ou camponeses). A justiça consistiria na ideia que determina a cada um o respeito à hierarquia social e política, do que decorreria a estabilidade social, na medida em que todos seriam capazes de entender as renúncias pessoais e egoísticas impostas pela razão, controlando as suas paixões individuais em favor do equilíbrio da totalidade social.¹⁸

Na *República*, a noção de “Bem” como “Ideia” é apresentada por Platão com especial centralidade, verdadeiro “princípio supremo da filosofia platônica”,¹⁹ “a norma absoluta que serve de base à noção da filosofia como suprema ‘arte da medida’, a qual aparece desde muito cedo no pensamento platônico e nele se mantém até o final”.²⁰ O filósofo explica a “Ideia de bem” a partir de uma metáfora da função reveladora da luz e do sol sobre as coisas sensíveis e da relação do conhecimento e da verdade e sua relação com o bem, como uma forma ideal perfeita do mundo inteligível (Forma/Ideia do bem), que concede verdade às coisas conhecidas e o poder de conhecê-las. Após relembrar as virtudes da justiça, da moderação, da coragem e da sabedoria, o filósofo

¹⁶ JAEGER, Werner. **Paidéia:** a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 867.

¹⁷ TEIXEIRA, Evilázio. **A educação do Homem segundo Platão.** São Paulo: Paulus, 1999. p. 15-18.

¹⁸ As bases do pensamento platônico acerca da Cidade ideal e da ideia de bem comum podem ser recuperadas dos Livros V, VI e VII da *República*, uma noção de bem como Ideia universal construída a partir de um modelo de vida terrena que remetia inexoravelmente a princípios metafísicos – modelo idealista de reflexão filosófica fundado nos chamados “primeiros princípios”, desgarrado do mundo sensível e de complexo entendimento até para os filósofos. Nesse sentido, consultar: PLATÃO. **A República.** Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012. p. 203-325.

¹⁹ JAEGER, Werner. **Paidéia:** a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 870.

²⁰ JAEGER, Werner. **Paidéia:** a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 876.

sustenta que “a coisa mais importante a ser apreendida é a *Ideia de bem* e que é mediante a referência a ela que coisas justas e as outras se tornam úteis e benéficas”.²¹

A centralidade da educação (*paidéia*) na construção da filosofia de Platão e na sua “República” fica evidente, dentre outras passagens, na difundida “alegoria da caverna”, quando o filósofo descreve homens que vivem presos (acorrentados) desde a infância em uma caverna subterrânea (mundo do visível), com uma longa galeria que se abre para a luz de uma grande fogueira, sendo que somente lhes é permitido olhar para frente, de costas para a saída. Os clarões da fogueira (o sol) iluminam sobre as cabeças dos prisioneiros até a parede a sua frente, projetando sombras de vários objetos e figuras, manobradas por manipuladores situados atrás de um muro baixo colocado entre os prisioneiros e a saída iluminada. Para os prisioneiros, que jamais puderam olhar para a saída da gruta, aquelas sombras projetadas na parede são a realidade. Mas e se um dos prisioneiros fosse posto em liberdade e pudesse enfim contemplar a luz? Certamente, em um primeiro momento teria uma enorme dificuldade de fitar a luz e toda a aquarela das coisas (verdadeiras e reais – Formas perfeitas e imutáveis do mundo inteligível), continuando a pensar que a realidade estaria no mundo das sombras (mundo do visível), devendo voltar para a caverna (ignorância). Mas depois passaria a acostumar sua visão (evolução), passando a contemplar todas as coisas, até se sentir capaz de olhar diretamente para o sol (mundo inteligível), o que simboliza a ascensão para o alto e a contemplação do mundo superior (caminho da alma em direção ao mundo inteligível pela via reveladora (conversão) da educação – *paidéia*).²² Para o idealismo platônico a “última coisa que na região do conhecimento puro a alma aprende a ver, ‘com esforço’, é a ideia do Bem”, sendo que, “uma vez que aprende a vê-la, tem necessariamente de chegar à conclusão de que esta ideia é a causa de tudo o que no mundo existe de belo e de justo, e de que forçosamente deve tê-la contemplado que quiser agir racionalmente tanto na vida privada como na pública”.²³

Na filosofia platônica o “bem-comum é, assim, sempre, o bem máximo de cada ser humano, mas em integração sinfônica como o bem máximo, possível e real, de todos os outros, em acto, em cada instante”, sendo esse o “fundamento metafísico da dimensão política da realidade humana. A política nasce da necessidade que cada indivíduo humano tem de bens que não pode, por si só, adquirir”.²⁴

²¹ PLATÃO. **A República**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012. p. 276-284.

²² PLATÃO. **A República**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012. p. 289-294.

²³ JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 885.

²⁴ PEREIRA, Américo. Da ontologia da “polis” em Platão. **Covilhã**: LusoSofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura, p. 03-102, 2011. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/56971910/Pereira-Americo-Ontologia-Da-Polis-Em-Platao>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

A noção de bem comum a partir da convivência na *pólis* é recuperada e redimensionada por Aristóteles (384 – 322 a.C.). Já no primeiro parágrafo do Livro Primeiro da *Política*, o Filósofo de Estagira sustenta que “toda cidade é uma espécie de associação, e que toda associação se forma tendo por alvo algum bem; porque o homem só trabalha pelo que ele tem em conta de um bem”, sendo que todas as “sociedades, pois, se propõem qualquer bem – sobretudo a mais importante delas, pois que visa a um bem maior, envolvendo todas as demais: a cidade ou sociedade política”.²⁵

Com efeito, na filosofia prática aristotélica²⁶ a diferença entre o ser humano e outros animais está fundada na *pólis* (convivência política), vínculo natural e necessário dos homens (ordem imutável do mundo). A condição humana decorre da convivência na cidade (ação política), sendo “evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem”.²⁷

Assim, fundado no que se pode atualmente conceber como uma “metodologia científica”, que esteve ausente na ciência política platônica, a partir do Livro IV da *Política*, o Filósofo de Estagira apresenta uma análise empírica das características e do funcionamento dos regimes políticos conhecidos na época, com vistas à descrição de um modelo ideal de governo, que tem um claro fim ético na qualidade de princípio político – “a crença na construção de um modo de vida digno e feliz”.²⁸

A teoria aristotélica formula a distinção dos governos em autênticos ou constitucionais e degenerados ou despóticos, com base na ideia central de “bem comum”, comum aos governos constitucionais e estranha aos governos despóticos, que estariam voltados ao bem da classe dominante. Mas o conceito de bem comum em Aristóteles não pode ser entendido a partir de um modelo idealista ou universal (suprasensível), capaz de ser aprisionado em um princípio atemporal e metafísico. Sob a justificativa do caráter indeterminado do que se deve entender por “bem”, tão plurissignificativo quanto a categoria do “ser” e suas infindáveis conotações, o Filósofo Estagirita afirmava ser “evidente que não há nenhum bem comum, universal e uno, porque, se assim fosse, não poderia ser predicado de todas aquelas diferentes categorias, mas teria que existir de acordo com uma única”, pelo que “se para os objetos que são compreendidos a partir de uma determinada ideia há uma única perspectiva

²⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2009. p. 13.

²⁶ A título ilustrativo, convém ressaltar que a obra de Aristóteles divide a filosofia basicamente em três grandes ramos, que abrangeriam todo o saber humano (racional): a filosofia teórica, que se subdividia em física, matemática, metafísica e teologia; a filosofia prática, subdividida em ética e política; e a filosofia poética, formada pela estética e pela técnica.

²⁷ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2009. p. 16.

²⁸ LIXA, Ivone Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 31.

científica, assim também haveria uma única ciência para todas as formas de manifestação de bem".²⁹

No Livro I da sua *Ética a Nicômaco*, Aristóteles apresenta a noção de felicidade ou bem-estar da alma (*eudaimonía*) como o bem supremo e universal do homem, o fim último de todas as ações possíveis. Por outro lado, embora reconheça a existência de um bem único, que seja um predicado universal dos bens, o filósofo procura redimensionar e superar a teoria platônica das Formas e da "Ideia de bem" (o Bem Supremo como algo suprassensível), a partir de um conceito de bem que seja possível aos homens atingir, os bens terrenos atingíveis por meio da ação política, ou seja, aqueles fins (bens) que se pretende atingir por meio de determinada prática (ação política no mundo sensível).³⁰

De fato, a noção organicista aristotélica de bem comum não reflete um conceito individualista (particular/privado) de homem, não obstante defenda que os bens sejam finalidades atingíveis por cada um segundo os respectivos meios adequados. Pelo contrário, na filosofia prática aristotélica a prudência (*phrónesis*)³¹ funciona como "catalisador ético" para as ações individuais adequadas às virtudes morais (ação virtuosa), no sentido de que o bem de um deve ser o bem de todos (bem geral). Somente a convivência humana na *pólis*, por meio da ação política na esfera pública (comum ao cidadão grego), é o que permite o desenvolvimento moral do homem, a via por excelência para alcançar a sua plenitude e a felicidade (bem supremo).

A partir de comentários sobre a noção do primado do público, Norberto Bobbio recupera a clássica doutrina aristotélica sintetizada no princípio segundo o qual "o todo vem antes das partes", o que permitiria afirmar que "a totalidade tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem da totalidade, uma vez alcançado, transforma-se no bem das suas partes". Portanto, "o máximo bem dos sujeitos é o efeito não da perseguição, através do esforço pessoal e do antagonismo, do próprio bem por parte de cada um, mas da contribuição que cada um juntamente com os demais dá solidariamente ao bem comum"³² conforme as regras adotadas pela comunidade toda.

²⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23.

³⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 22-39.

³¹ A "prudência" (*phrónesis*), uma das virtudes máximas e categoria central na filosofia prática aristotélica, assegura ao homem a disposição para a ação política por meio de práticas adequadas aos fins que se pretende alcançar, virtude que seria comum à classe média (princípio aristotélico da moderação). A prudência não deve ser entendida como conhecimento científico, mas como uma disposição da alma racional (*virtude intelectual*), relacionada com aquilo que é justo, destinada à ação política do homem no mundo da vida. Na ética aristotélica, a prudência é a qualidade racional que conduz à verdade no que toca às ações relacionadas como os bens humanos. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 01-14.

³² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 24-25.

Essa é a noção-chave do conceito aristotélico de bem comum: a convivência humana na *pólis*, garantidora do desenvolvimento moral do cidadão e estrada que conduz o homem ao bem supremo da felicidade (noção de vida boa), por meio da virtuosa ação política na esfera pública.

Para a filosofia política de Aristóteles esta seria, inclusive, a finalidade principal e o próprio sentido da existência do Estado (Cidade), uma forma de organização política inerente à condição humana (natural) e que propicia o mais elevado desenvolvimento moral do cidadão, condição para a plena felicidade do homem.³³ Nas palavras do filósofo, “o Estado está na ordem da natureza e antes do indivíduo; porque, se cada indivíduo isolado não se basta a si mesmo, assim também se dará com as partes em relação ao todo”, o que permite concluir que “aquele que não pode viver em sociedade, ou que de nada precisa por bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um bruto ou um deus”.³⁴

O “indivíduo aristotélico” não é um ser isolado (particular). Está necessariamente vinculado aos outros homens, na busca e na realização dos seus próprios bens, por quanto somente a organização comunitária na cidade (esfera pública) permitiria a realização plena da vida racional legada ao homem pela própria natureza das coisas. O homem, individualmente, jamais poderá bastar-se a si mesmo (ideia de autarquia) e atingir sua finalidade suprema (felicidade). Isso somente poderá ser alcançado por meio da ação política virtuosa na cidade (a autarquia do cidadão). Eis o conceito aristotélico de bem comum, a medida da felicidade na qualidade de bem supremo, atingível por meio da ação política virtuosa (prudência), restando indissociáveis a felicidade individual e a coletiva, já que ao homem somente é dado alcançar a plenitude e a suprema felicidade pela senda da vida política virtuosa (esfera pública).

Ainda que de inegável sofisticação, se transportado para a atualidade, não há como negar o componente autoritário e antidemocrático do pensamento aristotélico de bem comum, vez que fundado em uma perspectiva claramente organicista, no sentido de que o interesse da coletividade deve preponderar sobre as aspirações particulares de cada indivíduo. Um conceito de bem comum que submete as aspirações e interesses da pessoa aos desígnios da coletividade acaba por sufocar e até suplantar uma noção personalista de dignidade humana muito presente nos modelos de Estado constitucional de direito posteriores à Segunda Guerra Mundial. Há uma série de direitos e interesses individuais, inerentes e constitutivos de uma dimensão personalista da

³³ Ultrapassam os limites da presente abordagem a recuperação filosófica, política, sociológica ou até psicológica do conceito de felicidade. Para estudos sobre o tema, consultar: WHITE, Nicholas. **Breve história da felicidade**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola, 2009; SEWAYBRICKER, Luciano Espósito. **A felicidade na sociedade contemporânea: contraste entre diferentes perspectivas filosóficas e a Modernidade líquida**. 2012. 159 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

³⁴ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2009. p. 17.

dignidade humana, que não podem estar submetidos a uma lógica de compatibilidade ou não aos cambiantes interesses da coletividade.³⁵

Uma análise mais detida do modelo organicista, de matriz aristotélica, acaba por demonstrar uma considerável dose de desprestígio à pessoa humana e ao seu valor intrínseco na qualidade de indivíduo, independentemente do seu papel social ou da sua função na comunidade política. Cada pessoa traz em si um conjunto de interesses e valores próprios (dimensão privada do indivíduo), incapazes de serem adequada e integralmente reconduzidos a uma ideia totalizante de entidade coletiva (dimensão pública).

No mesmo quadrante, a ideia de que cada indivíduo somente encontra sua felicidade (bem supremo) quando passa a integrar a comunidade política e nela desempenhar a sua respectiva função, contribuindo para o bem comum geral, traz em si (em potência) a genética de uma sociedade estática, organizada por castas (avessa ou, pelo menos, pouco preocupada com a questão da mobilidade social), onde cada indivíduo já nasceria com uma determinada função na comunidade. Um modelo de sociedade assim delineado e uma noção de bem comum capaz de tolher, ainda que indiretamente, a dinâmica e dialética condição e posição social do indivíduo, parece inconciliável com a ideia de dignidade humana construída a partir da Modernidade e com a própria ordem constitucional brasileira.

Sem embargo da prodigiosa feição político-filosófica de bem comum na Grécia antiga, da Antiguidade clássica romana também é possível colher uma aprimorada abordagem, de caráter mais jurídico-político, a partir da dicotômica definição do Direito Público (*jus publicum*) e do Direito Privado (*jus privatum*) legada ao Ocidente. Nesta seara, inicialmente releva considerar que, tanto nas *Institutiones* (I.1.4) como no *Digesto* (I.1.1.2), a divisão Direito Público/Direito Privado é referida com idênticas palavras: o Direito Público diz respeito ao estado da coisa romana, o privado à utilidade dos particulares (*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*).

Com efeito, essa noção embrionária polarizadora da relação público/privado já se fundava na centralidade de uma ideia jurídico-política de interesse: se vinculada aos interesses do Estado, atraía as normas comuns ao Direito Público; se relacionada aos interesses dos indivíduos, impunha as normas de Direito Privado. Mesmo assim, reconhecia-se “algum poder jurídico (*ius*) do povo, diverso do direito dos indivíduos”, o que pode ser recuperado a partir do seguinte brocardo: “Assim o povo romano usa, em

³⁵ Sobre o tema, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 185-215; SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-116.

parte, de seu direito próprio e, em parte, do comum a todos os homens" (*Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communis omnium hominum jure utitur*).³⁶

A centralidade da dicotomia público/privado é destacada e recuperada por Bobbio, quando a qualifica como "uma daquelas 'grandes dicotomias', das quais uma ou mais disciplinas, neste caso não apenas as disciplinas jurídicas, mas também as sociais e em geral históricas, servem-se para delimitar, representar, ordenar o próprio campo de investigação", como ocorre, por exemplo, "para ficar no âmbito das ciências sociais, paz/guerra, democracia/autocracia, sociedade/comunidade, estado de natureza/estado civil".³⁷

Conquanto não seja possível afiançar a existência de uma divisão de intransponíveis contornos, havendo sim espaços cíntenos ou de justaposição entre essas esferas jurídicas,³⁸ na evolução do Direito Romano é destacada a distinção que os seus jurisconsultos faziam entre as relações jurídicas de Direito Público, que diziam respeito à organização do Estado romano e às coisas úteis à vida pública, e aquelas de Direito Privado, relacionadas ao bem de cada um e à vida privada. Desta forma, os interesses privados eram identificados como os interesses dos particulares, ao passo que os interesses públicos restavam relacionados e atribuídos às coisas do Estado e do povo romano (condomínio de interesses). Inclusive, uma das notas características do Estado romano era a "plena unidade da noção de poder público, como o *imperium* em que se baseia o direito público".³⁹

Nesse sentido, pode-se recuperar na obra de Cícero (106 – 43 a.C.) a importante noção de utilidade comum (*utilitas communis*), quando sustenta no parágrafo XXV do Livro I do seu *Da República* que a justificativa para a organização dos homens em sociedade é menos uma questão de debilidade e mais um instinto inato de sociabilidade, sendo correto afirmar que a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, "mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 13.

³⁸ Inegavelmente, o Direito Romano consolidou-se a partir da divisão nas esferas do Direito Público e do Direito Privado, sob o signo divisor do interesse (conteúdo da relação jurídico-política), cabendo ao Direito Público aquelas relações em que o Estado (povo) romano tomava parte, e ao Direito Privado aquelas travadas entre os indivíduos e seus interesses particulares. Por outro lado, havia situações em que o Estado intervinha diretamente em atos jurídicos de ordem privada, deixando também para a órbita do Direito Privado situações que envolviam matérias de ordem pública e de interesse geral. Nesse sentido: NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público**. 2005. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 23-28.

³⁹ NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público**. 2005. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 13-14.

leva a procurar o apoio comum”, pelo que seria “a República coisa do povo, considerando tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum”.⁴⁰

Por outro lado, Eunice Ferreira Nequete adverte que, embora Círcero tivesse afirmado que traria um grande problema para a coletividade quem fizesse prevalecer seu interesse exclusivo e egoísta, com o enredo do interesse privado ou utilidade privada sob os limites da “honestidade”, o Filósofo Romano não o teria confrontado ao interesse do Estado romano. Em Círcero, a utilidade comum (interesse público) não estaria ligada à noção de honestidade, mas ao que se pode entender pelo “espírito romano”, de forma que não poderia ser resumida a uma estreita utilidade política vinculada e limitada aos fins mesquinhos da “razão de Estado”. Desta maneira, “não haveria como o interesse privado ser outro que não coincidente com o interesse comum, mas se alguma oposição ‘aparente’ surgisse entre ambos este último deveria prevalecer”.⁴¹

Em síntese, pode-se notar que a noção romana de utilidade pública, que deveria prevalecer sobre as aspirações privadas e egoísticas do indivíduo, traz em si um aspecto republicano de espaço público e de propriedade coletiva de bens e interesses (coisa pública), totalmente diversa daquela conhecida pela Modernidade. A perspectiva de propriedade coletiva de determinados bens e interesses, a partir da disposição política da República romana, estava fundada em uma clara ideia de efetiva participação do povo na formação das decisões sobre as questões de utilidade pública (interesse público), em um colorido muito diferente daquela dimensão estatal autoritária e monopolista agravada com a construção do Estado moderno.⁴²

3. O BEM COMUM NA FILOSOFIA CRISTÃ DA IDADE MÉDIA: SANTO AGOSTINHO E SANTO TOMÁS DE AQUINO

Toda a construção política e jurídica da Antiguidade clássica grega e romana reverberou pelos séculos que sucederam, influenciando sobremaneira a Idade Média e o próprio Direito Canônico do Medievo. Aqui, para a recuperação das noções de “bem comum”, assume invulgar relevo o pensamento político dos chamados períodos da Patrística e da Escolástica.⁴³

⁴⁰ CÍRCERO, Marco Túlio. **Da República**. Tradução de Amador Cisneiros. Bauru: EDIPRO, 1995. p. 23.

⁴¹ NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público**. 2005. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 15-16.

⁴² Sobre o tema, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 310-325.

⁴³ O pensamento político na Alta Idade Média teve como destacada fase representativa de seus fundamentos filosóficos o período da chamada Patrística (séculos II até VI d.C.), em que os “Padres Apologistas, condescendentes do pensamento antigo, mas voltados para um modo santo de viver, uma postura intelectual ortodoxa e uma

De fato, ainda que o cristianismo tenha representado muito mais uma doutrina de redenção do que um modelo de ciência política, dele é possível extrair importantes reflexões sobre várias categorias jurídico-políticas, como o governo, a autoridade, a lei humana e a obediência. Para a filosofia cristã, todo o poder constituído vem de Deus, que legitima os governos, deixando ao povo o dever de obediência e subordinação à autoridade em exercício. Segundo Antonio Carlos Wolkmer, pode-se buscar em Santo Agostinho (354 – 430 d.C.) um importante legado teórico à noção de legalidade. Para o Bispo de Hipona, a lei primeira é a lei eterna, que expressa a razão divina e a vontade de Deus, manifestando-se na intimidade da consciência humana como lei natural. A lei natural seria a participação da razão humana na ordem divina do universo, servindo de fundamento para as leis humanas ou temporais. Deste modo, o Direito positivo teria como base e fundamento o Direito natural, que nada mais representaria do que um aspecto da lei eterna. Portanto, para o pensamento agostiniano, se a lei humana é justa e legítima, é porque deriva da lei natural e da vontade de Deus.⁴⁴

Mas somente com o pensamento de Santo Tomás de Aquino (1224-5 – 1274 d.C.) é que surge uma sólida doutrina teológica do poder, do Estado e uma visão racionalista da legalidade, categorias essenciais à construção da sua teoria política. Com firmes esteios na filosofia aristotélica, a doutrina tomista sustenta que o poder em sua essência tem origem divina, mas é captado e se realiza por meio da própria natureza do homem, capaz de seu exercício e sua aplicação.

Ainda que a obra de Tomás de Aquino não tenha reservado um tratado específico sobre filosofia política, da reconstrução sistemática da sua teoria é possível extrair uma doutrina acerca do conceito de “bem comum”. Conforme já acentuado, de matriz

incorporação rígida à tutela da Igreja, buscam desenvolver, sistematicamente, uma doutrina apologética (com implicações na Sociedade, na Política, no Direito e na Ética) que sirva de fundamento filosófico à teologia, procurando criar novas verdades para a religião cristã, impondo e explicando dogmas que regulamentam e institucionalizam a fé católica⁴⁵. Com influência marcante do pensamento de Platão, Cícero e São Paulo, o principal expoente da Patrística foi Santo Agostinho. Na segunda etapa da Idade Média, entre os séculos XI e XIV, a Escolástica representou o ápice da produção intelectual, filosófica e teológica, sobretudo da Europa cristã dos séculos XII e XIII. A filosofia era colocada a serviço da teologia, no sentido de que deveria auxiliar, a partir de um modelo de raciocínio lógico formal, na autenticidade dos dogmas cristãos, pelo que o edifício da fé passou a ser erigido sobre um fundamento racional filosófico, de destacada inspiração aristotélica. Santo Tomás de Aquino foi o principal expoente do pensamento escolástico e um dos mais importantes pensadores do período medieval. Nesse sentido: WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 42-52.

⁴⁴A marca do pensamento agostiniano é o dualismo maniqueísta da cidade celestial (Igreja), que se ocupa dos interesses espirituais, e da cidade civil (o Estado temporal), que se ocupa das coisas materiais. Somente no final dos tempos é que a cidade de Deus – formada pelos descendentes de Abel – subsistirá. Disso decorre a razão pela qual o Estado deve conhecer limites que não existem para a Igreja. O poder temporal somente poderá integrar-se à cidade de Deus se estiver prostrado e subordinado à Igreja em todos os assuntos ou questões espirituais. WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 47-50.

largamente influenciada pelo pensamento aristotélico, a filosofia tomista concebe o homem como ser intelectual (ser subsistente na natureza racional), o mais perfeito dentre todos os que habitam a natureza criada, que somente atingirá sua finalidade última e suprema conhecendo e amando a Deus. O homem (na qualidade de ser racional) torna-se o único dentre todos os seres naturais dotado do poder de alcançar o “bem comum perfeito” (*bonum commune perfectum*), que é a felicidade ou beatitude. Porém, a noção tomista de bem comum não se encerra sob um modelo de felicidade exclusivamente temporal (bem comum relativamente perfeito), já que somente será possível a verdadeira felicidade (perfeita) ao homem que alcançar o bem comum por essência, que é Deus.⁴⁵

Nesse sentido, pode-se dizer que a filosofia tomista “colocava o *bem comum* como tudo aquilo que o homem deseja, seja de que natureza for: bem material, moral, espiritual, intelectual. Mas, sendo o homem um ser social, ele procura não só o seu próprio bem, mas também aquele do grupo a que pertence. Cada grupo tem o seu próprio bem comum”.⁴⁶

Para a doutrina política tomista, na qualidade de “animal político aristotélico”, o homem encontra a paz e a união na convivência em comunidade (*civitas*), a partir de uma sociedade politicamente organizada (Estado), sobre as bases de um modelo de governo (autoridade) e um conjunto de leis (Direito). No pensamento político de Tomás de Aquino, o seu modelo racionalista de legalidade⁴⁷ desempenha um papel central, já que o homem seria conduzido à paz e ao bem comum relativamente perfeito, que é a felicidade terrena, se ordenado pela lei humana objetiva (regulatória da convivência na sociedade), promotora da justiça e definidora das obrigações que cada indivíduo (parte) tem com a comunidade (todo).

De fato, a noção de legalidade em Tomás de Aquino assume contornos de relevante interesse, inclusive para a compreensão da própria ideia de Direito. Na doutrina tomista, a lei consiste na razão, na qualidade de capacidade de leitura e medida do real, uma noção sensivelmente ligada a uma concepção de razoabilidade e justiça, que não

⁴⁵ GALÁN Y GUTIÉRREZ, Eustaquio. **La filosofía política de Sto. Tomás de Aquino.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945. p. 56-59.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 87.

⁴⁷ Na doutrina tomista, a lei eterna constitui-se na razão suprema existente em Deus, situada acima de todas as outras leis, regente e reguladora da ordem da criação divina. Por seu turno, a lei natural seria a manifestação incompleta e imperfeita da lei eterna em todos os homens, um produto da razão humana e comum em cristãos e pagãos. Derivada e inspirada na lei natural, a lei humana teria por finalidade presidir as ações e os atos humanos, a ser completada e complementada pela lei divina (que não advém da razão), como revelação das Sagradas Escrituras e destinada a sanar as imperfeições da lei humana. Nesse sentido: WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução à história do pensamento político.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 54-56.

se esgota somente em “forma e comando; é, antes de tudo, um conteúdo substancial determinado porque é, antes de mais nada, leitura da realidade”⁴⁸

Deste modo, seria possível afirmar que somente em sociedades perfeitas existem leis justas, que têm como ponto basal o bem comum; e somente será uma “comunidade perfeita” aquela que ordenar e promover a ação política dos seus cidadãos para o bem comum. Nada obstante, disso não se pode deduzir que em uma comunidade política todos os cidadãos tenham os mesmos valores ou objetivos, mas que existe um conjunto de bens (finalidades, objetivos) que lhes são comuns, notadamente aqueles capazes de conduzir os cidadãos a sua finalidade última: a felicidade ou beatitude.⁴⁹

4. A RECONSTRUÇÃO DA NOÇÃO DE BEM COMUM NO PENSAMENTO POLÍTICO MODERNO: A MORALIDADE POLÍTICA EM MAQUIAVEL E O CONCEITO DE VONTADE GERAL EM ROUSSEAU

No pensamento político renascentista, coube a Nicolau Maquiavel (1469 – 1527 d.C.) formular uma das mais influentes doutrinas políticas legadas à Modernidade.⁵⁰

⁴⁸ Com base nessa relação entre as noções de lei, justiça e Direito do Medievo e da Modernidade, o jurista e historiador do Direito Paolo Grossi faz uma interessante e profunda análise crítica do Estado moderno e do papel do Direito na Modernidade, que estaria intimamente vinculado ao poder político, como comando hierarquizado de um superior a um inferior, a partir de uma regra jurídica fundada na autoridade. Uma noção que abandona a dimensão sapiencial do Direito, do justo, do razoável, da razão como medida do real, limitando-se a uma forte e monólica expressão da juridicidade, a lei. A lei dos modernos é antes ato de vontade (autoridade legislativa) do que ato de conhecimento (sapiência do Direito, justiça). A sua força não está no conteúdo (o que é dito), mas no fato de provir do órgão máximo de poder político. A Modernidade teria reduzido o Direito à lei, apartando-o da ideia de justiça. O que “o Estado moderno assegura aos cidadãos é somente um complexo de garantias formais”, ou seja, um ato de autoridade formulado com base em determinados procedimentos, onde o seu conteúdo, a correspondência ao que a consciência comum reputa como o justo (a justiça da lei), isso é somente um objetivo exterior do ordenamento jurídico. Nesse sentido: GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 13-37. Para o estudo a partir de outra abalizada análise crítica do Direito e sua relação com o Estado, com base em uma matriz historicista, com especial atenção para a crise de legitimidade do discurso jurídico na Modernidade, consultar: ROULAND, Norbert. **Nos confins dos Direito**: antropologia jurídica da Modernidade. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴⁹ TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma teológica**. t. VI. Madrid: B.A.C., 1956. p. 38-42.

⁵⁰ Pode-se dizer que Maquiavel nunca pretendeu simplesmente a formação teórica de um tipo ideal de novo príncipe. Dotado de um método de observação da realidade, o filósofo florentino discute a possibilidade de o ser humano intervir na sua trajetória. Diferente dos antigos, que possuíam uma visão cíclica do tempo segundo a qual tudo apresentava um nascer, crescer, morrer e renascer, e dos judeus e cristãos, que entendiam o tempo de uma forma linear, no sentido de que Deus criou o mundo em algum momento e este terá fim (noção de partida e chegada), os renascentistas viam o tempo como algo dinâmico, em que os homens poderiam interferir em seus destinos. O tempo possui um curso determinando, mas que poderia ser modificado pelo homem, como um rio que pode ser desviado, em partes, de seu leito natural. Letícia de Campos Velho Martel ressalta que, para Maquiavel, todos os governos são perecíveis, mas está nas mãos do príncipe retardar a queda certa. O secretário florentino recupera a alegoria da Antiguidade, que via a fortuna (sorte) como uma mulher seduzível e influenciável, descrita pelo filósofo como dominável e domável. Já não é mais o destino o condutor do homem; este é que transforma o destino, agindo de forma dinâmica sobre o tempo. O príncipe é o senhor da sua sorte e não a Providência Divina. Afora a noção de fortuna, a virtude (*virtù*) é outra categoria nuclear no pensamento político maquiaveliano. Como a fortuna não é de todo imprevisível,

Ainda que não tenha construído uma teoria do “bem comum”, é possível extraí-la do modelo de moralidade política presente na obra *O Príncipe*, de inequívoca repercussão em toda a filosofia política que a sucedeu.

O “realismo” maquiaveliano (verdade efetiva das coisas) e sua análise consequentemente “pessimista” da “natureza humana”⁵¹ oferecem os ingredientes centrais para o modelo de moralidade política inaugurado pelo Filósofo Florentino, a partir de um conceito de moral diretamente relacionado com as necessidades da ação política, reguladora dos interesses do Estado e não submetida aos parâmetros da moral cristã e aos desígnios da Divina Providência.

Nesse sentido, ao homem (e ao príncipe/governante em especial) seria legítimo usar de todos os meios necessários para atingir os seus objetivos, cabendo-lhe ser “sufficientemente prudente para evitar a infâmia daqueles vícios que lhe tirariam o poder e guardar-se, na medida do possível, daqueles que lhe fariam perdê-lo”⁵² mas não devendo aborrecer-se por cometer aquelas ações sem as quais lhe seria difícil conservar o poder, pois é possível encontrar “alguma coisa que parecerá *virtù* e, sendo praticada, levaria à ruína; enquanto uma outra que parecerá vício, quem a praticar poderá alcançar segurança e bem estar”⁵³.

Por outro lado, não parece adequado dizer que Maquiavel entende a ação política dissociada da moralidade ou avessa a ela, como se estivesse a defender pura e

a virtude seria a qualidade do homem (o príncipe) de perceber a situação que está em formação, traçar uma estratégia e agir (resposta) no momento oportuno. A virtude é a qualidade de alguns homens de prever o mal e remediarlo a tempo. Mas isso depende de um aguçado senso de oportunidade (ocasião – terceira categoria central). A ocasião é a ponte entre a virtude e a fortuna, já que pouco resultaria da previsão do problema, sem desvendar o momento certo de agir. Na moralidade política de Maquiavel, o príncipe é um político, um homem que domina as técnicas da política e age em prol do bem de seu estado, a manutenção do Estado. O filósofo florentino rompe com a doutrina da Providência Divina e defende que as rédeas do destino estão nas mãos dos homens, que podem agir e medir as consequências de suas ações na relação com os outros homens, cabendo ao político destacar-se em meio aos homens comuns, já que dele se exige mais ação e mais virtude. Nesse sentido: MARTEL, Letícia de Campos Velho. *O tempo e a política no pensamento de Maquiavel*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74-89.

⁵¹ Sobre o pessimismo maquiaveliano acerca da natureza humana e as qualidades necessárias ao Príncipe, disse o secretário florentino: “Isto porque geralmente se pode afirmar o seguinte acerca dos homens: que são ingratos, volúveis, simulados e dissimulados, fogem dos perigos, são ávidos de ganhar e, enquanto lhes fizeres bem, pertencem inteiramente a ti, te oferecem o sangue, o patrimônio, a vida e os filhos, desde que o perigo esteja distante; mas quando precisas deles, revoltam-se. [...] Os homens têm menos receio de ofender a quem se faz amar do que a outro que se faça temer; pois o amor é mantido por vínculo de reconhecimento, o qual, sendo os homens perversos, é rompido sempre que lhes interessa, enquanto o temor é mantido pelo medo ao castigo, que nunca te abandona. [...] Se precisar derramar o sangue de alguém, deverá fazê-lo quando houver justificativa conveniente e causa manifesta. Mas, sobretudo, deverá respeitar o patrimônio alheio, porque os homens esquecem mais rapidamente a morte do pai do que a perda do patrimônio”. MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 80-81.

⁵² MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 74.

⁵³ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 74.

simplesmente a autonomia da política em relação à moralidade. Realmente, a partir de um modelo analítico-realista do agir político e de sua legitimação, parece que o secretário florentino propõe sim uma moralidade política que rompe com a então reincidente tradição ocidental da moral cristã (piedade, compaixão e bondade dos homens), quando defende ser lícito e legítimo ao governante usar de todos os meios necessários para “manter o seu estado”, para “realizar grandes feitos” e perseguir as “elevadas metas da honra, glória e fama”, pelo que o “contraste essencial diz respeito, isso sim, a duas moralidades distintas – duas exposições antagônicas e incompatíveis do que em última análise se deve fazer”.⁵⁴

Contudo, há na teoria política maquiaveliana uma indagação central: o que legitima as ações políticas do governante para “manter o seu estado”? Diversamente de uma teoria de justificação para os governos tirânicos, para o secretário florentino os fins últimos e legitimadores das ações políticas do príncipe para manter o seu Estado não estariam nos interesses egoísticos e privados do próprio governante, mas na glória do seu povo, ou seja, na manutenção do seu Estado e na propagação do bem comum.⁵⁵

Ainda que o pensamento político maquiaveliano não ofereça um conceito acabado de “bem comum”, da sua obra é possível extraí-lo tanto a partir da relação com um forte senso de patriotismo/nacionalismo (amor à pátria), impondo-se ao governante a renúncia aos seus interesses meramente egoísticos (glória pessoal) em prol da glória da pátria; como da preocupação com a construção de instituições políticas (governos) duradouras, capazes de legar às gerações futuras a estabilidade política e a segurança necessárias à manutenção do Estado.⁵⁶

De fato, na doutrina maquiaveliana a noção de bem comum tem seu epicentro significativo nas ideias de “glória da pátria” e “salvação do Estado”, com vistas à estabilidade das instituições políticas e aos seus grandes feitos, o que legitima e justifica as práticas políticas do governante (ainda que injustas, cruéis ou ignominiosas). A ação exitosa do governo no sentido de manter ao máximo possível a unidade e a segurança da nação representaria o próprio fim último do Estado. Isso, inclusive, levou estudiosos da evolução histórica do pensamento político a atribuir ao secretário florentino a

⁵⁴ SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.** Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 1. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 155.

⁵⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; KAESTNER, Roberto Nasato. A busca pelo verdadeiro Príncipe: uma contraposição entre virtù e fortuna. In: MACHADO, Nivaldo et al. (Org.). **Pensar o Direito.** Rio do Sul: Editora UNIDAVI, 2011. p. 66-71.

⁵⁶ Esses elementos políticos formadores da noção de “bem comum” no pensamento maquiaveliano ficam evidentes em várias passagens da obra *O Príncipe*, sintetizando-se, inclusive, no seu Capítulo XXVI, em que o filósofo exorta um “novo príncipe” a tomar a Itália e libertá-la das mãos dos bárbaros. Nesse sentido: MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe.** Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 123-127.

anticipação das bases teóricas para o que posteriormente ficou conhecido como a “teoria das razões de Estado”.⁵⁷

Na trilha da reconstrução histórica da noção de “bem comum”, outra original contribuição filosófica à formação do pensamento político se encontra na doutrina de Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778 d.C.), sobretudo na sua obra *Do Contrato Social*.⁵⁸ A teoria rousseauiana sustenta a existência de um “estado de natureza” anterior à formação da sociedade (estado civil). Entretanto, o homem natural do contratualismo rousseauiano é o oposto do “lobo do homem” descrito por Thomas Hobbes (1588 – 1679 d.C.) no seu *Leviatã*.⁵⁹ Trata-se de um indivíduo que naturalmente preserva seu

⁵⁷ Para uma contextualização introdutória da teoria das razões de Estado, vale ressaltar: “A tradição de pensamento indicada pela expressão Razão de Estado compreende todo o curso histórico da Europa moderna e das áreas a ela culturalmente ligadas (a América particularmente). Nela se pode distinguir algumas linhas particularmente significativas. O ponto de partida se situa no limiar da Idade Moderna e é constituído pelas instituições geniais e inspiradoras de Maquiavel, com que começa a emergir, em seus contornos mais gerais, o conceito de Razão de Estado, mas não ainda a sua exata formulação verbal [...] O segundo momento especialmente significativo desta tradição está na reflexão e análises dos mestres da razão e dos interesses de Estado, em sua maioria italianos e franceses, da segunda metade do século XVI e do século XVII [...] Esta doutrina atingiu depois um momento de enorme esplendor e de um altíssimo nível de conceituação na cultura alemã do século XIX e primeira metade deste”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira. v. I. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 1067. Para uma análise da teoria das razões de Estado a partir das obras de Maquiavel e de Giovanni Botero, consultar: NUNES, Diego. Entre “O Príncipe” e a “Razão de Estado”: apontamentos sobre a arte de governar entre as obras de Maquiavel e Botero. **Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, ano 1, n. 1, p. 126-145, jul./dez. 2008.

⁵⁸ O pensamento rousseauiano sofre críticas relacionadas à ausência de unidade, coerência e totalidade sistemática na sua teoria política, a partir de uma contradição entre os principais textos políticos de ROUSSEAU (*O Discurso sobre a Origem da Desigualdade* e *Do Contrato Social*), já que no primeiro o filósofo apresenta um pessimismo antissocial que contrasta com o otimismo evidenciado no segundo. Na verdade, a compreensão adequada dos principais conceitos da segunda obra está diretamente vinculada à problemática desenvolvida na primeira. O *Contrato Social* deve ser lido como uma proposta de sociedade ideal, uma utopia alternativa, onde a liberdade e a igualdade se articulem indissociavelmente, no plano do dever ser, ao passo que *O Discurso* retrata a realidade daquele momento histórico (sociedade civil da época), situado no plano do ser. Nesse sentido: HAUSER, Ester Eliana. O ideal democrático no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 168.

⁵⁹ Inegavelmente, Hobbes foi um autor polêmico e seu pensamento político transcendeu os debates do seu tempo, chegando até os dias atuais. A teoria política hobbesiana parte da análise do homem para explicar o Estado (*Leviatã*). Nas palavras de André Lipp Pinto Basto LUPLI: “Pois se o Leviatã é o homem artificial construído por todos, seria preciso, conforme o método cartesiano, desmembrá-lo em partes para entender o todo. E a parte do Leviatã é cada um dos homens que o compõe”. Na sua análise do homem, aproxima-se de Maquiavel, sendo que ambos “consideravam o homem um ser egoísta, predisposto a cometer atos antissociais. Aliada ao princípio da autopreservação, esta noção permite que Hobbes deduza a figura da guerra de todos contra todos, um estado de natureza em que cada homem luta pela sua sobrevivência, sem que haja barreiras sociais para impedir a sua atuação, mesmo quando age contra o seu semelhante”. A competição, a desconfiança e a glória são as razões da discórdia na natureza do homem. Hobbes cita o *Leviatã* das escrituras de Jó (o Rei de todos os filhos da soberba) como poder soberano capaz de manter (viabilizar) a vida em sociedade, por meio da coerção (monopólio da lei nas mãos do monarca soberano). Na teoria hobbesiana, o pior de todos os males seria a guerra civil, a disputa de todos contra todos (estado de natureza). Para caracterizá-la, o filósofo busca a representação do monstro *Behemot* (símbolo da rebelião), que deve ser dominado por *Leviatã*. Se o pior dos males é a guerra civil, isso justificaria a criação do Estado, uma autoridade forte que, ainda que viesse a tolher a liberdade, garantiria a segurança e a vida dos homens. Para proteger-se da insegurança do estado de natureza, o homem pactua a criação de um soberano absoluto para sua defesa e segurança (*Leviatã*), com a cessão de

bem-estar e conservação (o amor de si, diferente de amor próprio), bem como age com sentimento de piedade em relação aos seus semelhantes.

Para Rousseau, o homem não se organiza em sociedade para se proteger dos seus semelhantes, para garantir sua propriedade, mas para melhor enfrentar as forças da natureza e mais facilmente vencer os obstáculos naturais. Nesse processo de socialização, o homem sai do seu isolamento e torna-se dependente dos outros, uma socialização anterior e preparatória ao contrato social. Desta fase podem seguir dois “modelos ideais” de contrato: um contrato iníquo, do qual resulta uma sociedade injusta, onde os indivíduos são alijados da liberdade e da igualdade; e um contrato legítimo, capaz de gerar uma sociedade que respeite e fomente os fundamentos naturais do indivíduo, uma sociedade igualitária (igualdade política e substancial) e base de uma política fundada no interesse comum (estado civil do *Contrato Social*).⁶⁰

No pensamento político rousseauiano não há lugar para a autoridade de um homem sobre os demais a não ser pela via de uma convenção (acordo livre e consciente). No estado civil (sociedade civil), o indivíduo não perde sua liberdade, apenas deixa a sua “liberdade natural” (limitada e garantida apenas por sua própria força) para adquirir a “liberdade civil”, um modelo de “liberdade moral” que é limitada apenas pela “vontade geral”. Essa vontade geral do corpo político (cidadãos) constitui-se na expressão da soberania na sociedade civil ideal. Mas a soberania da vontade geral não se coaduna com a ideia de propriedade ilimitada, nem com uma sociedade desigual em níveis de riqueza. A propriedade e a riqueza devem estar subordinadas ao interesse comum, sob pena de o interesse particular sobrepor-se ao interesse geral.⁶¹

Realmente, a noção de “vontade geral” é central à filosofia política rousseauiana, representando mesmo a pedra de toque e o coração da democracia no contrato social de Rousseau. Constitui-se no canal de interação dos interesses que cada pessoa tem em comum com os demais, pelo que a promoção do seu interesse reflete nos interesses de todas as outras pessoas, traduzindo o que há de comum no conjunto das

parte de sua liberdade em troca de segurança. O Estado criado pelo pacto social é o homem artificial, o Estado formado pelo pacto de cada um dos homens que o compõe. Nesse sentido: LUPI, André Lipp Pinto Basto. Uma abordagem contextualizada da teoria política de Thomas Hobbes. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 103-129; HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁶⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social ou princípios de Direito Público**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 20-26.

⁶¹ Na doutrina política de Rousseau, cada membro do corpo político é cidadão e súdito: cidadão porque membro do soberano e participante da atividade do corpo político; súdito porque obediente às leis votadas pelo corpo político. Como o indivíduo, submete-se às leis que ele mesmo votou, é soberano de si mesmo, não perdendo com isso a sua liberdade. Frente à assembleia (parte ativa do corpo político) o indivíduo é soberano, frente ao Estado (parte passiva) é súdito. Nesse sentido: HAUSER, Ester Eliana. O ideal democrático no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 176-177.

vontades individuais. Trata-se da manifestação do corpo soberano do Estado (povo), sendo um poder indivisível e inalienável, pelo que “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum: pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível”⁶²

Na teoria contratualista⁶³ rousseauiana, a vontade geral não prescinde de dois componentes legitimadores da sua instauração: primeiro, a ideia de que a participação de todos na soberania do corpo social (igualdade política) deve ser acompanhada de um determinado nível de igualdade substancial, imprescindível para assegurar a própria participação e a igualdade política entre os cidadãos; segundo, um princípio racional de moralidade política, que mantém a vontade geral a salvo de todos aqueles interesses diversos do verdadeiro interesse comum.

Assim, para uma melhor compreensão da noção de vontade geral na teoria política de Rousseau, é necessário lançar luzes sobre os contornos das suas categorias laterais: a “vontade particular”, a “vontade corporativa” e a “vontade de todos”.

A vontade particular é a vontade privada ou pessoal do indivíduo (cidadão), que não propende senão ao seu proveito particular, o desejo de alcançar e satisfazer os seus interesses e vantagens pessoais, sem a consideração por desejos ou interesses alheios que não lhe possam aproveitar diretamente. Por conseguinte, embora a vontade particular possa até mostrar-se eventual e pontualmente de acordo com a vontade geral, é impossível que isso seja constante e duradouro, já que enquanto a vontade geral pugna pela igualdade (igualdade política e substancial), àquela interessam predileções e favorecimentos. Há, ainda, os casos de conflito entre a vontade particular e a vontade

⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social ou princípios de Direito Público**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 33.

⁶³ Ainda que transborde os limites da presente abordagem, convém pelo menos traçar as linhas gerais do contratualismo, como escola do pensamento político moderno. Nesse sentido: “Com o Contratualismo tornou-se comum identificar teorias muito diversas entre si [...] Em sentido muito amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêm a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas*, *imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.-J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804) [...] É igualmente necessário fazer uma distinção analítica entre três possíveis níveis explicativos; há os que sustentam que a passagem do estado de natureza ao estado de sociedade é um fato histórico realmente ocorrido, isto é, estão dominados pelo problema antropológico da origem do homem civilizado; outros, pelo contrário, fazem do estado de natureza mera hipótese lógica, a fim de ressaltar a ideia racional ou jurídica do Estado, do Estado tal qual deve ser, e de colocar assim o fundamento da obrigação política no consenso expresso ou tácito dos indivíduos a uma autoridade que os representa e encarna; outros ainda, prescindindo totalmente do problema antropológico da origem do homem civilizado e do problema filosófico e jurídico do Estado racional, veem no contrato um instrumento de ação política capaz de impor limites a quem detém o poder. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira. v. I. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 272.

geral, situações de elevado risco, sobretudo naquelas situações em que os atores interessados possam buscar subverter a vontade geral ou disfarçada e sorrateiramente fraudá-la e substituí-la pela vontade particular por meio de argumentos e composições de ocasião.⁶⁴

Por sua vez, a vontade corporativa é aquela que decorre dos interesses comuns de um grupo de pessoas (corporação), que ostentam desejos comuns tanto distintos daqueles que todas as pessoas têm como membros do Estado (sociedade civil), como também diversos dos interesses de cada indivíduo nessa qualidade (separadamente). As vontades corporativas traduzem interesses gerais em relação ao grupo e particulares se confrontados ao Estado (todo dos cidadãos), não podendo ser confundidos com a vontade geral. Ainda que não habitem um necessário campo de colisão, a doutrina rousseauiana condena com veemência todo o tipo de “facções”,⁶⁵ deturpadoras e escamoteadoras da vontade geral. Esta não pode ser identificada naquelas “decisões majoritárias que, num contexto só aparentemente democrático, encerram uma confrontação eleitoral ou um debate político, devendo-se considerar, portanto, irrelevantes, do ponto de vista da vontade geral, as decisões tomadas num clima político dominado por facções”⁶⁶

Mas a distinção por excelência e mais complexa da teoria política de Rousseau está na contraposição entre a vontade de todos e a vontade geral. Diferente da vontade geral (interesse comum), a vontade de todos reflete interesses privados e não passa de uma soma das vontades particulares. Conquanto possam até coincidir, ainda que aproximadamente, com os interesses da vontade geral (interesse comum), os interesses da vontade de todos acabam por refletir e veicular somente desejos privados que são “comungados” de forma instável e contingencial (relativa), pelo que o “interesse comum não é o interesse de todos, no sentido de uma confluência dos interesses particulares, mas o interesse de todos e de cada um como componentes do corpo coletivo e exclusivamente nesta qualidade”, o que alerta para o inegável “perigo de predominar o interesse da maioria, pois, se é sempre possível conseguir a concordância dos interesses privados de um grande número, nem por isso assim se estará atendendo ao interesse comum”⁶⁷

⁶⁴ PINTO, Maurício Morena. A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. *Cadernos de Ética e Filosofia Política do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Filosofia da USP*, São Paulo, n. 7, p. 83-97, 2. sem. 2005. p. 86-87.

⁶⁵ Ultrapassa os limites do presente estudo o debate mais aprofundado sobre a questão das “facções” em Rousseau e no pensamento de outros filósofos da Modernidade. Sobre o tema, consultar: PINZANI, Alessandro. Os demônios e as facções: Kant e Madison sobre paixões e instituições. *Crítica: Revista de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina*, v. 11, n. 33, p. 131-152, 2006.

⁶⁶ PINTO, Maurício Morena. A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. *Cadernos de Ética e Filosofia Política do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Filosofia da USP*, São Paulo, n. 7, p. 83-97, 2. sem. 2005. p. 87.

⁶⁷ PINTO, Maurício Morena. A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. *Cadernos de Ética e Filosofia Política do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Filosofia da USP*, São Paulo, n. 7, p. 83-97, 2. sem. 2005. p. 89.

Não se trata, pois, de pretender uma unanimidade de ideias em torno da vontade geral (interesse comum legítimo). A questão é muito menos numérica e matemática e muito mais ética e política. Do conjunto de inevitáveis divergências que compõem o complexo mosaico dos legítimos desejos e interesses de uma comunidade política (corpo social), a expressão da vontade geral estará naquele conjunto de elementos de consenso ou interesses comuns para os quais converge a sociedade.

Nada obstante, essa noção de bem comum a partir do conceito rousseauiano de vontade geral acaba por sofrer duras críticas, taxada de um modelo individualista de matriz claramente utilitarista, na medida em que supera e afasta aquela ideia tomista de bem comum, impregnada de um cunho moral e ideológico (solidariedade social), pela máxima da vontade geral, que teria no viés utilitário e legalista do consentimento (contrato) o seu fundamento de legitimação. Uma legalidade que adquire um caráter quase sagrado, típico do liberalismo individualista (a racionalidade da lei assumiria uma feição de divindade incontestável), “inteiramente desvinculado de qualquer conteúdo axiológico; ela vale por si mesma. Idealizada como instrumento de proteção das liberdades individuais, acaba por colocar em risco essas mesmas liberdades, tornando-se instrumento de opressão”⁶⁸.

Embora razoáveis, não parece que estas críticas caibam diretamente no pensamento rousseauiano, no sentido de reduzi-lo a mais acabada doutrina liberal-individualista de feições utilitaristas, pois não se pode olvidar que a teoria política de Rousseau conduz à construção de um conceito de vontade geral sobre o fundamento de um insuprimível componente moral, que exige a construção da sociedade a partir de um modelo de igualdade substancial.

Por outro lado, também parece inegável que, sem esse componente moral, o edifício teórico rousseauiano desmoronaria e sucumbiria facilmente à dinamite totalitária e autoritária das maiorias de ocasião, tão comuns na atualidade, que falseiam e encobrem interesses egoísticos e parciais sob uma densa cortina de fumaça, envolvidos sob os quase sempre oscilantes e casuísticos contornos de um “interesse público”, aparentemente revelado de forma mítica ou divina por autoridades usurpadoras da legítima e democrática vontade, construída a partir do consenso soberano do povo e assentada nas Constituições contemporâneas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De toda essa (breve) recuperação histórica do rico pensamento político ocidental, pode-se conceber que a noção de bem comum constitui-se a partir de uma constante moral, um conceito indeterminado (mas determinável) que guarda destacada

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 88-90.

relevância e ingerência na relação de integração entre os interesses individuais ou de grupos de pessoas com os interesses gerais de uma comunidade política. Ainda que a noção de bem comum possa trazer em si a ideia de negação e contraposição a interesses individuais ou corporativos, que acabariam por sucumbir aos “interesses maiores” da coletividade, um conceito moralmente legítimo de bem comum deve surgir da afirmação desse caldo de diversidades e (aparentes) contradições de interesses dos mais variados matizes e não da construção de um pensamento unitário ou da unanimidade em torno das questões de interesse coletivo ou geral.

Não se pode jamais esquecer que a construção da coletividade parte do indivíduo, que tem aspirações próprias e legítimas e que não podem ser ignoradas ou sufocadas pelo sentimento coletivo. O adequado balanceamento e composição desses interesses, por vezes conflitantes, parece ser o ponto de equilíbrio necessário à efetiva construção de uma comunidade política justa e capaz de alcançar aquele bem comum supremo aristotélico: a felicidade!

Com efeito, a história recente do século XX está recheada de infelizes exemplos capazes de indicar até onde a maldade humana consegue levar a barbárie e a irracionalidade, a partir da usurpação (degeneração) de teorias (mais ou menos) organicistas de primazia absoluta do interesse público tutelado pelo Estado, ou variáveis utilitaristas fundadas na máxima de que a finalidade das instituições jurídico-políticas está em assegurar a maior felicidade ao maior número de indivíduos.

Esses modelos teóricos, por mais bem intencionados que sejam e ainda que pretendam a felicidade da maioria, trazem no seu DNA um potencial de genética autoritária/totalitária de ofensa a direitos humanos fundamentais, o que não pode ser fundamento legítimo para qualquer conceito de interesse público que se pretenda amparado por um genuíno Estado constitucional de direito.

Inegavelmente, a dinâmica sociopolítica conduz à diversidade e contraposição de interesses, cabendo aos poderes constituídos não a imposição de valores unitários e perpétuos (fundados em verdades monolíticas e excludentes), mas a construção de consensos inclusivos gestados a partir dessa assimetria social. É certo que a convivência democrática de interesses opostos/contrapostos, em especial em uma democracia largamente rarefeita como a brasileira, não é tarefa fácil e nem um caminho só para frente. Marchas, contramarchas, soluções e até cavalos de pau são (até certo ponto) inevitáveis. Este é o nosso trabalho de Hércules.

6. REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2009.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, ano 81, p. 233-289, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira. v. I. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRUNI, Luigino. Bem comum e economia: para uma economia baseada no ágape. Tradução de Luís Miguel Neto. **Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP)**. Universidade Técnica de Lisboa (UTL), Lisboa, p. 01-11, 2008. Disponível em: <http://www.academia.edu/2576914/Bem_Comum_e_Economia_Para_uma_Economia_baseada_no_Agape_-_trad._do_original_de_Luigino_Bruno>. Acesso em: 17 jan. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 67-84.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do pensamento político**. v. 1. Tradução de Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Tradução de Amador Cisneiros. Bauru: EDIPRO, 1995.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; KESTNER, Roberto Nasato. A busca pelo verdadeiro Príncipe: uma contraposição entre virtù e fortuna. In: MACHADO, Nivaldo et al. (Org.). **Pensar o Direito**. Rio do Sul: Editora UNIDAVI, 2011. p. 107-127.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85-102.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GALÁN Y GUTIÉRREZ, Eustaquio. **La filosofía política de Sto. Tomás de Aquino**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAEBERLIN, Márton Perius. **Crítica da razão do Estado**: uma (re)formulação do conceito de interesse público e a correlata construção de um Estado meritocrático de direito. 2014. 454 f. Tese (Doutorado de Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

HAUSER, Ester Eliana. O ideal democrático no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 165-181.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOUTART, François. **Dos bens comuns ao “bem comum da humanidade”**. Bruxelas: Rosa Luxemburg Foundation Brussels Office, 2011. Disponível em: <<http://www.reformaagrariaemdados.org.br/sites/default/files/Dos%20bens%20comuns%20ao%20Bem%20Comum%20da%20Humanidade%20-%20Fran%C3%A7ois%20Houtart%202011.pdf>>. Acesso em 21 jan. 2018.

JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LIXA, Ivone Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 11-37.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. Uma abordagem contextualizada da teoria política de Thomas Hobbes. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 93-134.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. O tempo e a política no pensamento de Maquiavel. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 67-92.

MEZZAROBA, Orides; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. The principle of the dignity of human person: A reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 273-293, jan./abr. 2018.

MEZZAROBA, Orides; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos fundamentais e a dogmática do bem comum constitucional. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 33, n.

64, p. 335-372, jul. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p335/22475>>. Acesso em 21 jan. 2018.

NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público.** 2005. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

NUNES, Diego. Entre “O Príncipe” e a “Razão de Estado”: apontamentos sobre a arte de governar entre as obras de Maquiavel e Botero. **Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, ano 1, n. 1, p. 126-145, jul./dez. 2008.

PATO, João; SCHMIDT, Luísa; GONÇALVES, Maria Eduarda (Org.). **Bem comum:** público e/ou privado. Lisboa: ICS (Imprensa de Ciências Sociais), 2013. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22896/1/ICS_JPato_LSchmidt_LEN.pdf>. Acesso em 21 jan. 2018.

PEREIRA, Américo. Da ontologia da “polis” em Platão. **Covilhã: LusoSofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura**, p. 03-102, 2011. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/56971910/Pereira-Americo-Ontologia-Da-Polis-Em-Plato>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

PINTO, Maurício Morena. A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. **Cadernos de Ética e Filosofia Política do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Filosofia da USP**, São Paulo, n. 7, p. 83-97, 2. sem. 2005.

PINZANI, Alessandro. Os demônios e as facções: Kant e Madison sobre paixões e instituições. **Crítica: Revista de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina**, v. 11, n. 33, p. 131-152, 2006.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

ROULAND, Norbert. **Nos confins dos Direito**: antropologia jurídica da Modernidade. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social ou princípios de Direito Público**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SALGADO, Eneida Desiree. Essay on the constitutional promises of democracy and republic. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 85-100, set./dez. 2017.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-116.

SEWAYBRICKER, Luciano Espósito. **A felicidade na sociedade contemporânea**: contraste entre diferentes perspectivas filosóficas e a Modernidade líquida. 2012. 159 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.** Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SZLEZÁK, Thomas Alexander. Platão e os pitagóricos. Tradução de Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. **Archai: Revista de Estudos sobre as Origens do Pensamento Ocidental.** Brasília, n. 6, p. 121-132, 2011.

TEIXEIRA, Evilázio. **A educação do Homem segundo Platão.** São Paulo: Paulus, 1999.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma teológica.** t. VI. Madrid: B.A.C., 1956.

WHITE, Nicholas. **Breve história da felicidade.** Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução à história do pensamento político.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 39-66.



A vitória pírrica da democracia constitucional

Constitutional democracy's pyrrhic victory

FAUSTO SANTOS DE MORAIS^{I,*}

^IFaculdade Meridional – IMED (Brasil)
faustosmoraes@gmail.com

FERNANDO GABRIEL GHIGGI^{II,**}

^{II}Faculdade Damásio (Brasil)
fernandoghiggi@gmail.com

Recebido/Received: 24.10.2017 / October 24th, 2017

Aprovado/Approved: 15.01.2019 / January 15th, 2019

Resumo

Na tradicional concepção de separação de poderes, o Legislativo assume o locus das decisões políticas na sociedade por excelência. Não obstante, o controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*) ascendeu de forma contumaz, sendo visto como aspecto essencial e indispensável às democracias constitucionais contemporâneas. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é expressamente consagrado guardião da Constituição, revelando-se detentor da última palavra nos diálogos institucionais travados com os demais poderes do Estado. Para muitos, a ascensão do Judiciário se trata de uma vitória à garantia dos direitos fundamentais. Para outros, trata-se tão somente de uma vitória pírrica: aparenta-se como uma conquista, mas seus prejuízos sobrepuem-se aos

Abstract

The traditional concept of separation of powers teaches that Legislative branch is the locus of political decisions in society by excellence. However, judicial review has ascended obstinately, being seen as an essential and needful aspect to contemporary constitutional democracies. In Brazil, Supreme Tribunal Federal is expressly consecrated guardian of the Constitution, getting the final say on institutional dialogues faced with other branches of the state. For many it is a victory for the guarantee of fundamental rights. For others, it is merely a Pyrrhic victory: it looks like an achievement, but its costs outweigh its gains. Adept of this premise, Jeremy Waldron develops an extensive criticism to judicial review of legislation, with foundation in his ideal conception of legislative institutions. Therefore, it is questioned: is

Como citar esse artigo/How to cite this article: MORAIS, Fausto Santos de; GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 135-164, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i1.56004.

* Docente da Escola de Direito e Programa de Pós-Graduação Estrito Senso – Mestrado em Direito, Faculdade Meridional – IMED (Passo Fundo-RS, Brasil). Doutor (2013) e Mestre (2010) em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (São Leopoldo-RS, Brasil). Coordenador do grupo de pesquisa: Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais. Advogado. E-mail: faustosmoraes@gmail.com.

** Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – FDDJ (São Paulo-SP, Brasil). Graduado (2016) em Direito pela Faculdade Meridional – IMED (Passo Fundo-RS, Brasil). Integrante do grupo de pesquisa: Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais. Técnico Judiciário. E-mail: fernandoghiggi@gmail.com.

ganhos. Adepto dessa premissa, o jusfilósofo Jeremy Waldron desenvolve vasta crítica ao controle jurisdicional de constitucionalidade, alicerçado em uma concepção ideal de instituições legislativas. Com efeito, indaga-se: é possível extraír contribuições ao contexto jurídico e político brasileiro pelo estudo da teoria de Waldron? Partindo-se dessa problemática, a presente pesquisa objetiva estudar e apresentar a teoria do citado autor, especulando-se, ao final, possíveis contribuições.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; controle de constitucionalidade; diálogos institucionais; separação de poderes; Jeremy Waldron.

it possible to extract contributions to Brazil's political and legal context from the study of Waldron's theory? Opening with this problematic, the present research aims to study and present Waldron's theory and to speculate possible contributions.

Keywords: judicial review; constitutional jurisdiction; institutional dialogues; separation of powers; Jeremy Waldron.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** A proposta teórica de Waldron: a ilegitimidade do *judicial review*; **2.1.** Crítica ao controle judicial de constitucionalidade; **2.2.** Tirania da maioria e admissão do controle judicial; **2.3.** A defesa da democracia e das instituições legislativas; **3.** Possíveis contribuições ao Brasil pela obra de Waldron; **3.1.** Perspectivas iniciais ao âmbito legislativo; **3.2.** Do legislativo à atual posição do judiciário no Brasil; **3.3.** Aspectos intrínsecos ao âmbito judicial; **4.** Considerações finais; **5.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito da teoria do direito e da filosofia política, situa-se o tema da legitimidade das decisões morais e políticas da sociedade, em face da assentada doutrina da separação dos poderes. Embora o Legislativo seja o lócus dessas decisões por excelência, persiste a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, com aporte na teoria dos direitos fundamentais, para revisão de deliberações legislativas a pretexto de reforçar a democracia.

Majoritariamente, vê-se essa atuação do Judiciário como aspecto positivo, uma vitória do constitucionalismo. Todavia, há visão contrária, no sentido de que os aspectos supostamente positivos dessa realidade são superados por decorrências negativas. Ou seja, se vista como uma vitória, seria, no máximo, uma vitória pírrica: comemorada de imediato, mas cuja perspectiva futura é preocupante, pois os prejuízos se sobrepõem aos ganhos.

Nesse viés, desenvolveu-se o presente estudo amparado pela teoria de Jeremy Waldron, jusfilósofo neozelandês, professor na New York University School of Law, nos EUA, adverso à revisão judicial da legislação e proponente de modelo ideal de política na relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Com efeito, orientou-se pela seguinte problemática: é possível extraír contribuições ao contexto jurídico e político brasileiro, e às suas instituições, pelo estudo da teoria de Waldron?

Para tanto, o método fenomenológico hermenêutico sustenta o raciocínio investigativo à verificação da hipótese sustentada – de que há relevantes contribuições a

serem extraídas da obra do citado autor. Diante disso, objetiva-se estudar e apresentar a teoria de Waldron, especulando-se as possíveis contribuições supracitadas.

Com efeito, a presente pesquisa será apresentada em duas seções. Primeiramente, apresentar-se-ão os principais aspectos teóricos da obra de Waldron acerca da ilegitimidade do controle de constitucionalidade e a ligação com seu modelo ideal de instituições legislativas. Em um segundo momento, elucidar-se-ão possíveis contribuições decorrentes do estudo da obra de Waldron aplicada ao atual contexto brasileiro.

Por fim, justifica-se a presente pesquisa pela constante necessidade de aferir a legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade e a qualidade da tomada de decisões políticas e morais na sociedade. Ademais, sem debaterem-se adequadamente as questões vinculadas a essa temática não é possível uma visão clara acerca dos defeitos e qualidades das instituições centrais ao funcionamento e inter-relação entre os poderes do Estado – e em última análise, entre direito e política.

2. A PROPOSTA TEÓRICA DE WALDRON: A ILEGITIMIDADE DO JUDICIAL REVIEW

Corriqueiramente, o povo decide assuntos controversos, mediante representantes eleitos e atuantes nas instituições do Poder Legislativo. Tomadas tais decisões, elas não devem passar por um “segundo turno de votação” ou consentimento pelos Tribunais, pois tal ação é desnecessária e carece de legitimidade política. Matérias como aborto, ações afirmativas, direitos em processos criminais, uniões homoafetivas, entre outras, são afetas aos cidadãos para decidir, e não à elite judicial¹. Eis a premissa básica de Jeremy Waldron, aqui explorada.

Afinal, cidadãos levam a sério a ideia de serem regidos por direitos, e isso torna inevitável que surjam desacordos vigorosos e substanciais acerca do que efetivamente acarretam esses direitos², especialmente em uma sociedade plural com diferentes ideologias. Por essa razão, assentam-se instituições legislativas, nas quais se reúnem as opiniões divergentes para resolução de tais controvérsias, em termos de razoável igualdade política. Logo, os desacordos não devem ser sanados por um corpo judiciário não eleito e não representativo, cujos membros discordam entre si sobre questões complexas tanto quanto os cidadãos e seus representantes³.

¹ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1348-1360.

² Dois cidadãos concordam que em dada sociedade é garantido o direito à vida e o direito à liberdade ou autonomia privada; ambos podem discordar, de boa-fé, sobre se deve ser garantido à mulher a escolha de realizar o aborto ou se deve ser garantido ao feto a proteção pela criminalização do aborto.

³ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1360-1369.

Waldron crê que o fato de comumente prevalecer a visão oposta à sua – ou seja, a apostila na revisão judicial – deve-se àquilo que ele denomina de “indignidade da legislação”. Trata-se de circunstância que permeia o imaginário jurídico e social, pela qual a lei é vista como algo supérfluo, arbitrário e sem profundidade do ponto de vista da filosofia política e teoria do direito. Tal crença é fundada em uma espécie de realismo jurídico: a lei só se tornaria direito – ou um “direito digno” – quando é interpretada e administrada por tribunais⁴.

2.1. Crítica ao controle judicial de constitucionalidade

Nesse embate entre a visão ideal da legislação por Waldron e a descrença nas instituições democráticas, o jurista neozelandês propõe alguns argumentos elucidativos. Presumindo-se que nenhum procedimento será perfeito, aportam-se argumentos de resultado – acerca de qual instituição está menos propícia a violar direitos pelos resultados de suas decisões – e argumentos de procedimento – sobre qual instituição emprega o procedimento mais legítimo, passível de aceitação mesmo pelos grupos vencidos em questões controversas⁵.

Os argumentos elencados na categoria vinculada aos resultados afastam a primazia do Judiciário em decidir questões morais e a ideia de que o legislativo sempre tende a agir de modo irresponsável. Segundo o autor, trata-se de olhares superficiais e generalizantes⁶.

Há de se ter mente que mesmo diante da crença em verdades ou respostas corretas em matéria de direitos ou decisões morais, não há uma “teoria do erro” ou qualquer indicação objetiva de que a decisão foi ou não correta, subsistindo apenas visões diferentes. Nessa circunstância, é tão inadequado simplesmente “escolher” qual prevalecerá quanto denegrir arbitrariamente uma das visões sob o pretexto de a outra ser correta. E se juízes também discordam entre si, mesmo tendo em mente a busca pela resposta correta na matéria, o máximo que pode defender é o que ele acredita. Por isso, Waldron preza por uma análise do controle de constitucionalidade sob argumentos de justiça, equidade (*fairness*) e democracia⁷.

Dessa feita, talvez o principal argumento de resultado⁸ é a tendência das decisões judiciais a reduzirem as relevantes questões morais a “problemas de interpretação”.

⁴ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 11-13.

⁵ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1371-1375.

⁶ WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law (I-CON)**, Oxford, vol. 7, n. 1, p. 2-24, 2009, p. 3-4.

⁷ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 180-187.

⁸ Outros argumentos de resultado: i) a falsa crença de que o raciocínio judicial é orientado a casos particulares: nas altas cortes, não mais subsiste a concretude, resumindo-se a disputas abstratas sobre o direito em tese;

Cientes de seu déficit de legitimidade, juízes se agarram a autorizações para decidir: um “céu textual” da Constituição. Essa, no entanto, não resolve a matéria, prevendo tão somente dispositivos vagos em seu rol de direitos e garantias. Não se debate o mérito da questão, mas teorias ou interpretações divergentes. O Tribunal se vincularia ao que outros já disseram ou decidiram⁹.

Por outro lado, instituições democráticas analisam a matéria diretamente no seu mérito, não restringidas ou distraídas por texto, doutrina ou precedente. Problemas de direitos individuais são questões práticas que refletem o momento político da comunidade. São questões divisoras de água (*watershed*). Portanto, é relevante o debate na sua origem (*freshly*). Assim, apostar no *judicial review* acaba por reduzir essas matérias relevantes a meros “problemas de interpretação”¹⁰.

Já quanto às razões de procedimento, Waldron explica que se trata de convencer aqueles que discordam do mérito ou resultado da decisão que, ainda assim, ela foi tomada de modo justo. Em suma, responde-se: “por que essas pessoas decidiram?”; e “por que se deu mais peso a este e não ao outro entendimento?”¹¹.

Para o autor, o legislativo leva vantagem nesse aspecto pelo seu procedimento decisório: o voto majoritário. Primeiramente, é um modo de atender à igualdade política entre as opiniões, dando-as exatamente o mesmo peso, além de garantir o maior poder e a maior possibilidade de expressão (*say*) possível – reforçado pela existência de duas decisões majoritárias, uma nas eleições e outra entre os representantes eleitos¹². Isto é, votar não seria apenas uma contagem numérica¹³.

Por outro lado, o Judiciário, embora também tome decisões por maioria de votos, não possui o mesmo embasamento moral de igualdade política. Seus membros votam por serem todos igualmente *experts* no direito. Mas, também discordam entre si,

ii) a inexatidão de defender a primazia judicial por suas decisões serem fundamentadas: o Legislativo possui seu âmbito de fundamentação (Diários, Hansard ou *Congressional Records*), mas os juristas são treinados para estudar a fundamentação judicial e não legislativa; iii) alega-se que o Legislativo é influenciado por interesses sectários, econômicos, pessoais, etc., mas, quanto isso, ambas as instituições podem ser afetadas, tratando-se de circunstância excepcional a admissão do *judicial review* apenas diante de “patologias legislativas”, pois o mero funcionamento de modo rude ou imperfeito já garantiria uma gama representativa consideravelmente maior do que a existente nos Tribunais. WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1376-1386.

⁹ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1381-1384.

¹⁰ WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law (I-CON)*, Oxford, vol. 7, n. 1, p. 2-24, 2009, p. 19-23.

¹¹ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1386-1387. Isto é, além de resolver a disputa, o procedimento decisório deve “reconciliar” a parte vencida, fazendo-a aceitar a decisão em razão do processo pelo qual foi tomada. WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 255.

¹² WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1387-1389.

¹³ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 88-91.

e não há como convencer um cidadão, defensor da opinião vencida, que o juiz com o qual ele concorda seja “menos expert” do que o juiz vencedor¹⁴.

Ademais, a única fonte de legitimidade democrática seria a nomeação pelo Presidente com sabatina pelo órgão legislativo, mas além de não atender à mesma gama de diversidade e representatividade das instituições legislativas, vincular os juízes a credenciais políticas e democráticas acaba mitigando o argumento comum em favor do *judicial review*: de que os Tribunais são um âmbito independente e distintivo de tomada de decisões se comparados ao meio político e eleitoral¹⁵.

Questões de legitimidade levantadas por argumentos de procedimento são eminentemente comparativas. Responder ao cidadão anteriormente citado sobre o por- quê da decisão ser tomada do modo que foi não encontra a mesma facilidade no Judiciário se comparado ao Legislativo. Logo, as razões de procedimento colocam em cheque as instituições judiciais ao falharem perante reclames de equidade (*fairness*) do princípio de igualdade política. Tal falha poderia ser sanada por uma defesa quanto às razões de mérito. Se uma instituição fosse claramente superior em decidir sobre quais direitos as pessoas têm, isso pesaria a favor dela. Todavia, não é o caso: as razões de resultado são inconclusivas, pois cidadãos e juízes discordam e argumentam levando direitos a sério – ou são até favoráveis ao Legislativo¹⁶.

Por fim, contesta-se a crença de que o Judiciário está apenas fazendo cumprir *comprometimentos prévios* que a sociedade assumiu na Constituição. Afinal, se tal documento, como se disse, está longe de resolver de fato a matéria por si, não se admite que um pequeno grupo de juízes dite qual o comprometimento assumido pela sociedade, nem se assume que efetivamente a sociedade tenha se vinculado a alguma visão ou interpretação particular, exarada conforme a opinião do juiz acerca de determinado direito nela previsto¹⁷.

¹⁴ WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 257-269.

¹⁵ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1391 e 1394.

¹⁶ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1389-1393. O Legislativo faz um juízo público sobre os direitos, e fixa-o como base para coordenação social. Não há a necessidade de uma instituição adicional para testar se as leis promulgadas estão de acordo com uma espécie de “direito natural”, pois é basicamente o que os legisladores já fizeram. Os membros da sociedade discordam, e o legislativo faz o julgamento (*adjudication*) dessa controvérsia. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 309.

¹⁷ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1393-1394. Cita-se analogia com a odisseia de Ulysses, o qual pediu para amarrarem-no ao mastro do navio e não soltá-lo para que não caísse na tentação das sereias, devendo ser apertadas ainda mais as cordas caso pedisse para soltá-las. Defensores do *judicial review* entariam aplicar essa lógica de reforçar ainda mais o “comprometimento prévio” às restrições (constitucionais) impostas, mas Waldron desconstrói o argumento com base no fato de que as determinações da Constituição não detém essa mesma lógica de certeza e causalidade da história de Ulysses, pois operam mediante baixa previsibilidade, com desacordos e fortes controvérsias sobre o comprometimento exato. Além disso, não são restrições impostas pelo próprio destinatário, estando os

2.2. Tirania da maioria e admissão do controle judicial

Com tudo isso em mente, afasta-se o principal receio em relação às instituições democráticas: a tirania da maioria. Se as pessoas discordam acerca de como resolver disputas sobre direitos e se qualquer procedimento decisório poderá tomar decisões incorretas, a tirania é aspecto inevitável. Trata-se, novamente, de questão comparativa, e o Poder Legislativo traz uma qualidade ímpar na determinação final em questões sobre direitos: é o único que não excluiria, *tiranicamente*, certas pessoas de participarem como iguais na tomada de decisão¹⁸.

Waldron quer diferenciar meros desacordos de efetiva tirania. Mesmo entre juízes não se escapa de minorias e maiorias – discordando vigorosamente – e nem por isso se diz que o grupo de juízes minoritários sofreu de “tirania”¹⁹. Tal constatação é importante para afastar o argumento da tirania pela simples incompatibilidade da votação majoritária com “levar a sério” questões de princípio. O autor ironiza com o fato de que, no final das contas, mesmo juízes não têm nada a fazer além de “contar cabeças”. Igualmente, pode-se pensar de modo mais aberto – e tolerante – na existência de desacordos razoáveis: juízes são *experts* em direito constitucional e discordam tanto quanto cidadãos comuns. Por isso, não é necessário abandonar as convicções assumidas, mas é preciso reconhecer que a visão do oponente não é necessariamente intolerante, corrupta ou deturpada²⁰.

cidadãos de hoje incumbidos de definir se “foi esse o comprometimento prévio” assumido pelo constituinte. O desacordo perpassa todos os níveis: entre os que escreveram a Constituição, entre os Legisladores que resolvem a matéria e entre os juízes que abordaram a causa no sistema do *judicial review*, não ostentando os últimos, portanto, maior legitimidade para decidir. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 258-280.

¹⁸ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1395-1396 e WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 299. Waldron coloca a seguinte proposição: todos os procedimentos de decisão política tem a mesma possibilidade de alcançar decisões equivocadas, mas em geral possuem um defeito que a decisão majoritária não tem: “não permitem que todos os cidadãos da sociedade opinem e votem em um procedimento decisório final; ao invés disso, dão a decisão final sobre os direitos de milhões para as opiniões e votos de alguns poucos”. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 299.

¹⁹ WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 269-271. Por isso, em releitura ao constitucionalismo, Waldron diz que o controle judicial pode parecer o mero cumprimento da tarefa interpretativa da Corte, mas um olhar atento verá que relevantes decisões sobre a forma e o caráter da Constituição foram tomadas por um órgão que, pela soberania popular, não tem mais direito (*has no greater right*) do que poderes eleitos. A soberania popular é citada como legitimação ao *judicial review* diante das restrições impostas “pelo próprio povo” na Constituição num passado remoto, mas não é levada em conta como argumento contra a autoridade da Corte, pelo qual as formulações abstratas demandariam respostas também “pelo próprio povo” de hoje, por decisão majoritária, diante do desacordo existente. WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 39-43.

²⁰ WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 270. Ainda assim, a ideia de que tudo que seja objeto de desacordos razoáveis está ao alcance (*up for grabs*) de decisões democráticas parece “perturbadora”. Mas, dois pontos são importantes. Primeiramente, não significa curvar-se a decisões apressadas, impetuosas, instabilidade e constantes alterações – o processo legislativo deve ser complexo e trabalhoso, com mecanismos que impedem a revisão de questões recentemente

Com essa premissa, Waldron explica que as situações realmente preocupantes são aquelas em que se verifica um alinhamento entre uma minoria decisória e o grupo minoritário afetado pela decisão²¹. Por isso, reconhece que em algumas ocasiões a revisão judicial pode sobressair-se às suas consequências de “ofuscação e ineficácia do voto” (*disenfranchisement*) e à supremacia do legislativo. O autor não defende a inadequação absoluta do controle de constitucionalidade, mas apenas em sociedades democráticas cujo problema principal não seja suas instituições, e sim o desacordo sobre direitos. A prática não seria o paradigma ideal do respeito aos direitos, e nem elemento desejável às democracias constitucionais modernas²².

Não obstante, o autor delimita apenas de modo vago aquilo que ele chama de casos “não-paradigma” (*non-core cases*). Alude a circunstâncias dependentes de verificação empírica, relativas à cultura política ou um legislativo patológico e disfuncional, com legados de corrupção, racismo e outras formas de preconceito.

Waldron reconhece a defesa à revisão judicial quando se vislumbram minorias segredadas sem representatividade, que não têm compartilhados com a comunidade seus interesses e não veem a possibilidade de promovê-los – efetivamente separadas e isoladas (*discrete and insular*). Coloca-se em cheque a capacidade do processo político-legislativo de protegê-las, demandando-se instituições não eleitas para garantir os direitos da minoria e reparar o sistema, propiciando a devida representação²³. Em

votadas. Outrossim, o respeito pelas opiniões alheias impõe que indivíduos singulares não possuam controle sobre os resultados substanciais e políticos que sua própria consciência e princípios lhe ditam. Dizer que as questões estão em aberto (*up for grabs*) não significa uma política egoísta de troca de favores (*selfish pork-barreling*). Se for imputada tal constatação empírica, deve-se fazer de modo especial, com alusão a algo que vá além do objeto dos desacordos sobre questões complexas. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 303-304.

²¹ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1396-1398.

²² WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1406.

²³ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1403-1404. Waldron cita o texto do juiz Harlan Stone, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, aludindo à nota de rodapé número quatro da decisão do caso *United States v. Caroelene Products* (1938), cuja decisão deu-se no sentido de não derrubar uma lei que proibia a mistura de substâncias ao leite para alterar suas características, alegando-se a “presunção de constitucionalidade” existente dentro da margem de apreciação do Poder Legislativo. A referida nota definiu situações que mitigariam a “presunção de constitucionalidade” da legislação, por demandarem análise mais rigorosa quanto à imposição restrições à atividade política, a citar, casos de discriminações contra “minorias isoladas (*insular*) e separadas (*discretes*)”. Além desses casos mencionados por Waldron, fala-se também das situações de afronta direta (facial, literal) à Constituição, e; tentativa de distorcer, obstruir ou fraudar processos políticos. Esse conjunto de considerações levantados na decisão serviu de base, também, a outra teoria restrita quanto à revisão judicial da legislação proposta por John Hart Ely, autor cuja teoria contribuiu às concessões de Waldron ao *judicial review*. WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1403. Cf. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 100-102.

situações dessa natureza, o *judicial review* seria um meio adicional de participação pela desobstrução das vias políticas²⁴.

O autor neozelandês utiliza-se, em parte, da teoria de John Hart Ely, autor norte americano e defensor de um controle procedural, para elucidar casos em que se admitiria a intervenção judicial. Ely arguia que o controle judicial poderia ocorrer diante do mau funcionamento dos procedimentos democráticos. Em suma, seriam duas hipóteses: (i) na obstrução de canais de mudança política pelos incluídos no sistema, de forma que os excluídos não tenham perspectiva de mudança; e (ii) quando não há a exclusão de fato do voto e participação, mas representantes majoritários, por hostilidade ou preconceito, sistematicamente impõem desvantagens à minoria, negando proteções fornecidas sem ressalvas a outros grupos²⁵.

Ainda assim, Waldron é mais restrito do que Ely na admissão do *judicial review*. Por exemplo, enquanto Ely admite que os homossexuais sejam um grupo que merecem a intervenção do controle judicial, Waldron nega que seja o caso²⁶. Ademais, para o neozelandês questões procedimentais também originam desacordos profundos e de boa-fé, desde constitucionalistas a cientistas políticos – em geral, são passíveis de decisão pelas instituições democráticas. Cidadãos, parlamentares e juízes discordam igualmente entre si, havendo um “contínuo trabalho de aprimoramento”²⁷. As circunstâncias sempre são tais que é impossível sustentar coerentemente a ilegitimidade procedural do sistema, pois a alegação de ilegitimidade pode ser feita tanto por defensores quanto opositores de determinado direito procedural, seja qual for o resultado da decisão majoritária²⁸.

Com efeito, as situações de controle judicial admitidas por Waldron são restritas a uma combinação entre (i) a efetiva desobstrução de canais de mudança política diante de disfunções e patologias legislativas ou culturas políticas de corrupção – ou uma

²⁴ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, vol. 115, n. 06, p. 1346-1406, 2006, p. 1395.

²⁵ Cf. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.137.

²⁶ Cf. WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1349-1350; e WALDRON, Jeremy. **Parliamentary recklessness:** why we need to legislate more carefully. Maxim Institute. Auckland: New Zealand, 2008, p. 11-13.

²⁷ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** New York: Oxford University Press, 1999, p. 277-281.

²⁸ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** New York: Oxford University Press, 1999, p. 283-302. O autor neozelandês exemplifica da seguinte forma: (i) na ausência do direito procedural “x”, se uma decisão majoritária que mantenha a ausência desse direito for taxada de ilegítima, o mesmo poderia ser alegado pelos opositores de tal direito se a votação fosse no sentido de conferir o direito “x”, pois o grupo que agora seria vencedor não poderia sustentar que a ausência de tal direito deslegitimaria apenas as decisões contrárias a si (ambas ocorreriam na mesma circunstância de alegada “ilegitimidade”); (ii) se há discussão sobre ser adequado ou não um direito “y”, em um contexto no qual é atualmente garantido tal direito, pode-se votar e diminuir ou revogar o direito “y”, e isso não pode ser taxado de ilegítimo por seus defensores, pois eles estavam nas condições ideais para decidir – e embora as decisões subsequentes possam por eles serem chamadas de ilegítimas, o mesmo ocorria sistematicamente até o momento da decisão, do ponto de vista do grupo contrário. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** New York: Oxford University Press, 1999, p. 298-301.

explícita violação da igualdade política ou sufrágio universal (ao excluir um grupo da participação) e (ii) minorias *isoladas e segregadas* que fossem vítimas de *preconceito*. O isolamento, para Waldron, não é apenas no aspecto político, mas isolada da comunidade em si, sem perspectiva de coligar-se pelo compartilhamento de interesses e promoção dos seus próprios. A ideia do preconceito busca refletir uma verdadeira antipatia inconsciente e impregnada, e não o mero desacordo razoável acerca de determinado direito. Um preconceito difundido é incompatível com as premissas acerca do comprometimento comum e desacordos de boa-fé, pela indiferença ou hostilidade em dissensos iracionais perante direitos de minorias²⁹.

Enfim, seriam situações realmente extremas, endêmicas e sistemáticas que excluem certo grupo da participação democrática. Ou, ainda, repetidas desvantagens por um processo legislativo que, de alguma forma, silencia as demandas do grupo minoritário, ao longo de uma série de rodadas políticas³⁰, sem que membros de outros grupos simpatizem ou se conciliem com seus interesses para promovê-los em conjunto.

Deve-se apenas ter cuidado com argumentos excessivamente depreciativos da maioria, bem como da crença cega na elite judicial. Quando se argui que a maioria simplesmente despreza as necessidades da minoria, não se contamina apenas as decisões majoritárias, mas todos os procedimentos vinculados às decisões políticas. Por exemplo, a minoria que tenha tamanha desconfiança da maioria suscitará dúvidas e equívocos sobre a seleção e nomeação de magistrados, bem como sobre a ideologia de suas decisões³¹.

Com isso, Waldron aduz que argumentos sobre direitos – das minorias – não devem ser vistos como razão absoluta em favor da revisão judicial. Não há argumento definitivo em prol do controle de constitucionalidade. Por isso, ao defendê-lo, deve-se visar às situações de patologias e disfunções legislativas, legados de racismo e preconceitos endêmicos. E dirá Waldron: deve-se fazê-lo com humildade e vergonha das circunstâncias que demandam sua evocação, ao invés celebrar e proclamar a intervenção

²⁹ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1404.

³⁰ Quando da conceituação da *accountability* democrática e judicial, Waldron expõe que “às vezes, um conjunto do eleitorado (*principals*) – um subconjunto do povo – conspiram contra uma minoria, em conluio com aqueles que devem ser os representantes (*agents*). Deve existir um modo de prevenir isso, e a *accountability* forense das cortes pode ser a resposta. Mas, isso não faz da *accountability* forense uma forma de *accountability* democrática”. WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 193.

³¹ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 299. Explica o autor que é necessário averiguar se as maiorias judiciais não estão infectadas com o preconceito que se visa erradicar. Se algum resquício de respeito por direitos existe entre as elites políticas, então a autoridade final deve permanecer, de fato, com os juízes. Todavia, se há simpatia pelas minorias entre as “pessoas comuns”, então as instituições eletivas providenciam meios para canalizar o suporte popular dentro do Legislativo, o que inverte no Judiciário. WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1405.

judicial como se fosse uma vitória, ou o ápice do respeito pelos direitos nas democracias constitucionais³². Uma vitória, mantida tal conjuntura, seria apenas uma vitória pírrica³³ para a democracia constitucional.

2.3. A defesa da democracia e das instituições legislativas

Um sentimento de vergonha parece estar longe da atual visão sobre decisões acerca da inconstitucionalidade de leis apreciadas. Todavia, isso se fundamenta na premissa básica de Waldron por trás da crítica ao *judicial review*: a democracia é uma conquista positiva. Por isso, se a intervenção judicial depende de disfunções representativas, é sinal de enorme perda ao ordenamento constitucional-democrático.

Há um histórico de lutas e celebradas conquistas em prol da democracia, especialmente do direito ao voto universal – contra restrições diretas ou indiretas à participação política por motivos de classe social ou montante patrimonial (pobres), de gênero (mulheres), ou raciais (negros). Tais lutas foram (e são) pelo direito à igual participação na decisão sobre questões de direitos, de políticas e de princípios³⁴. A participação, dirá Waldron, é o *direito dos direitos*³⁵.

Torna-se incongruente celebrar essas lutas e vitórias e, ao mesmo tempo, ter uma visão unicamente pessimista do sistema democrático. De fato, alegações de que políticas eleitorais e legislativas se pautam em assuntos de interesses pessoais e que eleitores e representantes nunca pensam além do melhor para si são problemas empíricos, por vezes aumentados exageradamente. Se esse “cinismo” for levado a diante, pode-se insistir que filósofos também escrevem por puro interesse particular, assim como

³² WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1406.

³³ Karl Loewenstein fala em vitória pírrica da democracia constitucional relativamente à relevância – ainda que muitas vezes simbólica – adquirida pelas cartas escritas de direitos, no contexto constitucionalismo, bem como pelo fato de que nenhum sistema político, ainda que autoritário, vê-se capaz de rechaçar explicitamente a ideologia democrática de que todo poder emana do povo e apenas será legítimo seu exercício em nome deste. Ainda assim, a democracia constitucional passa por um estágio de crise, principalmente pela falta de normatividade dos textos constitucionais e pela indiferença dos seus próprios destinatários – algo que o autor chama de “atrofia da consciência constitucional”. Essa circunstância se fortalece pelo fato de que a constituição se distancia da população e aproxima-se do jogo de interesses dos detentores do poder de fato. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 213-215 e p. 222-231. Nesse sentido, Waldron apresenta uma postura crítica – ou visão cética – em relação ao constitucionalismo. Segundo o jurista neozelandês, há foco demasiado em restrições à atuação legislativa, sem conceber adequadamente a soberania popular e empoderar (*empower*) o povo na participação das decisões, incumbência insita à Constituição enquanto base da deliberação política. Isto é, há uma tarefa constitucional de estruturar instituições e procedimentos que viabilizem a persecução de ideais e projetos pela população, levando a sério a integridade do processo de criação legislativa e tomada de decisões políticas, e não apenas focado na “limitação”. É como “a Constituição pode tornar possível, afirmativamente, aquilo que de outro modo seria a perigosa política das ruas”. WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 34-36.

³⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 249-255.

³⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 251-254.

o mesmo pode ser dito sobre a atuação de juízes, sobre quem escreveu a Constituição, e até sobre si próprio. Seguir nisso impossibilita desenhar conclusões sobre instituições ou sobre política. Portanto, quer-se atribuir a possibilidade de que cidadãos e seus representantes, ao menos em parte do tempo, pensam com zelo, boa-fé e seriedade em questões de princípios, justiça e direitos³⁶.

Daí surge a importante conclusão: existem situações que demandam intervenção judicial, mas isso não significa que se devem deixar de lado as causas que exigiram tal intervenção. Isto é, admitir que dada nação necessite do controle judicial não pode servir de base para um descaso em relação à situação das instituições legislativas, sem uma busca por constantes avanços, correções e aprimoramentos. Não se pode permitir que a atuação do Judiciário gere certa “zona de conforto” no atual quadro das instituições democráticas, dificultando sua reforma e o desenvolvimento de uma cultura responsável, diante da constante atuação judicial como constante *backup*³⁷. Como referido acima, celebrar vitórias esparsas, se mantidas as circunstâncias políticas, resume-se a uma vitória pírrica à democracia.

Isso se pauta em outra importante assunção feita por Waldron: legislar pode ser visto de duas formas. A primeira delas, mais rudimentar, é um “procedimentalismo estúpido³⁸, formado por um conjunto de regras arbitrariamente estabelecidas, de tal forma que apenas deve ser seguido às cegas o rito legislativo, apostando-se no Judiciário como forma de revisar decisões com as quais se discorde³⁹. Notoriamente, essa não é a conceção do citado autor.

Em contraposição, Waldron defende uma visão pautada na integridade legislativa e dignidade da legislação. Ambas classificações formam um conceito que pode ser sintetizado na observância de três premissas básicas. Primeiramente, admite-se que o processo legislativo não se resume ao conjunto de regras, sendo pautado por princípios subjacentes, a citar: *transparência, dever de cuidado (duty of care)* com interesses e liberdades em jogo, *representação, respeito pelos desacordos e oposição leal (loyal opposition), deliberação responsiva, formalidade legislativa e igualdade política* (respaldada pelo voto majoritário)⁴⁰.

³⁶ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 14-15 e p. 230.

³⁷ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1403.

³⁸ WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 166.

³⁹ WALDRON, Jeremy. Legislating with Integrity. **Fordham Law Review**, New York, vol. 72, n. 2 p. 373-394, 2003, p. 374-377. Para explicar essa visão, o jurista lança frase dita, em tese, por Otto Von Bismarck “[...] uma pessoa com afeição pela lei, assim como uma pessoa com afeição por salsichas, não deve investigar muito de perto os processos pelos quais elas são feitas”, para referir o desgosto ao tomar ciência de como se dá sua criação. WALDRON, Jeremy. Legislating with Integrity. **Fordham Law Review**, New York, vol. 72, n. 2 p. 373-394, 2003, p. 374.

⁴⁰ WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 153-164.

A função desses princípios vai desde a explicitação da finalidade das regras legislativas, distinção entre atuação íntegra e não íntegra, até a avaliação crítica do sistema. Pode-se fazer um paralelo com regras procedimentais de um julgamento criminal: não são um fim em si mesmo, pois se orientam a princípios subjacentes – respeito pelo indivíduo, busca da verdade, presunção de inocência e não autoincriminação. Quando se estrutura o processo judicial, têm-se em mente esses princípios para avaliar as regras e advogar por mudanças, além de orientar o comportamento dos participantes. O mesmo deve ocorrer no Legislativo⁴¹.

Como segundo pilar, emerge o caráter formal e deliberativo na instituição representativa de uma gama de interesses de toda a sociedade. Não se trata apenas de reunir e votar, mas efetivamente discutir as leis e medidas em pauta. O corpo legislativo é formado por pessoas diferentes em seu passado, crenças, experiências de vida e visão sobre justiça, política e direitos. Pela grande diversidade de perspectivas e contribuições advindas em decorrência do grande número de indivíduos, alcançam-se decisões melhores do que qualquer membro alcançaria sozinho (uma inteligência coletiva)⁴².

Isso é extraído por Waldron da obra de Aristóteles, no debate sobre a população em geral ou “os poucos melhores” estarem no poder. Ante o caráter multifacetado das decisões políticas e questões de princípio, nenhuma pessoa detém todo o conhecimento necessário, mas cada um terá sobre uma parte. Assim, ainda que se compare com “o mais sábio e capaz”, o povo, na consideração coletiva, pode tomar decisões melhores, em face do conhecimento e experiência de vida de cada pessoa, enquanto “o(s) melhor(es)” possuem apenas seus recursos e experiências individuais⁴³. Trata-se da sabedoria da multidão (*wisdom of the multitude*)⁴⁴.

⁴¹ WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 165-166; e WALDRON, Jeremy. Legislating with Integrity. **Fordham Law Review**, New York, vol. 72, n. 2 p. 373-394, 2003.

⁴² WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 69-74.

⁴³ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 72 e 136-142. O autor também aborda a possibilidade de utilizar o teorema do júri de Condorcet, que formulou uma construção aritmética segundo a qual a atuação em grupo, com pessoas razoavelmente competentes (no teorema, mais de 0,5 de chance de acerto), terá mais chance de dar a resposta correta do que qualquer um dos membros individualmente. Todavia, Waldron diz que esse não pode ser o fundamento, pois, no cálculo de Condorcet, conforme o grupo aumenta de tamanho, após certo ponto, a competência individual tende a reduzir gradativamente, pendendo contrariamente à assembleia em grandes números. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 51-52, e WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 131-132 e 368.

⁴⁴ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 113-132. Em face disso, o direito à participação é semelhante ao direito à propriedade: inicialmente, pertencente ao indivíduo – sua propriedade privada –, mas, não é exercido apenas para seu propósito particular, pois possui uma fundamentação racional coletiva (função social), de contribuir para a qualidade do julgamento, interagindo deliberativamente até o voto em assembleia. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 139.

Como último pilar da integridade e dignidade surge a independência institucional em relação ao Executivo. Assim, garante-se que o legislativo seja um local de debate genuíno, não focado apenas em cumprir a agenda daquele poder. Um sistema bicameral seriam um início apto a permitir que ao menos uma das casas funcione de tal modo⁴⁵.

Com a combinação desses elementos, a legislação poderia (e deveria) assumir o centro das decisões políticas na sociedade. Dessa feita, assentada a crítica de Waldron, indaga-se: é possível que sua teoria irradie sobre o ordenamento jurídico brasileiro, fortemente centrado no Poder Judiciário, e forneça aportes a possíveis contribuições? A seção seguinte se destina a demonstrar que a resposta é afirmativa, elencando sete aspectos que podem sofrer influência pela obra do autor neozelandês.

3. POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES AO BRASIL PELA OBRA DE WALDRON

Da mesma forma que a base teórica de Waldron sobre o Poder Legislativo e o *judicial review* se mostram interligadas, também as contribuições decorrentes da obra do autor irradiam sobre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Expor-se-ão, no presente capítulo, sete possíveis contribuições que merecem maior atenção, sem, evidentemente, precluir a possibilidade de outras tão ou mais importantes do que as aqui elencadas.

3.1. Perspectivas iniciais ao âmbito legislativo

Fala-se, no Brasil, sobre a incapacidade das instituições democráticas de atenderem os reclames da democracia. Sumariza-se em: distorção da igualdade política, da representatividade e da lógica “uma pessoa, um voto”; partidos sem efetiva fixação ideológica, movidos apenas como “legendas de aluguel”; eleições determinadas pelo poderio econômico⁴⁶; perpetuação no poder; controle do Executivo sobre o Legislativo; disfunção do sistema de eleição proporcional, sem garantia de representação das minorias; clientelismo, patrimonialismo e corrupção⁴⁷.

⁴⁵ WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 81-85.

⁴⁶ Especificamente sobre este ponto, importa referir que em 2015 o STF declarou inconstitucional o financiamento de campanhas por pessoas jurídicas, trazendo, em meio à vasta gama de fundamentos jurídicos, políticos, aportam dados empíricos relevantes como: (i) aumento de 471% dos custos com eleições em período de dez anos, encontrando-se o Brasil no topo do ranking de gastos com campanha eleitoral (p. 24-25 e p. 87-90); (ii) participação de 0,5% do total empresas do país, sendo que, dessas, 1% das doadoras representa 61% de todo o montante doado, resultando uma correlação de quase 100% dos votos recebidos pelos candidatos beneficiados por tais entidades (p. 50 e p. 302-303); (iii) as maiores financiadoras são empresas que mantêm contratos com órgãos públicos, em especial no setor de construção civil (p. 172). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 17/05/2015). Há dois pontos, que não se confundem, mas merecem reflexão: a legitimidade da decisão e os problemas empíricos apontados em sua fundamentação.

⁴⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 28-36 e 61-63; REIS, Márlon. Eleições

Há de se averiguar empiricamente esses aspectos. Por isso, a primeira e mais evidente contribuição da obra de Waldron é o *fomento ao estudo, debate, teorização e propostas de inovação e aprimoramento do sistema representativo* – algo, segundo o autor, pouco explorado na filosofia política e na teoria do direito. Aclamadas conquistas pela via judicial culminaram na apostila exacerbada no âmbito Judiciário, relegando-se a resolução dos problemas do Legislativo a plano secundário, de forma que o descaso sistemático com as instituições democráticas resultou no crescimento expoencial dos problemas verificados em tal ramo do Estado: um dos reflexos da *vitória de pirro*.

Deve-se abranger o sistema eleitoral, as instituições em si, o processo legislativo e aspectos individuais dos parlamentares. Inclusive, faz-se necessário acompanhar os reflexos das modificações trazidas pela Emenda Constitucional 97/2017, quanto à vedação às coligações no sistema proporcional e requisitos mínimos de representatividade para acesso a recursos do fundo partidário e tempo de propaganda eleitoral. Enfim, o modelo de Waldron, por exemplo, pode embasar olhares críticos, a fim de angariar possibilidades de melhorias.

Tal reclame remonta imediatamente à segunda contribuição vinculada ao âmbito legislativo: a participação e representatividade feminina na política. Denota-se como o sistema proporcional – voltado a facilitar a representação de minorias – é falho, no Brasil, pela porcentagem de mulheres, por exemplo, na Câmara de Deputados. Segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), apenas 51 dos 513 Deputados Federais eleitos em 2014 são mulheres⁴⁸. Não obstante, 52% do eleitorado é do sexo feminino⁴⁹. A legislação prevê quota mínima de 30% para registro de candidatos de cada sexo (artigo 10, § 3º, Lei 9.504/97), mas, após tal ato, a candidata fica desamparada.

Se o gênero que representa maioria do eleitorado abrange 10% dos eleitos, pressupõe-se que a cota para registro da candidatura não se mostra medida suficiente para sanar a iniquidade. Veja-se, no atual sistema, adota-se a lista aberta, na qual os candidatos individualmente mais votados são conduzidos às cadeiras da coligação ou partido. Pensam-se em duas alternativas: (i) alocação de porcentagem por gênero a cada determinado número de cadeiras – uma a cada “x” eleitos; ou, (ii) no caso mais remoto

proporcionais em dois turnos: um sistema eleitoral para o país. In: ARANTES, Aldo Silva (Org.). **A OAB e a reforma política democrática**. Brasília: OAB, 2014, p. 39-50; BARROSO, Luís Roberto. **Reforma política no Brasil**: os consensos possíveis e o caminho do meio. Texto-base de apresentação na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/conferencia-OAB.pdf>>. Acesso em 24 set. 2017.

⁴⁸ Nas eleições, de um total de 4.382 candidatos homens, 462 se elegeram (10,54%), enquanto das 1.796 candidatas mulheres, apenas 51 se elegeram (2,83%). TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Estatísticas eleitorais 2014**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-candidaturas-2014/copy_of_estatisticas-eleitorais-2014>. Acesso em: 28 set. 2016.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas eleitorais 2014**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-candidaturas-2014/copy_of_estatisticas-eleitorais-2014>. Acesso em 28 set. 2016.

de adoção de lista fechada previamente constituída, a exigência de ao menos uma porcentagem ordenada de cada sexo desde os primeiros candidatos na formação da lista⁵⁰.

A doutrina da sabedoria da multidão (*wisdom of the multitude*), segundo Waldron, implica que a instituição composta por indivíduos de origens diversas possuirá um “mérito” e uma qualidade epistêmica maior do que outra composta pelos “melhores” (no caso, os eleitos pelo sistema vigente) de origem semelhante. Garantir a multiplicidade de pontos de vista – ao invés da mera participação de 10% – eleva consideravelmente o mérito da instituição⁵¹. Não se pode olvidar o sistema eleitoral que, factualmente, mostra-se distorcido.

Já adentrando na terceira contribuição, talvez um dos principais problemas, no Brasil, que se mostra dissonante com a principiologia e estrutura propostas por Waldron seja a (in)dependência do Legislativo em relação ao Executivo e sua influência no processo legislativo, tendendo a tornar-se um mero rito de passagem⁵². Isso assume especial relevância quando, nos primeiros 20 anos da democracia pátria, 83% do total de leis aprovadas foram iniciativa do Presidente da República (e 75% dos projetos submetidos ao Legislativo pelo Chefe do Executivo foram aprovados)⁵³.

No Brasil, o presidencialismo de coalizão, voltado a promover maior estabilidade, abrangência e equilíbrio entre interesses⁵⁴, fora desvirtuado por trocas individuais e alinhamentos partidários. Não há vinculação ideológica, mas apenas a instrumentalização da Constituição na busca de interesses privados do Legislativo e Executivo⁵⁵. Refle-

⁵⁰ Em ambos os casos, a lógica seria semelhante à aplicada em concursos públicos com cotas para negros e portadores de necessidades especiais: há a lista geral de apuração, e uma lista paralela desses grupos. Nas eleições, quando se alcançasse determinada colocação, se não preenchida a cota mínima de candidatos empregados de cada sexo, eleger-se-ia o mais votado da lista paralela. Em que pese possa parecer uma distorção da igualdade política, trata-se de sua promoção, pois essa pressupõe, além da lógica “uma pessoa um voto”, a garantia de uma representatividade razoavelmente igualitária e pluralista.

⁵¹ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 134-137.

⁵² Em escrito sobre problemas do sistema neozelandês, Waldron referiu que cidadãos “devem estar atentos ao quão anômala a situação é – o quão poucas camadas de garantias se têm no processo legislativo, que outros países tomam como certas. [...] não há uma real independência em relação ao Executivo, além de recursos constantes à urgência e ordens de emendas suplementares (*Supplementary Order Papers*) [...].”(grifou-se) (WALDRON, Jeremy. **Parliamentary recklessness**: why we need to legislate more carefully. Maxim Institute. Auckland: New Zealand, 2008, p. 26-27).

⁵³ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Instituições Políticas e Governabilidade: Desempenho do governo e apoio legislativo da democracia brasileira. In: Carlos Ranulfo Melo; Manuel Alcântara Sáez. (Org.). **A Democracia Brasileira**: Balanço e perspectivas para o Século 21. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 147-198.

⁵⁴ Importa referir que o Brasil importou parte do sistema dos EUA, mas resguarda um governo de coalizão com forte influência entre Executivo e Legislativo, como no Reino Unido, sem, contudo, difundir-se papel ativo à oposição, o que acaba minando os princípios da teoria política de Waldron – inclusive sua sugestão direta de que um governo de coalizão reclama por uma oposição forte e atuante. Cf. WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 113-114.

⁵⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 44, p. 83-101, jan./jun. 2014, p. 86.

xo da influência do poder econômico e recorrentes casos de corrupção, que dispensam detalhamento.

Sobre isso, um ponto que se depreende do estudo é a liberdade de nomeação de Ministros de Estado no Brasil – diferentemente do exemplo dos Estados Unidos, onde há um procedimento formal e estruturado, com audiências, impugnações e votações à nomeação, mitigando sobremaneira a dependência entre ambas as casas legislativas e o governo. No Brasil, é livre a nomeação, exoneração e retorno ao cargo de parlamentares nomeados Ministros, pela mera conveniência político-partidária, a exemplo da necessidade de angariar votos em deliberações de interesse do Executivo.

Não há a independência entre os poderes reclamada por Waldron⁵⁶, seja pela vedação à participação nos cargos por membros de uma das casas, seja pelo controle substancial por parte do Congresso. A busca a cargos por parlamentares ou pessoas próximas é irrestrita e desvirtua o foco da legislação às “trocas de favores”. A coalizão política não representa sucessivamente e em cada eleição uma ideologia certa e determinada ou interesses sociais, algo favorecido pela estrutura eleitoral e supervalorização individual do parlamentar⁵⁷.

3.2. Do legislativo à atual posição do judiciário no Brasil

A quarta contribuição aproxima Legislativo e Judiciário. Trata-se das violações ao processo legislativo. O rigor formal e os princípios que regem a deliberação legislativa na teoria de Waldron irradiam nesse ponto. Para exemplificar, apontam-se quatro ocasiões. A primeira é a EC 19/98, promulgada sem os 308 votos necessários, vigendo de 1998 até 2007, declarada inconstitucional pelo STF⁵⁸.

⁵⁶ De fato, é improvável algum governo instituir as ideias de desvinculação com o Executivo, pois o que se visa são projetos de lei debatidos e analisados por um corpo representativo independente, sem nada a esperar ou temer dos encarregados de sua administração. Ainda assim enfatizam-se tais princípios para se saber o que falta ao atual quadro. Cf. WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 84-85.

⁵⁷ “[E]m vista dessa estrutura, podemos observar que é por meio de sua participação no governo que o legislador individual terá acesso aos recursos de que necessita para a sobrevivência política, não importando tanto se seu interesse central se volta para a definição de políticas públicas ou para a obtenção e a distribuição de patronagem. Em ambos os casos, seu interesse será atendido por intermédio de sua participação no governo. Assim que o governo é organizado, mediante o acordo formal dos partidos, os líderes dos partidos passam a ser os principais intermediários dos acordos entre o Executivo e os legisladores. Trocam apoio político (votos no Congresso) por acesso à influência política e à patronagem. O Executivo, nesse sentido, fornece aos líderes dos partidos os meios para punir o legislador individual que não seguir a orientação de seu partido, já que aqueles podem negar a este sua cota de patronagem ou de influência política. Por sua vez, o Executivo, considerando os recursos que gerencia, está em uma posição extremamente vantajosa.” CHEIBUB, José Antônio; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Partidos Políticos e Governadores como determinantes do comportamento legislativo na Câmara dos Deputados. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, p. 263-299, 2009, p. 290-292.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135-MC. Rel. Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Julgado em 02/08/2007.

Em segundo lugar, a EC 65/2009, aprovada no Senado em duas sessões, conforme prescreve a Constituição, mas com menos de uma hora de intervalo entre elas, embora o Regimento Interno daquela casa imponha prazo mínimo de 05 dias⁵⁹. De modo semelhante, a terceira ocasião é a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 182/07, referente à reforma política, sendo o financiamento privado de campanhas rejeitado na votação em um dia e aprovado por emenda aglutinativa no dia seguinte⁶⁰.

Por fim, a PEC 171, relativa à redução da maioridade penal, fora votada e rejeitada em 30 de junho de 2015. Não obstante, no dia seguinte, remanejou-se nova votação pela propositura de emenda aglutinativa, ocasião na qual a PEC fora aprovada, embora o artigo 60, § 5º, da Constituição Federal, proíba expressamente a reapreciação da matéria na mesma sessão legislativa – ou seja, somente poderia ser votada no ano seguinte⁶¹.

Quando instado a se manifestar sobre as violações procedimentais, o STF tem uma postura deveras passiva e se exime de reconhecer a constitucionalidade de tais atos. Por exemplo, na ADI 4.425, o STF reconheceu violação frontal à regra que exige dois turnos de votação em interstício de 05 dias (art. 362 do Regimento Interno do Senado Federal), mas se absteve de declarar a violação ao processo legislativo em face do artigo 60, § 2º, da CRFB/88⁶². Já no caso da reforma política e financiamento de campanhas, entendeu-se inexistir vício referente ao artigo 60, § 5º, da CRFB/88, pois a votação das emendas ocorreria em ordem de decrescente de generalidade⁶³.

Ora, as práticas do Congresso violaram frontalmente os princípios legislativos de Waldron. Uma regra proposta por Bustamante seria capaz de remediar o problema, a citar: as emendas serem apresentadas antes do início da sessão, permitindo a ciência acerca das diferentes possibilidades, sem risco de pressão política após as votações sucessivas⁶⁴.

⁵⁹ BUSTAMANTE, Thomas; DE GODOI BUSTAMANTE, Evanilda. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista no STF. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 1, p. 346-388, 2016, p. 362-367.

⁶⁰ BUSTAMANTE, Thomas; DE GODOI BUSTAMANTE, Evanilda. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista no STF. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 1, p. 346-388, 2016, p. 374-378.

⁶¹ MORAIS, Fausto Santos de; DOS SANTOS, José Paulo Schneider. Democracia às escuras? **Empório do direito**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/democracia-as-escuras-por-fausto-santos-de-moraes-e-jose-paulo-schneider-dos-santos/>>. Acesso em 26 out. 2015.

⁶² Como ressalta Bustamante, a norma estaria atendida sem qualquer intervalo entre os dois turnos de votação BUSTAMANTE, Thomas; DE GODOI BUSTAMANTE, Evanilda. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista no STF. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 1, p. 346-388, 2016, p. 362-363.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33630 MC. **Rel. Min. Rosa Weber**. Julgado em 16/06/2015.

⁶⁴ BUSTAMANTE, Thomas; DE GODOI BUSTAMANTE, Evanilda. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista no STF. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 1, p. 346-388, 2016, p. 382-383. Nesse mesmo sentido de transparéncia na deliberação e votação, positiva a proibição fixada pelo STF ao “contrabando legislativo”, ao vedar a apresentação, na conversão de Medidas

No ordenamento pátrio, há um aparente paradoxo: posturas passivas quanto ao processo legislativo e, como se verá na sequência, o ativismo quanto ao conteúdo da decisão. Violações procedimentais vão à contramão dos preceitos normativos de Waldron sobre autoridade e dignidade da legislação, enquanto o ativismo é criticado pela ilegitimidade democrática. Como esclarece Bustamante, objeções à supremacia judicial não se confundem com ignorar o processo democrático – este é o “pior cenário possível”⁶⁵.

Adentra-se, assim, na quinta contribuição: a necessidade de frear o agigantamento do judiciário (ou supremacia judicial). O STF é responsável por um excessivo espectro de decisões – denomine-se de políticas, morais ou constitucionais. Tal circunstância ganha especial relevância quando, além disso, o Tribunal avoca competências expressamente designadas a órgãos do Poder Legislativo.

Veja-se o caso do artigo 52, X: na Reclamação 4.335/AC⁶⁶, o STF apontou não ser necessário submeter ao Senado lei declarada inconstitucional pelo controle difuso para suspender-lhe a eficácia⁶⁷. No mesmo sentido, a flutuação do STF sobre a necessidade de pronunciamento pelo Legislativo para perda do mandato parlamentar em decorrência de condenação criminal, à luz do artigo 55, § 2º, da CRFB/88. A título de exemplificação, no MS 32.326/DF⁶⁸, cassou-se parlamentar diretamente em decorrência de condenação criminal, embora a Constituição atribua essa tarefa à respectiva casa do Congresso (no caso julgado, à Câmara de Deputados). Por fim, em decisão monocrática no MS 34.087/DF, o Min. Marco Aurélio determinou a instauração de processo de

Provisórias em lei, de emendas sem pertinência temática com o ato normativo em apreciação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5127. Rel. Min. Rosa Weber. Relator para o acórdão: **Rel. Min. Edson Fachin**. Tribunal Pleno. Julgado em 15/10/2015).

⁶⁵ BUSTAMANTE, Thomas; DE GODOI BUSTAMANTE, Evanilda. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista no STF. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 1, p. 346-388, 2016, p. 359-365. Semelhante foi a postura do Tribunal ao afastar o artigo 62, § 9º, da CRFB/88, modulando efeitos da inconstitucionalidade de centenas de medidas provisórias convertidas em lei sem submissão à comissão de deputados e senadores para análise dos requisitos de relevância e urgência, violando frontalmente tal artigo. Afirma Streck: “a Corte se transformou em uma espécie de poder constituinte derivado de fato, alterando formalmente o texto da Constituição”. STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 44, p. 83-101, jan./jun. 2014.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335. **Rel. Min.** Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 20/03/2014.

⁶⁷ No debate, os Ministros abordaram a ocorrência de “mutação constitucional” (p. 53), atribuindo-se à decisão da Corte efeitos gerais, possuindo a suspensão da lei pelo Senado mero efeito de publicidade (p. 55). Outrossim, salientou-se que as decisões do Tribunal em controle difuso são dotadas de “eficácia expansiva”, independentemente da manifestação do Senado Federal (p. 150). No caso, o agregado dos votos não fixou peremptoriamente a modificação do artigo 52, X, da CRFB/88, e qual a abrangência da eficácia expansiva ou *ultra partes* da decisão em controle difuso, pois o caso fora resolvido em face da posterior edição de Súmula Vinculante (p. 170-181 e 194-195).

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32326-MC. **Rel. Min. Luís Roberto Barroso**. Julgado em 02/09/2013.

impeachment do Presidente da República, tarefa afeta à Câmara dos Deputados⁶⁹ pelo artigo 51, I, e artigo 86, da CRFB/88.

Note-se que o próprio STF amplia suas competências e remodela a separação de poderes contida na Constituição. Curioso, por se tratar do órgão designado como “guardião da Constituição” que, por vezes, invoca cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, CRFB/88) ao vetar decisões ou projetos legislativos, inclusive de Emendas à Constituição. Agora, não há meio de invocar a cláusula pétreia originária da separação de poderes para barrar excessos do Tribunal.

Ademais, decisões que vão, em tese, na contramão da literalidade da Constituição, merecem olhares atentos. Notadamente, o caso das uniões homoafetivas (ADI 4.277/DF⁷⁰ quanto ao artigo 226, da CRFB/88, e artigo 1.723 do Código Civil) e o cumprimento provisório ou antecipado da pena (HC 126.292/SP⁷¹, quanto ao artigo 5º, LVI, da CRFB/88 e artigo 283, do Código de Processo Penal – CPP). Por fim, há decisões de cunho eminentemente político, a exemplo da definição do aborto até o terceiro mês de gestação como fato atípico, embora os artigos 124 a 128, do Código Penal, regulamentem a conduta como crime (HC 124.306/RJ⁷²).

Tais apontamentos remontam características daquilo que Waldron denomina de *judicial supremacy*: a substituição do autogoverno pelos Tribunais; a soberania do Judiciário, não sujeito a controle ou revisão; e a usurpação do poder constituinte – a corte vista como “continuamente fazendo a constituição”. Nesse contexto, o tribunal determina o rumo ideológico da nação com base nas suas convicções, impõe aos demais poderes “como deve ser lida” a Constituição e adota alguma visão geral de justiça ou política, sendo que a mera mudança de membros pode alterar o entendimento da corte⁷³.

Enfim, a gama de questões cuja palavra final se dá pelo STF é irrestrita⁷⁴. Por isso, busca-se uma análise concomitante sobre os aspectos quantitativos e qualitativos. Ou

⁶⁹Trata-se de atribuição do Presidente da Casa Legislativa, segundo artigo 218, § 2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

⁷⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Rel. Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011.

⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126292. Min. Rel. Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Rel. Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 09/08/2016.

⁷²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126292. Min. Rel. Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Rel. Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 09/08/2016.

⁷³WALDRON, Jeremy. Judicial Review and Judicial Supremacy. **Public Law and Legal Theory Research**, New York, p. 14-57, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2510550>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

⁷⁴Uma rápida lista exemplificativa, além dos citados ao longo do presente escrito: infidelidade partidária (MS 26.602, MS 26.603, MS 26.604 e ADI 5.081); cláusula de barreira nas eleições proporcionais (ADI 1.351 e 1.354); requisitos para criação de partidos políticos (ADI 5.311); acesso ao fundo partidário e propaganda eleitoral (ADI 5.105); aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54); Lei da Ficha Limpa (ADI 4578 e ADCs 29 e 30); pesquisas com células tronco-embriónarias (ADI 3510); royalties do petróleo (ADI 4.917); publicação de biografias e autorização do biografado (ADI 4.815), cotas raciais em processos seletivos públicos (ADPF 186 e ADC 41); práticas culturais e/ou desportivas que ensejariam, em tese, tortura ou maus-tratos a animais (ADI 1856, RE 153.531 e ADI 4.983) direitos de processados criminalmente (HC 82.959, HC 111.840 e HC 118.533, entre outros), proibição do uso

seja: se é adotado um controle forte e concretista, deve-se garantir o melhor sistema possível, pois há uma *consistente crítica* à prática estabelecida. Defender o controle não pode significar o mesmo que fechar os olhos a problemas de um cenário merecedor de maior cuidado⁷⁵, sob pena de a jurisdição constitucional representar, novamente, verdadeira *vitória pírrica*.

3.3. Aspectos intrínsecos ao âmbito judicial

Como sexta contribuição, uma abordagem qualitativa demanda por análise estrutural e procedural do STF. Nessa perspectiva, necessita-se de atenção a regras e práticas internas do tribunal que podem afetar a qualidade da deliberação, uma vez que merece reflexões o modo de decisão puramente agregativo adotado na Corte, com a soma de onze votos avulsos, pré-redigidos e sem deliberação entre os Ministros⁷⁶.

Virgílio Afonso da Silva expõe dois aspectos favorecidos pela deliberação efetiva: a) o compartilhamento de opiniões e informações desconhecidas por outros membros; e b) a atenuação da limitação ínsita à racionalidade individual pela intensa troca de argumentos que leva a esclarecimentos recíprocos, numa espécie de *brainstorming* capaz de construir soluções coletivas. Com isso, quer-se evidenciar que o Tribunal não está sendo capaz de cumprir as promessas dos defensores do *judicial review*⁷⁷.

Com efeito, um ponto inicial (que parece ser aceito pelos membros do STF) é a distribuição e acesso ao voto do relator antes da sessão de julgamento, propiciando delimitação ao debate e mitigando os longos votos pré-redigidos⁷⁸. Posteriormente, pode-se pensar na aproximação do Tribunal a um caráter deliberativo, com decisões

de medicamento não testado que havia sido liberado por lei (ADI 5.501), determinação de obras em presídios (RE 592.581/RS), entre uma vasta lista. Mais recentemente, verificou-se a *tendência* pela admissão do aborto até o 3º mês de gestação (HC 124.306/RJ). Isso além de outras matérias ainda pendente de julgamento como, por exemplo, descriminalização da maconha (RE 635.659) e a possibilidade de manutenção de banco de dados genéticos de condenados criminalmente (RE 973.837).

⁷⁵ Nesse sentido, Waldrón dirá que o quadro normativo ideal por ele desenhado não implica descaso com situações em que o processo legislativo se torna um mero "rito de passagem". Depois de assentados seus argumentos no plano ideal, o autor reconhece que é uma questão à parte verificar se as instituições abraçaram ou não a oportunidade de funcionar da melhor forma possível. WALDRON, Jeremy. Refining the question about judges' moral capacity. **International Journal of Constitutional Law (I-CON)**, Oxford vol. 7, n. 1, p. 69-82, 2009, p. 79. E isso diz respeito tanto a um olhar sobre o Legislativo – para talvez legitimar o *judicial review* – quanto um olhar sobre as instituições judiciais, uma vez já assentado o controle de constitucionalidade.

⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 250, p. 197-227, 2009.

⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, vol. 11, n. 3, p. 557-584, jul./sept. 2013, p. 557-560.

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do Ministro Relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 180-200, jul./dez. 2015.

unas, e não votos avulsos, repensando questões como a excessiva publicidade enquanto forma de refutar certas posturas individualistas dos Ministros⁷⁹.

Outrossim, salienta-se a proposta de Oscar Vilhena Vieira de “deliberação em três etapas”, em prol da transparência e deliberação. Primeiramente, selecionar os casos do controle difuso a serem julgados no ano judicário⁸⁰, enquanto os de controle concentrado são julgados pela ordem de entrada. Em segundo lugar, abre-se espaço para audiências públicas e sustentações orais com participação obrigatória dos Ministros. Por fim, sessões de discussão e julgamento, com a tarefa de redigir o acórdão sendo atribuída a um único Ministro – quem liderou a maioria – e não onze votos avulsos. Isso demanda, certamente, a redução de competências da Corte, como foco nas atribuições de Tribunal Constitucional⁸¹.

Ademais, a argumentação do STF tornou-se verdadeira “demonstração de erudição”, com citações da doutrina e jurisprudência do apreço de cada Ministro. Sabe-se o resultado final da decisão, mas não se consegue identificar sua *ratio decidendi*, nem suas consequências a casos futuros. A soma de opiniões faz com que a decisão do Tribunal pareça emergir porque “aquele conjunto de pessoas, circunstancialmente escolhidas e decidindo, assim o quis”⁸².

Se a legitimidade política é uma questão comparativa, mesmo que fomentar o caráter deliberativo e a transparência do Tribunal não o equiparem à do Legislativo, ao menos se reduz o déficit. Waldron, mesmo sem conseguir definir a fundamentação teórica da adoção do voto majoritário nos Tribunais, dirá que tal sistema não obsta a deliberação por princípios, sendo, pelo contrário, parte daquilo que tal deliberação envolve⁸³. Por isso, mantido um sistema baseado no voto dos Ministros, em oposição à decisão *per curiam*, algum grau de deliberação precisa ser implementado⁸⁴.

⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, vol. 11, n. 3, p. 557-584, jul./sept. 2013, p. 576-583.

⁸⁰ Sobre a definição da pauta do STF há pontos que merecem maior abordagem. Primeiramente, faz-se por critérios discricionários, com mecanismos para se adiar de modo incerto o desfecho da decisão, como o voto-vista (em que um Ministro pode interromper o julgamento para “refletir sozinho”), e decisões liminares monocráticas que são supostamente provisórias, mas que efetivamente encerram a atuação do Tribunal. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255-256 e 269. Em segundo lugar, a estratégia de definição da pauta de julgamentos e os poderes do relator de liberar os processos para entrarem na agenda do Tribunal. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do Ministro Relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 180-200, jul./dez. 2015.

⁸¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocria. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 445-463, jul./dez. 2008.

⁸² ROESLER, Claudia Rosane. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, vol. 2, n. 1, p. 79-95, 2016, p. 84-91.

⁸³ WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 250 e 272.

⁸⁴ Aspecto que se beneficia da legitimidade como questão comparativa, como apontamento positivo da atuação do STF, é a paulatina institucionalização, além do *amicus curiae*, também das audiências públicas. Tal prática eleva a participação democrática ao viabilizar que demandas e visões sociais contemporâneas da

Sobre os limites da jurisdição constitucional, outro ponto que se coaduna, em parte, com as lições de Waldron é a crítica à inadequada recepção do “princípio da proporcionalidade” no Brasil – com forte aplicação pelo STF em sede de controle de constitucionalidade. Consta-se que não há critérios intersubjetivos, nem respeito à teoria que difundiu a proporcionalidade (de Robert Alexy), quando da aplicação de princípios por aquele incumbido de tomar a decisão, de tal forma que acabam sendo originados e sopesados arbitrariamente pelo intérprete. A devida fundamentação das decisões, reclame democrático, exige afastamento da discricionariedade e ativismo judiciais⁸⁵ – aspectos cada vez mais presentes na atividade jurisdicional e que denotam a referida vitória pírrica.

Por fim, adentra-se na sétima e última contribuição aqui abordada: o modelo de controle de constitucionalidade. Para tanto, lança-se mão da ideia apontada por Hübner Mendes, o qual argumenta que há um constante “diálogo institucional” mediante uma série infinidável de rodadas deliberativas entre Tribunal e Parlamento, em que uma instituição pode deferir à decisão da outra, ou se esforçar para superar os argumentos lançados e reformá-la. O citado autor trata inicialmente de casos de inconstitucionalidade por omissão, nos quais acredita-se que a crítica de Waldron perde força, pois, com a decisão judicial, almeja-se apenas compelir o Legislativo a legislar, sem precluir o conteúdo resultante da deliberação parlamentar⁸⁶.

No entanto, outra análise deflagrada pela ideia de diálogos institucionais remonta ao viés preventivo da jurisdição constitucional. Pode-se refletir sobre a atuação da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), encarregada, nas casas do Congresso Nacional, do juízo prévio sobre a constitucionalidade da matéria ainda na tramitação da lei⁸⁷.

população sejam debatidas no âmbito da justiça constitucional, além de permitir que perspectivas diversas sobre considerações factuais, políticas e de interpretação constitucional sejam contrapostas. A “última palavra” é do Tribunal, mas há participação popular – e dos demais Poderes –, pela canalização de interesses da sociedade, de âmago substancial e proceduralmente legislativos, até então apartados da jurisdição constitucional. Cf. TUSHNET, Mark. New institutional mechanisms for making constitutional law. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Orgs.). **Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism**. Heidelberg: Springer, 2016, p. 179-183.

⁸⁵ MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 243-253, e *passim*.

⁸⁶ Veja-se, casos como o direito de greve dos servidores públicos (MI 670, 708 e 712), permanecem desde a promulgação da CF/88 sem regulamentação legislativa, sanados pela via judicial. Isso dentre outros dispositivos que até hoje não possuem qualquer reflexo normativo forma do texto constitucional. A adoção da teoria concretista pelo STF no Mandado de Injunção (vide MI 670, 708 e 712), ratificada pela Lei 13.300/16 é verdadeiro avanço. O mesmo deveria ocorrer com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pois o efeito de cientificar o legislativo acerca da mora não atende às necessidades de uma democracia constitucional. Se Medidas Provisórias são aptas a trancar a pauta do parlamento para apreciação, por que uma omissão constitucional não é vista com a mesma relevância e urgência?

⁸⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95.

Merecem considerações sua composição, estruturação e procedimentos de decisão. Ademais, a adoção de diálogos prévios com manifestação da Corte Constitucional, pode alavancar a qualidade sobre o conteúdo da matéria. Talvez, em alguma medida, seja positiva a vinculação (temporal, parcial do projeto ou sujeita a referendo após decisão do Tribunal)⁸⁸ das decisões da CCJ, embasadas nesse diálogo. Com ou sem vinculação, o diálogo traria benefícios e aprimoraria a qualidade epistêmica da decisão da casa legislativa pela perspectiva jurídico-constitucional. Afinal, a ideia é prevenir violações a direitos. A interação certamente atenderia aos pressupostos epistêmicos e princípios legislativos, com enfoque no “dever de cuidado” reclamado por Waldron, com deliberação responsável e não meramente formal.

Até o presente momento, as propostas demonstram uma apropriação tangencial daquilo que Waldron propõe. Não obstante, *em conjunto com tais propostas – como garantia do razoável bom funcionamento da democracia* –, em um segundo momento e, factivelmente, a longo prazo, pode-se refletir sobre mudanças substanciais, notadamente pela adoção de um controle fraco de constitucionalidade (*weak judicial review*)⁸⁹.

Reporta-se ao modelo do Reino Unido, no qual a *declaration of incompatibility* é o procedimento pelo qual Tribunais averiguam a lei e, se impossível interpretá-la em conformidade ao *Human Rights Act* (1998), declaram sua incompatibilidade com referido diploma, sem negar-lhe validade ou aplicação ao caso. Todavia, alguma autoridade (no caso, o Primeiro-Ministro) detém competência para, a partir dessa decisão, submeter a lei a *procedimento sumário de revisão* perante o parlamento⁹⁰.

⁸⁸ Resguardadas as diferenças históricas e contextuais, o modelo de controle preventivo e de natureza política adotado na França – único mecanismo até o advento do controle repressivo plenamente assentado em 2010. Trata-se de órgão especializado – Conselho Constitucional – atuante após a votação parlamentar e antes da promulgação da lei. Há de se refletir sobre aspectos e peculiaridades de cada sistema: (i) a composição do órgão; (ii) o fato de que na França o Conselho é o próprio órgão constitucional; (iii) se a submissão a esse mecanismo seria sempre compulsório ou apenas quando arguido por alguma autoridade; (iv) se o amparo epistêmico é melhor alcançado pela manifestação antes ou após a deliberação parlamentar; (v) como o foco é o diálogo institucional, se é adequada para esse propósito a vinculação da manifestação como o é na Corte francesa, ou se a decisão retornará para escrutínio do Legislativo, permitindo-se reapreciar, corrigir, ou superar a manifestação do órgão que efetua o controle. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 404-408 e CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade no direito comparado**. Trad. de Araldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, 1984, p. 94-99.

⁸⁹ Institutos de controle fraco seriam oportunidades de “restrição moral” ao Legislativo, e a crítica de Waldron não se volta a tais sistemas, pois diferenciam-se substancialmente nos aspectos formais de poder – especialmente nas possibilidades de contribuição e oposição. WALDRON, Jeremy. Refining the question about judges’ moral capacity. **International Journal of Constitutional Law (I-CON)**, Oxford vol. 7, n. 1, p. 69-82, 2009, p. 76-78.

⁹⁰ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1355 e p. 1370. WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law (I-CON)**, Oxford, vol. 7, n. 1, p. 2-24, 2009, p. 23-24; WALDRON, Jeremy. Refining the question about judges’ moral capacity. **International Journal of Constitutional Law (I-CON)**, Oxford vol. 7, n. 1, p. 69-82, 2009, p. 76-78; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161-162. Os dispositivos sobre tal instituto se encontram nas seções três e quatro do *Human Rights Act*, de 1998 (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>).

Argumento recorrente contra arranjos com maior força ao Legislativo é que tal âmbito se sujeita à pressão popular e eleitoral. Portanto, remeter-lhe decisões do Tribunal para veto ou sanção pode sofrer positivamente desse efeito, pois órgãos representativos teriam grande ônus político para sobrepujar-se à decisão da Corte e só o fariam se tivessem boas razões para tanto.

Dworkin, por exemplo, argumenta que o *judicial review* merece primazia por ser meio de reascender e aprimorar o debate sobre a matéria⁹¹. Nesse sentido, o intuito do diálogo entre Corte Constitucional e Legislativo aqui proposto seria reascender o debate e a atenção do povo em dois aspectos: (i) quanto à matéria discutida; e (ii) sobre a postura de seus representantes eleitos. Isso não ocorre se a decisão é deixada ao Tribunal, pois embora o tema seja trazido à tona, a população não tem a oportunidade de assistir às opiniões e à atuação de seus representantes, ficando a questão fadada ao esquecimento após decidida pelo seleto grupo de juízes, sem efeito institucional, mas apenas material. A longo prazo, diminui-se a atenção do povo à atuação política de seus representantes e ofuscaram-se possibilidades de diálogo. Frise-se: uma vitória pírrica.

Vejam-se duas consequências concretas. Primeiramente, a supremacia judicial no Brasil fez com que um mecanismo de diálogo fosse paulatinamente – até o momento parcialmente – anulado pelo STF, ao driblar o papel do Senado em suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo controle difuso, conforme já exposto. Em segundo lugar, os debates no legislativo após a decisão judicial permanecem à margem da população, a exemplo da decisão do STF sobre a inconstitucionalidade da vaquejada (ADI 4983)⁹²: “reaceso o debate”, o Congresso editou EC nº 96/17, declarando a prática manifestação cultural nacional.

Nesse último caso, não se pode dizer que houve diálogo institucional genuíno, e sim efeito *backlash*, em sentido próximo ao de Michael J. Klarman⁹³ ou Cass Sunstein⁹⁴: circunstância na qual a resolução judicial de questão altamente controvertida gera extrema reprovação pela parcela contrária da população e representantes eleitos que se opõem à decisão⁹⁵. Nesse contexto, discursos conservadores perquirirão, de forma inflexível e insuscetível ao debate, todos os meios possíveis até que revertam a decisão tomada. Ou seja, a influência na opinião pública gera, ao final, duplo revés: primeiro, no debate sobre o tema,

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**: the moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 1996, p. 345-347.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 06/10/2016.

⁹³ KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: the backlash thesis. **The Journal of American History**, Oxford, vol. 81, n. 1, p. 81-118, jun. 1994.

⁹⁴ SUNSTEIN, Cass. **A Constitution of many minds**: why the founding document doesn't mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 124-139.

⁹⁵ Ressalta-se que há autores que elencam consequências positivas ao efeito *backlash*. Por exemplo, ver POST, Robert C.; SIEGEL Reva B. Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, vol. 42, n. 2, p. 373-433, 2007.

que fica imunizado ao diálogo após a decisão; segundo, no regramento da matéria, o qual retorna ao *status anterior*, ou até mesmo regide, ao invés de gerar os efeitos progressistas pretendidos.

Por outro lado, a ideia da legitimidade democrática de Waldron exige debate público sobre a matéria, e não de modo impensado por pura repulsa à opinião do grupo opositor. Isto é, não se pode abdicar da *accountability* ou responsabilidade política inerentes à tomada de decisão. Nesse viés, o efeito pretendido por uma decisão no controle fraco de constitucionalidade seria justamente reascender o *diálogo genuíno* sobre a matéria, em atenção a princípios legislativos como aqueles delineados por Waldron.

O verdadeiro diálogo institucional é mais propenso à legitimidade democrática. O Tribunal estaria constantemente examinando, questionando e exigindo explicações e argumentações consistentes do Legislativo⁹⁶, sem retirar do povo e seus representantes, formalmente, o autogoverno.

Países que adotam o sistema de *weak judicial review* possuem mecanismos para destacar violações a direitos ou aspectos não levados em conta e incluí-los no debate, ainda no trâmite legislativo. O exemplo trazido por Waldron é o ordenamento jurídico da Nova Zelândia, no qual não há controle de constitucionalidade⁹⁷, mas o Procurador-Geral, após a apresentação do projeto, deve trazer à atenção da casa legislativa previsões que aparentem ser incompatíveis com direitos ou liberdades constantes da *New Zealand Bill of Rights Act* (1990)⁹⁸. Algo nesse sentido, concomitante à atuação supracitada da Comissão de Constituição e Justiça em conjunto com a Corte Constitucional, também poderia ser implementado em conjunto ao controle fraco.

Esse arcabouço de *weak review* satisfaria, em tese, pontos levantados no decorrer do trabalho: (i) não carece de legitimidade democrática; (ii) enseja a constante preocupação com âmbito legislativo, ao invés de relegarem-se todos os cuidados ao âmbito

⁹⁶ Quando da explicação sobre *accountability* democrática e judicial, Waldron destaca qual pode ser o papel do controle judicial: “forma mediada de *accountability* democrática, com escrutínios pela corte ajudando a focar em processos mais amplos de *accountability* democrática e com os procedimentos da corte operando insistentemente para requer que os legisladores e outros agentes públicos a prestar informações do que estão fazendo (*to give na account of themselves*), as quais então estarão disponíveis ao povo. É análogo à *accountability* dos membros do Executivo (*cabinet*) e outros sob juramento ao comitê legislativo”. WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p.193.

⁹⁷ Existe, contudo, o dever de Tribunal esforçar-se em interpretar a lei de forma a evitar violações por ele reconhecidas. Cf. WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1356. Ao comparar o sistema neozelandês e o modelo canadense, Conrado Hubner Mendes explica: “[u]ma lei inconsistente com a Declaração não pode ser invalidada judicialmente, mas a corte controlaria o seu significado. [...] na Nova Zelândia [...], juízes têm sido entusiastas na proteção de direitos, um bom exemplo de que soluções institucionais semelhantes surtem efeitos diferentes na respectiva cultura em que decantam. O arranjo criado deixa a última palavra com o parlamento, mas pretende induzi-lo a levar direitos a sério e a estar plenamente informado sobre as questões de direitos por trás de sua decisão.” MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161.

⁹⁸ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006, p. 1370 e 1378; WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law (I-CON)**, Oxford, vol. 7, n. 1, p. 2-24, 2009, p. 23-24.

judicial; (iii) fomenta a responsabilidade e *accountability* dos representantes eleitos, pois a vigilância do povo será ainda maior diante de apontamentos, pelo Tribunal, de supostas violações a direitos; (iv) eleva a qualidade epistêmica das decisões, pelo diálogo institucional entre Judiciário e Legislativo, de forma que o último se vê na obrigatoriedade de responder ao primeiro aos olhos da população, efetivamente em diálogo institucional, e não como mera represália à decisão da Corte.

Enfim, frise-se que todas as propostas e indicações aqui apresentadas são perspectivas em processo de germinação, com o intuito de demonstrar que é possível extrair contribuições substanciais à realidade institucional pátria pelo estudo da obra de Waldron, a partir de suas fortes críticas à jurisdição constitucional e crença nas instituições democráticas. E tais contribuições irradiam sobre todos os poderes do Estado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se do estudo realizado que há uma série de possíveis contribuições a se extraírem do aparato teórico fornecido por Waldron, e não apenas ao âmbito judicial, mas também ao poder Legislativo e ao Executivo. Desde aspectos estruturais ou peculiares do funcionamento de cada instituição, até mudanças mais substanciais ao sistema podem (e devem) ser pensados. Inclusive, o fomento à discussão de aspectos institucionais comumente relegados ao esquecimento, por si, já é uma importante contribuição.

Limitar-se a comemorar cegamente resultados particulares obtidos pela jurisdição constitucional pátria não se revelará nada além de uma verdadeira vitória pírrica – inicialmente comemorada, mas que acarreta altos custos. No atual estágio da democracia brasileira, os altos custos acarretam não só o agigantamento do Judiciário, mas também a paulatina desatenção e esquecimento de aspectos inerentes ao âmbito legislativo.

Tais conclusões são definitivas para o propósito deste trabalho – estudar a teoria de Waldron e abordar perspectivas iniciais sobre a possibilidade de contribuições às instituições pátrias. Todavia, merecem maior aprofundamento em cada um de seus aspectos e argumentos, adentrando-se empírica e normativamente na análise contextual do Brasil, investigando-se a atividade judicial e legislativa pátrias na comparação dos modelos atualmente vigentes, seja com as propostas de Waldron, seja com outros arranjos possíveis, a fim aprofundar-se em contribuições mais concretas. Contudo, isso remanescerá objeto de estudos futuros.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135-MC. **Rel. Min. Néri da Silveira**. Tribunal Pleno. Julgado em 02/08/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. **Rel. Min. Ayres Britto**. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983. **Rel. Min. Marco Aurélio.** Tribunal Pleno. Julgado em 06/10/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. **Rel. Min. Luiz Fux.** Tribunal Pleno. Julgado em 17/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5127. Rel. Min. Rosa Weber. Relator para o acórdão: **Rel. Min. Edson Fachin.** Tribunal Pleno. Julgado em 15/10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126292. Min. Rel. Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: **Rel. Min. Roberto Barroso.** Primeira Turma. Julgado em 09/08/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32326-MC. **Rel. Min. Luís Roberto Barroso.** Julgado em 02/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33630 MC. **Rel. Min. Rosa Weber.** Julgado em 16/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335. **Rel. Min.** Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 20/03/2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas eleitorais 2016 - Eleitorado.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016>>. Acesso em 28 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas eleitorais 2014.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-candidaturas-2014/copy_of_estatisticas-eleitorais-2014>. Acesso em 28 set. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Reforma política no Brasil:** os consensos possíveis e o caminho do meio. Texto-base de apresentação na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/conferencia-OAB.pdf>>. Acesso em 24 set. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas; DE GODOI BUSTAMANTE, Evanilda. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista no STF. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 1, p. 346-388, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade no direito comparado.** Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, 1984.

CHEIBUB, José Antônio; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Partidos Políticos e Governadores como determinantes do comportamento legislativo na Câmara dos Deputados. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, p. 263-299, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law:** the moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 1996.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Instituições Políticas e Governabilidade: Desempenho do governo e apoio legislativo da democracia brasileira. In: Carlos Ranulfo Melo; Manuel Alcântara Sáez. (Org.). **A Democracia Brasileira:** Balanço e perspectivas para o Século 21. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: the backlash thesis. **The Journal of American History**, Oxford, vol. 81, n. 1, p. 81-118, jun. 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade:** a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016.

MORAIS, Fausto Santos de; DOS SANTOS, José Paulo Schneider. Democracia às escuras?. **Empório do direito.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/democracia-as-escuras-por-fausto-santos-de-moraes-e-jose-paulo-schneider-dos-santos/>>. Acesso em 26 out. 2015.

POST, Robert C.; SIEGEL Reva B. Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, vol. 42, n. 2, p. 373-433, 2007.

REIS, Márlon. Eleições proporcionais em dois turnos: um sistema eleitoral para o país. In: ARANTES, Aldo Silva (Org.). **A OAB e a reforma política democrática.** Brasília: OAB, 2014, p. 39-50.

ROESLER, Claudia Rosane. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídical. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, vol. 2, n. 1, p. 79-95, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do Ministro Relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 180-200, jul./dez. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, vol. 11, n. 3, p. 557-584, jul./sept. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 250, p. 197-227, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 44, p. 83-101, jan./jun. 2014.

SUNSTEIN, Cass. **A Constitution of many minds**: why the founding document doesn't mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

TUSHNET, Mark. New institutional mechanisms for making constitutional law. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Orgs.). **Democratizing constitutional law**: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism. Heidelberg: Springer, 2016, p. 179-183.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 445-463, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law (I-CON)**, Oxford, vol. 7, n. 1, p. 2-24, 2009.

WALDRON, Jeremy. Judicial Review and Judicial Supremacy. **Public Law and Legal Theory Research**, New York, p. 14-57, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2510550>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Legislating with Integrity. **Fordham Law Review**, New York, vol. 72, n. 2 p. 373-394, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Parliamentary recklessness**: why we need to legislate more carefully. Maxim Institute. Auckland: New Zealand, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. Refining the question about judges' moral capacity. **International Journal of Constitutional Law (I-CON)**, Oxford vol. 7, n. 1, p. 69-82, 2009.

WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006.



Os paradoxos da deliberação judicial colegiada

The paradoxes of collegial judicial deliberation

GUILHERME DA FRANCA COUTO FERNANDES DE ALMEIDA^{I,*}

^IPontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Brasil)

guilherme.almeida@fgv.br

<https://orcid.org/0000-0002-9134-9843>

PEDRO HENRIQUE VEIGA CHRISMANN^{II, **}

^{II}Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Ibmec (Brasil)

pedrochrismann@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0002-2908-4936>

Recebido/Received: 25.01.2018 / January 25th, 2018

Aprovado/Approved: 30.10.2018 / October 30th, 2018

Resumo

Em alguns casos, há pouca convergência entre os Ministros com relação aos fundamentos de uma dada decisão do Supremo Tribunal Federal. Há vezes em que o tribunal sequer forma maioria com relação à razão de decidir, tornando extremamente difícil a aplicação de seus precedentes. Argumentamos que parte da causa desse problema está na aplicabilidade dos teoremas da impossibilidade de Arrow e de List e Pettit às decisões colegiadas judiciais. Ademais, veremos que embora esse sempre tenha sido (e provavelmente será) o caso, o problema se torna muito mais grave quando se aumentam as opções de fundamentação disponíveis ao juiz, como acontece em função da adoção da causa de pedir aberta nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, nos

Abstract

In some cases, there is little convergence among Justices with regards to the reasons underlying a given Supreme Tribunal Federal's decision. Sometimes, there isn't even a majoritarian ratio decidendi, making it very difficult to use some decisions as precedent. We argue that part of the problem is owed to the susceptibility of collegial judicial decisions to the impossibility theorems postulated by Arrow and List and Pettit. Moreover, we'll see that even though this may have always been (and will be) the case, the problem is made much more severe when there is an increase in the number of accepted reasons from the judge's perspective, which happens as a result of open-ended causa petendi in the abstract model of judicial review, under underdetermined authoritative texts or when judge's apply techniques

Como citar esse artigo/How to cite this article: ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. Deliberação judicial colegiada: aspectos problemáticos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 165-188, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i1.57578.

* Doutorando e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Coordenador do projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio. E-mail: guilherme.almeida@fgv.br.

** Professor adjunto da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Ibmec (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor e mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: pedrochrismann@gmail.com.

casos de textos menos determinados ou na aplicação de técnicas como a declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

such as partial declaration of unconstitutionality without text suppression.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; tomada de decisões; fundamentação racional; Teorema de Arrow; Teorema de List e Pettit.

Keywords: Supremo Tribunal Federal; decision-making; Rational Choice Theory; Arrow's Theorem; List and Pettit's Theorem.

SUMÁRIO

1. Introdução;
2. O paradoxo da votação;
3. Arrow e os tribunais;
4. Paradoxo doutrinário;
5. Conclusão;
6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É possível identificar um problema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: nem sempre a Corte é clara quanto aos fundamentos de suas decisões¹. Mesmo quando há uma decisão amplamente majoritária (ou unânime), não é geralmente possível identificar um fundamento singular que possa ser considerado vencedor. Isto ocorre tendo em vista que cada um dos ministros apresenta suas próprias razões e fundamentos². Esse é o fenômeno que os professores Marcelo Brando e Fábio Leite³ chamam de “dispersão de fundamentos”⁴.

Em um caso normal, no qual só o que está em julgamento é o direito de um jurisdicionado específico, essa questão pode parecer pouco importante. Afinal, independentemente das razões para que ele perca/ganhe, o fato é que ele perdeu/ganhou, e terá ou não terá a proteção jurisdicional do direito que postulava. A questão ganha outros contornos, porém, quando consideramos que a jurisprudência, ou o precedente⁵, pode ter aplicação para além da esfera pessoal daquele jurisdicionado específico⁶.

¹ Ver, entre outros, BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016.

² Vide VOJODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um romance, primeiro capítulo:** precedentes e processo decisório no STF. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 5, n. 1, 2009, pp. 21-44, sobre a ADI 3.510.

³ Doravante Brando e Leite.

⁴ BRANDO, Marcelo Santini e LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, nº 48, 2016, p. 141.

⁵ Seguindo a distinção tradicional, entende-se jurisprudência como um coletivo de decisões do tribunal em um mesmo sentido, enquanto precedente pode ser interpretado como uma decisão em determinada direção que serve como um guia para decisões jurídicas futuras.

⁶ Destaque-se, ainda, que a aplicação dos precedentes no Direito brasileiro vem sendo ampliada a cada dia, o que torna ainda mais dramática a necessidade de clareza nos motivos para a construção das decisões dos tribunais, principalmente em se tratando de cortes superiores. Para uma análise crítica da construção e do uso de precedentes no Brasil, ver CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. Julieta não está pronta para ser Montecchio – A união das famílias jurídicas e a necessidade de uma nova metodologia do direito preocupada com precedentes. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, vol. 14, n. 6, p. 03-17, maio/ago. 2016.

Pode ser que outras pessoas que se encontrem em uma situação jurídica semelhante àquela estejam acompanhando aquele julgamento com a finalidade de prever o futuro de seu próprio direito. Se, mais adiante, esse novo jurisdicionado ganhar a tutela jurisdicional de seu direito, que é semelhante em todos os aspectos relevantes ao direito do jurisdicionado⁷ desse caso preegresso, que, digamos, perdeu sua ação, parece ter sido cometida uma injustiça. Logo, ao menos em geral, é desejável que as decisões judiciais sejam transparentes quanto a sua fundamentação⁸.

Em sede de controle de constitucionalidade, há pouca dúvida sobre a importância da fundamentação de decisões. Os julgados têm eficácia *erga omnes*, sendo imediatamente aplicáveis a todos os jurisdicionados. Desta forma, é difícil imaginar que decisões desse tipo possam ser legítimas, democráticas e até mesmo justas, a depender do conceito de justiça que se empregue, quando pouco fundamentadas⁹. Não vamos enfrentar, portanto, as polêmicas existentes a respeito do papel exato que a fundamentação exerce na fixação dos precedentes ou no caráter vinculante das decisões do STF. Pressupomos que, de uma maneira ou de outra, a fundamentação das decisões é importante para a operação do direito judicial.

Em alguns casos, porém, o problema é ainda mais grave do que aquele que é objeto da discussão tradicional sobre a importância dos precedentes. Esses casos surgem a partir da possibilidade de interpretação conforme e/ou declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Barroso, ao comentar a interpretação conforme, afirma que ela é um gênero, da qual a declaração de nulidade parcial sem redução de texto é uma espécie, que “consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível

⁷Um ponto que pode ser levantado é que a própria identificação dos aspectos normativamente relevantes está condicionada à fundamentação da decisão. Quando não há um esclarecimento sobre as razões que sustentam o julgado, há a possibilidade maior de um espaço de interpretação sobre o âmbito de aplicação do precedente. Ver CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. Julieta não está pronta para ser Montecchio – A união das famílias jurídicas e a necessidade de uma nova metodologia do direito preocupada com precedentes. **Revista de Direito Brasileiro**, São Paulo, vol. 14, n. 6, p. 03-17, maio/ago. 2016.

⁸Assumimos esse ponto como não problemático, na esteira de VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun. 2009; BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016. Existe ampla discussão na literatura sobre os benefícios e malefícios da doutrina do precedente. Para discussões mais detalhadas sobre o assunto, ver ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008; SCHAUER, Frederick. Precedent. In: MARMOR, Andrei (Org.) *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012; SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. De qualquer modo, ainda que discordemos do argumento a favor do uso de precedentes, devemos observar que a CRFB/88, em seu art. 93, IX, estabeleceu a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, de forma que é natural imaginar que os juízes e tribunais brasileiros têm uma obrigação de produzir decisões fundamentadas.

⁹BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016; SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n. 3, p. 557-584, jul./sept. 2013.

da norma – geralmente a mais óbvia – e na afirmação de uma interpretação alternativa compatível com a Constituição¹⁰.

Uma situação em particular, que se enquadra na definição de Barroso, causa preocupação com relação à dispersão de fundamentos. Digamos que o STF concorde, em controle concentrado de constitucionalidade, sobre o julgamento correto: declarar a nulidade parcial sem redução de texto. Essa decisão, inclusive, pode se dar de forma unânime. Nada garante, porém, que a “interpretação alternativa compatível com a Constituição” seja a mesma para todos os ministros. Pode ser que não se forme sequer uma maioria com relação a essa leitura.

Imaginemos o seguinte cenário: o STF é provocado a julgar a constitucionalidade da lei L. Todos os ministros concordam que L é constitucional, se lida de determinada maneira, mas nenhum ministro concorda com nenhum dos outros sobre que interpretação é essa. Um ministro propõe I₁, outro propõe I₂ e, ao final do último voto, temos 11 interpretações diferentes (I₁ ... I₁₁) que tornam L constitucional. A decisão é unânime no sentido de que a lei é constitucional, mas não apresenta qualquer conteúdo capaz de guiar a atuação dos jurisdicionados e dos futuros aplicadores do direito. Esse caso, como veremos, é extremamente relevante.

A questão colocada por Brando e Leite¹¹ é bastante simples: como prevenir esse problema? Os autores avaliam 3 possíveis causas do problema: 1) a indeterminação relativa do texto constitucional; 2) a causa de pedir aberta e 3) a regra de decisão por maioria simples. O foco normativo dos autores é defender a substituição do mecanismo de votação do STF (3) por um que conte os votos a favor de cada fundamento¹².

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145. Uma observação similar se encontra em SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n. 3, p. 557-584, jul./sept. 2013, p. 573, nota de rodapé 49 e texto, onde o autor aponta para a possibilidade de resultados não binários em conexão com o uso da interpretação conforme. Um dos revisores anônimos apontou para obra anterior do autor (SILVA, Virgilio Afonso. **Interpretação conforme a constituição:** entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, p. 191-210, 2006.) para argumentar que a caracterização que fizemos da interpretação conforme à constituição e da declaração de nulidade parcial sem redução de texto se baseava em um equívoco conceitual. Discordamos da crítica: o STF rotineiramente usa os conceitos no sentido indicado no texto com o efeito que discutimos. Esse parece ter sido o caso, por exemplo, na ADPF 132. Ademais, nada no artigo mencionado conflita com as afirmações centrais do presente trabalho, funcionando muito mais como uma crítica (pertinente) aos métodos interpretativos aplicados pela corte do que como uma descrição de suas práticas discursivas: mesmo que concordemos com o autor e reservemos nossa crítica a apenas um dos dois fenômenos identificados, ainda estaremos diante de um problema real.

¹¹ BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016.

¹² Guilherme Forma Klafke e Bruna Romano Pretzel comentam *en passant* que essa parece ter sido a opção do Tribunal Constitucional espanhol. Cf. KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, p. 89-104, 2014.

No presente artigo, pretende-se analisar, em primeiro lugar, a sugestão da mudança da regra de votação, mostrando que a deliberação no âmbito do STF é uma instância do teorema de Arrow¹³. Se esse é o caso, a mudança da regra de votação não parece ser suficiente para resolver o problema. Por outro lado, mudar a regra de votação implica um conjunto de problemas ligeiramente diferente, advindos da incidência do teorema da impossibilidade de List e Pettit¹⁴. Por fim, será demonstrado como os outros dois fatores apontados por Brando e Leite¹⁵, quando vistos à luz dos teoremas discutidos, parecem indicar soluções mais claras para o problema¹⁶.

O artigo será estruturado da seguinte forma: no item 2, oferecemos uma breve descrição do que constitui o paradoxo da votação e o teorema de Arrow¹⁷; no item 3, apresentamos um argumento para demonstrar a pertinência do paradoxo e do teorema no caso específico das decisões colegiadas no direito¹⁸, apontando como o problema inclui a dispersão de fundamentos¹⁹; no item 4, descreveremos o teorema da impossibilidade postulado por List e Pettit²⁰ e como ele representa um problema diferente, embora intimamente relacionado, ao do paradoxo da votação; na conclusão (item 5), pretendemos mostrar que, dados os teoremas da impossibilidade provados pelos autores supra citados, nos resta buscar os arranjos de votação que impliquem uma menor quantidade de casos paradoxais, o que implica reavaliar as outras causas apontadas

¹³ ARROW, Kenneth Joseph. **Social choice and individual values**. New York: Jon Wiley & Sons, 1963.

¹⁴ LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgement: an impossibility result. **Economics and Philosophy**, Cambridge, vol. 18, n. 1, p. 89-110, apr. 2002.

¹⁵ BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016.

¹⁶ Da mesma forma, muito embora a valorização da “cultura do precedente”, defendida por VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun. 2009, possa ser positiva, ela também não é capaz de resolver o problema da dispersão de fundamentos. Não só por não atuar sobre as causas do problema, como também porque a dispersão de fundamentos também existe na jurisprudência norte-americana (ver MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006; EASTERBROOK, Frank. Ways of criticizing the court. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982), na qual dificilmente se argumentaria que não vigora uma cultura de valorização ao precedente.

¹⁷ ARROW, Kenneth Joseph. **Social choice and individual values**. New York: Jon Wiley & Sons, 1963; ARROW, Kenneth Joseph. A difficulty in the concept of social welfare. **Journal of Political Economy**, Chicago, vol. 58, n. 4, p. 328-346. 1950.

¹⁸ MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006; EASTERBROOK, Frank. Ways of criticizing the court. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982.

¹⁹ BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016; VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun. 2009.

²⁰ LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgement: an impossibility result. **Economics and Philosophy**, Cambridge, vol. 18, n. 1, p. 89-110, apr. 2002.

por Brando e Leite²¹, a saber: 1) a indeterminação relativa do texto constitucional; e 2) a incidência da causa de pedir aberta.

2. O PARADOXO DA VOTAÇÃO E O TEOREMA DE ARROW

Suponhamos que três juízes tenham que decidir uma apelação. Cada um deles só tem duas opções com relação ao julgamento: (1) a apelação é provida ou (2) a apelação é improvida²². Vamos supor, ainda, que todos os três juízes concordem com (1) e pensem que a apelação deve ser provida. Nesse caso, não temos dúvidas quanto ao resultado do julgamento: a apelação foi provida.

Imaginemos, porém, que as razões para que cada um dos três juízes tenha provido a apelação sejam radicalmente diferentes. É possível que os juízes 1, 2 e 3 tenham decidido como fundamento F, respectivamente, que: (F_1) a sentença de primeiro grau tenha sido proferida por juiz incompetente; (F_2) o apelante tinha razão no mérito; e (F_3) o apelado não apresentou contrarrazões. Por fim, pressuponhamos que cada um dos três juízes esteja totalmente decidido a manter sua decisão. Como resolver a questão?

Uma das maneiras de resolver o impasse entre os três juízes é aquela postulada por Condorcet²³: cada um deve fazer uma ordem de preferência dos três fundamentos que foram levantados²⁴. Assim, certamente, saberemos qual o fundamento preferido

²¹ BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016.

²² Naturalmente, é possível que ela seja parcialmente provida, mas para fins de simplificação, imaginemos que parcialmente provida conte como uma instância de provimento. O mesmo tipo de simplificação é sistematicamente realizado pela literatura que trata do tema. Ver MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006; EASTERBROOK, Frank. Ways of criticizing the court. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986.

²³ Ver ARROW, Kenneth Joseph. **Social choice and individual values**. New York: Jon Wiley & Sons, 1963; MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006; EASTERBROOK, Frank. Ways of criticizing the court. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982.

²⁴ A maioria das exposições começa pressupondo a vantagem da votação de Condorcet sobre a votação “padrão”, em que cada juiz vota apenas uma vez e apenas em seu fundamento favorito. KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986, porém, apresenta argumentos que mostram uma incompreensão desse fato, razão pela qual pensamos ser necessária a demonstração anterior de que um sistema de votação simples não resolve o problema. De fato, quando autores como Easterbrook (EASTERBROOK, Frank. Ways of criticizing the court. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982) descrevem o paradoxo da votação judicial como uma instância de votação de Condorcet, isso não representa problema algum. O problema já existe antes da votação comum, sendo certo que a aplicação do sistema de Condorcet reduz o número de vezes em que ficaremos sem um vencedor preferido pelo grupo. É por isso que a crítica de Kornhauser e Sager não faz sentido. Quando dizem que “...although courts might adopt a mechanism that did produce a complete ranking of the alternatives, it seems silly to do so when such a choice has no apparent benefits and plunges one into the antinomies of Arrow’s theorem” (KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986 p. 110. Observação repetida em p. 114), os autores erram ao ignorarem que Condorcet produz resultados satisfatórios do que a votação normal.

pelo órgão julgador, não? Suponhamos que a ordem de preferência dos três juízes seja a seguinte:

	Juiz 1	Juiz 2	Juiz 3
1º	F ₁	F ₂	F ₃
2º	F ₂	F ₃	F ₁
3º	F ₃	F ₁	F ₂

Para determinarmos o vencedor dessa votação, precisamos que cada um dos fundamentos enfrente cada um dos outros fundamentos em uma comparação direta. Assim, poderíamos começar comparando F₁ e F₂: os juízes 1 e 3 classificam F₁ acima de F₂. Logo, podemos dizer que o grupo prefere F₁ a F₂, tornando F₁ o vencedor da primeira comparação. Será que F₁ também é preferido com relação a F₃? Embora o juiz 1 classifique F₁ acima de F₃, os juízes 2 e 3 classificam F₃ acima de F₁, fazendo de F₃ o vencedor dessa comparação. F₃, na sequência deve mostrar que é preferido pelo grupo com relação a F₂, mas isso não é verdadeiro: F₃ é o fundamento preferido do juiz 3, mas os juízes 1 e 2 preferem F₂ a F₃. Logo, F₂ é o vencedor dessa comparação. Mas F₂ foi o perdedor da primeira comparação, que parecia indicar que F₁ era preferida pelo grupo sobre F₂.

Esse é o paradoxo da votação: quando duas ou mais pessoas precisam decidir sobre mais de duas opções, é sempre possível que nenhum resultado seja atingido. Isso acontece porque a ordem de preferência é cíclica²⁵:

²⁵Toda essa explicação, incluindo as tabelas, é praticamente uma reprodução das explicações oferecidas por MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. *Nebraska Law Review*, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006; EASTERBROOK, Frank. Ways of criticizing the court. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982; ARROW, Kenneth Joseph. **Social choice and individual values**. New York: Jon Wiley & Sons, 1963; ARROW, Kenneth Joseph. A difficulty in the concept of social welfare. *Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 58, n. 4, p. 328-346, 1950; MORREAU, Michael. Arrow's Theorem. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/MORAT>>; SPECTOR, Hector. **Constitutional choice, deliberation and Arrovian dictatorship**. Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, na Escola Superior Dom Helder Câmara, na cidade Belo Horizonte, 26 nov. 2015.

	F1	F2	F3
F1	-	F1	F3
F2	F1	-	F2
F3	F3	F2	-

O teorema de Arrow²⁶, por sua vez, prova que é impossível que um mecanismo de agregação de preferências respeite simultaneamente cinco condições²⁷. São elas²⁸:

1a – Domínio Irrestrito: dentre as opções disponíveis, os participantes da votação podem ter qualquer ordem de preferência, de maneira que é necessário que o sistema de votação não restrinja nenhuma ordem ou combinação de ordens possível²⁹.

2a – Ordenação social: o resultado da votação tem que ser um ranking das alternativas, da melhor para a pior, que pode ou não conter empates. Não pode haver a circularidade das alternativas, como acontece no caso do paradoxo da votação (como pode ser intuído facilmente, essa é a condição que não é cumprida no caso do sistema deliberativo do STF)³⁰.

²⁶ ARROW, Kenneth Joseph. **Social choice and individual values**. New York: Jon Wiley & Sons, 1963; ARROW, Kenneth Joseph. A difficulty in the concept of social welfare. **Journal of Political Economy**, Chicago, vol. 58, n. 4, p. 328-346, 1950.

²⁷ MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006; EASTERBROOK, Frank. Ways of criticizing the court. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982; MORREAU, Michael. Arrow's Theorem. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/MORAT>>; SPECTOR, Hector. **Constitutional choice, deliberation and Arrowian dictatorship**. Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, na Escola Superior Dom Helder Câmara, na cidade Belo Horizonte, 26 nov. 2015.

²⁸ Para fins dessa exposição, nos baseamos majoritariamente em MORREAU, Michael. Arrow's Theorem. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/MORAT>> que oferece discussões detalhadas sobre cada uma das condições do teorema de Arrow.

²⁹ Easterbrook caracteriza essa condição como "range": "The system must allow every ranking of admissible choices, and there must be at least three admissible choices with no other institution to declare choices or rankings out of bounds at the start" (EASTERBROOK, Frank. Ways of criticizing the court. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982, p. 823). Essa definição, embora pareça, a primeira vista, muito forte, é defendida por Easterbrook como consistente com o modo de deliberação do judiciário. Ele diz que excluir certas opções através de regras, por exemplo, não viola a condição desde que restem ao menos três opções (EASTERBROOK, Frank. Ways of criticizing the court. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982, p. 825).

³⁰ Uma outra formulação dessa condição é dada em termos de "path independence", que Moreau (MORREAU, Michael. Arrow's Theorem. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/MORAT>>) atribui a Charles Plott. Essa formulação está incorporada na apresentação que Easterbrook

3a – Weak Pareto: se todos os membros do grupo de indivíduos preferirem a opção X à opção Y, então o grupo prefere X a Y.

4a – Não ditadura: alguém é um ditador, no sentido de Arrow, se toda vez que ele preferir uma alternativa à outra, o grupo como um todo também preferir aquela alternativa. As preferências dos outros indivíduos só fazem diferença quando o ditador é indiferente entre aquelas opções.

5a – Independência das alternativas irrelevantes: “[o método de votação] tem que tomar cada par de alternativas de forma separada, sem prestar atenção às preferências para alternativas que não elas”³¹. Essa é a condição menos intuitiva e mais controversa do teorema de Arrow. Easterbrook a define da seguinte forma: “A escolha entre as opções A e B depende exclusivamente da comparação entre essas duas”³².

O teorema da impossibilidade de Arrow³³, na formulação de Morreau, diz o seguinte: “Imagine que existem mais de duas alternativas. Então nenhuma função de bem-estar social f satisfaz as condições 1a, 2a, 3a, 4a e 5a”³⁴. O que isso quer dizer? Que nenhum método para agregar as preferências de duas pessoas ou mais (“função de bem-estar social f' ”) entre pelo menos três alternativas respeita, simultaneamente, as 5 condições elencadas acima.

O paradoxo da votação é uma instância de votação que está sob o escopo do teorema da impossibilidade de Arrow. Ele desrespeita a condição 2a, como vimos, o que significa que o sistema pode resultar em preferências cíclicas.

faz das condições do teorema de Arrow (“*Transitivity is the condition of logical ordering plus path independence*” EASTERBROOK, Frank. *Ways of criticizing the court*. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982, p. 830) e é atacada por Kornhauser e Sager (“we explicitly consider situations in which the application of criteria for coherence are path dependent” KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. *Unpacking the court*. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986, p. 102). Porém, mostra que embora seja possível formular a condição de ordenação social em termos mais fracos, isso pode não ser desejável. Os motivos dessa indesejabilidade fogem do escopo do presente artigo.

³¹ MORREAU, Michael. Arrow’s Theorem. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/MORAT>>.

³² EASTERBROOK, Frank. *Ways of criticizing the court*. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982, p. 823.

³³ Curiosamente, Arrow o batizou de teorema da possibilidade (ARROW, Kenneth Joseph. *A difficulty in the concept of social welfare*. **Journal of Political Economy**, Chicago, vol. 58, n. 4, p. 328-346. 1950, p. 339; ARROW, Kenneth Joseph. **Social choice and individual values**. New York: Jon Wiley & Sons, 1963, p. 46). Atualmente, porém, é comum referir-se ao teorema como teorema da impossibilidade de Arrow. Vide MORREAU, Michael. Arrow’s Theorem. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/MORAT>>; MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006; EASTERBROOK, Frank. *Ways of criticizing the court*. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. *Unpacking the court*. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986.

³⁴ MORREAU, Michael. Arrow’s Theorem. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/MORAT>>. Ligeiramente modificado do original (Morreau), que diz: “Suppose there are more than two alternatives. Then no social welfare function f satisfies U, SO, WP, D, and I”.

O que isso significa para o direito? Isso vai depender de algumas coisas, mas a primeira e mais importante delas é perguntar: será que as condições acima são, todas, concomitantemente aplicáveis à deliberação dos tribunais? É o que pretende-se investigar na próxima seção.

3. ARROW E OS TRIBUNAIS

De pronto, podemos perceber que algumas das condições de Arrow podem ser aplicadas a todos os casos de julgamentos colegiados: sempre teremos duas ou mais pessoas julgando três ou mais alternativas, ao menos no caso dos fundamentos possíveis da decisão; essas alternativas sempre poderão ser classificadas em qualquer ordem de preferência pelos membros individuais do tribunal; se todos os juízes do tribunal concordarem que o fundamento 1 é melhor do que o fundamento 2, o tribunal terá decidido com base no fundamento 1. Assim, as condições 1a e 3a são obviamente descritivamente verdadeiras e parecem ser normativamente desejáveis³⁵.

A condição 2a, de maneira similar, também se demonstra desejável. Afinal, se imaginarmos que o problema da dispersão de fundamentos é algo a ser solucionado, devemos nos preocupar em satisfazer essa condição (2a), garantindo que a deliberação do tribunal sempre seja capaz de fornecer algum fundamento para as suas decisões³⁶.

A situação se complica um pouco quanto às condições 4a e 5a. À primeira vista, ambas parecem intuitivamente aceitáveis. Seria forçoso imaginar que os tribunais de fato funcionem como entidades ditatoriais, em que o voto de um de seus membros sempre determina o resultado do grupo³⁷. Da mesma forma, parece que as alternativas independentes são irrelevantes: se o tribunal está avaliando os fundamentos 1 e 2, esse julgamento não tem nada a ver com o fundamento 3; o tribunal está pura e simplesmente avaliando um argumento com relação ao outro. No entanto, a situação não é tão simples assim.

Um arranjo institucional em que todos os ministros sempre acompanhasssem o relator seria um sistema de votação que desrespeitaria, pelo menos, a condição 4a:

³⁵ Para estabelecer a deseabilidade ou indeseabilidade normativa de cada uma das condições, seria necessário um esforço muito maior. Queremos apenas mostrar que, intuitivamente, não parece ser o caso de que qualquer uma das condições seja normativamente dispensável.

³⁶ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. *The Yale Law Journal*, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986, como vimos, não concordam com a aplicabilidade da condição, mas cremos que a formulação acima é suficientemente aceitável para os fins do argumento que pretendemos desenvolver. A objeção mereceria um exame mais detalhado que foge ao escopo do presente. Portanto, preferimos delegar ao leitor a tarefa de avaliar a pertinência da objeção dos autores.

³⁷ Uma análise sobre a regularidade do uso de “nos termos do relator” em julgados do STF, no entanto, sugere que a Corte vem agindo de maneira, conforme descreve Arrow, ditatorial. Para uma lição mais aprofundada sobre o assunto, ver ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, André Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 2, n.1, p. 264-297, jan./jun. 2016.

o sistema seria ditatorial, seguindo o termo técnico de Arrow, já que um determinado membro do tribunal (se considerarmos “relator” como membro, e não cada um dos indivíduos que ocupasse essa função em julgamentos diferentes) sempre determinaria o resultado da preferência do grupo. Essa condição, porém, pode ser desrespeitada de maneiras mais sutis. Imaginemos uma turma com três desembargadores. O primeiro desembargador (1) vota sempre de maneira consistente conforme sua ordenação de preferências pessoais P. O segundo desembargador (2) também vota sempre de maneira consistente com a sua ordenação de preferências pessoais P', mas P' é exatamente a ordem inversa a P. Assim, se P ordena as opções na ordem A, B e C, P' ordena as opções na ordem C, B e A. O terceiro desembargador (3) é extremamente preguiçoso e não tem muita preocupação nem com a consistência de suas opiniões pessoais, nem com o estudo cuidadoso dos casos sob análise. Ele se limita a seguir, em cada caso, o voto de um dos outros dois desembargadores. Como as preferências dos desembargadores 1 e 2 nunca mudam, a opinião do grupo é sempre determinada exclusivamente pela opinião do desembargador 3, ainda que ele não pareça contar como um ditador no significado que essa palavra tem na linguagem ordinária. Isso faz com que o desembargador 3 seja um ditador, no sentido técnico do termo conforme empregado por Arrow³⁸.

Embora possamos conviver com a existência do desembargador 3, ela não nos deve causar muito conforto. Não é razoável que o juiz menos cuidadoso e menos consistente decida aleatoriamente casos importantes, ainda que o faça seguindo o voto de um de seus colegas mais cuidadosos e consistentes. Assim, parece difícil negar a aplicabilidade da condição 4a à deliberação jurídica, ou ao menos àquela realizada nos chamados casos difíceis do Direito, como, por exemplo, aqueles considerados como moralmente carregados. De fato, parte da literatura é enfática ao defender que as cortes não devem funcionar de maneira ditatorial. Virgílio Afonso da Silva afirma que: “Uma das precondições de uma deliberação justa [...] é a igualdade de juízes dentro de uma corte”³⁹.

Existem, por outro lado, evidências no sentido de que o STF, na grande maioria dos casos, de fato assuma uma posição na qual se “atribui ao relator o papel central de prover fundamentação para a decisão coletiva”⁴⁰. Se essa é uma visão descritivamente

³⁸ O exemplo acima é uma variação do exemplo apresentado por MORREAU, Michael. Arrow's Theorem. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/MORAT>>. O exemplo de Morreau, por sua vez, é derivado de um documentário dirigido por Woody Allen.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n. 3, p. 557-584, jul./sept. 2013, p. 571.

⁴⁰ ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, André Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. **Revista Estudos Institucionais**, vol. 2, n.1, p. 290, jan./jun. 2016.

correta acerca do comportamento deliberativo do tribunal⁴¹, ele seria uma ditadura arroviana e chegaria a decisões fundamentadas através do desrespeito à condição 4a.

A rigor, embora a condição 5a seja desrespeitada em muitos arranjos de votação e pareça ser uma estratégia mais ou menos comum para garantir a transitividade de uma função de agregação de preferências, ela parece ser indispensável ao direito. Se tivéssemos a descrição que Easterbrook faz da condição, veremos que: “[decisões judiciais] não deveriam ser influenciadas pelas crenças que um juiz tem sobre a conveniência da provisão legal; menos ainda por uma crença muito forte de um juiz de que o sistema de negligência é uma maneira pervertida de lidar com casos de colisão automobilística ou que reclamantes ruivos (ou negros) devem perder”⁴². Se essa é uma descrição adequada dos requisitos de 5a, parece claro que juristas das mais diversas escolas de pensamento (formalistas e particularistas, por exemplo⁴³) concordariam que ela se aplica ao caso das decisões jurídicas.

Se todas as considerações supra são verdadeiras, as soluções consideradas por Brando e Leite⁴⁴ não são capazes de eliminar o problema. Afinal, elas não agem sobre nenhuma de suas causas (1a-5a). Naturalmente, podemos imaginar que elas diminuam as hipóteses nas quais não teremos um vencedor de Condorcet. É possível que o mero fato de trazer a atenção do público e dos juízes para os fundamentos das decisões de um tribunal, em especial quando estamos falando do STF em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, seja capaz de causar algum efeito positivo quanto à redução da quantidade de casos nos quais ficaremos sem uma *ratio decidendi*. Conforme veremos, a intuição dos autores de que a relativa indeterminação do texto constitucional e a causa de pedir aberta contribuem para o problema também parecem estar corretas.

A proposta principal de Brando e Leite⁴⁵, porém, é interessante pelas peculiaridades que sua adoção enseja e pela curiosa realidade que ela revela. Trata-se do fenômeno do “paradoxo doutrinário”⁴⁶.

⁴¹ Os dados empíricos apresentados pelos autores discordam de algumas outras pesquisas empíricas que possuíam acesso a dados mais profundos a respeito dos votos de ministros individuais. Nesse sentido: ROSEVEAR, Evan; HARTMANN, Ivar Alberto; ARGUELHES, Diego Werneck. **Disagreement on the Brazilian supreme court: an exploratory analysis**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2629329>. Acesso em: 25 jan. 2018.

⁴² EASTERBROOK, Frank. Ways of criticizing the court. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982, p. 825. Tradução dos autores.

⁴³ Vide SCHAUER, Frederick, **Playing By The Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

⁴⁴ BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016.

⁴⁵ BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016.

⁴⁶ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986; MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006.

4. PARADOXO DOUTRINÁRIO

O artigo publicado por Kornhauser e Sager em 1986, intitulado *Unpacking the court*⁴⁷, demonstrou, pela primeira vez, a existência do fenômeno que os autores batizaram de “paradoxo doutrinário”. O fenômeno que Kornhauser e Sager observaram é tão simples quanto o paradoxo da votação e tão interessante quanto ele com relação às suas consequências normativas para a teoria da adjudicação. Para usar o exemplo dos autores, imagine que um grupo de três juízes tenha que decidir sobre a inconstitucionalidade de uma determinada lei L. Os argumentos levantados pelas partes e *amici* ouvidos no processo se dividem em três questões diferentes: Q₁ – L é formalmente inconstitucional; Q₂ – L desrespeita o princípio fundamental X e Q₃ – L desrespeita o princípio fundamental Y.

Apesar da presunção de constitucionalidade das leis, é fácil perceber que L só não será declarada inconstitucional quando: (Q₁) ela não for formalmente inconstitucional; (Q₂), não desrespeitar o princípio fundamental X; e (Q₃) não desrespeitar o direito fundamental Y. Se todos os juízes pensam que L é formalmente inconstitucional, por exemplo, não importa se acreditam que ela não desrespeita o fundamento X ou o fundamento Y, ela é inconstitucional por Q₁. Isso vale para todas as combinações possíveis: se o tribunal resolver que L fere qualquer uma das três questões apresentadas (Q₁, Q₂ e Q₃)⁴⁸, L deve ser declarada inconstitucional. De forma contrária, L não deve ser declarada constitucional se, e somente se, o tribunal concluir que ela não fere nenhuma das questões apresentadas.

Imaginemos que a votação do tribunal se dê segundo o seguinte padrão:

	L Fere Q ₁ ?	L Fere Q ₂ ?	L Fere Q ₃ ?	Inconstitucional?
Juiz 1	Sim	Não	Não	Sim
Juiz 2	Não	Sim	Não	Sim
Juiz 3	Não	Não	Sim	Sim

⁴⁷ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986.

⁴⁸ É bem verdade que, como afirmam BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016, a situação seja ainda mais complicada no direito brasileiro: afinal, a interpretação do tribunal de que as ações do controle concentrado possuem causa de pedir aberta – ou seja, que o tribunal pode decidir com base em qualquer fundamento, não estando restrito àqueles apresentados pelas parte e pelos *amici* – torna o número de questões potencialmente indeterminado.

Como vemos, nesse caso, o tribunal decidiu, sobre cada uma das questões (Q_1 - Q_3) que L não feria nenhuma delas. Em cada uma dessas questões, o tribunal, por uma maioria de 2 a 1 decidiu que a lei não feria a questão. Seria intuitivo, portanto, imaginar que L é constitucional. Porém, quanto ao resultado do julgamento, o tribunal foi unânime: todos os juízes consideraram L inconstitucional.

Kornhauser e Sager⁴⁹ notaram que o resultado desse esquema de votação é insatisfatório ou irracional⁵⁰, afinal, imaginamos que Q_1 - Q_3 sejam as únicas questões relevantes para respondermos à pergunta sobre a constitucionalidade de L, mas, mesmo que L seja considerada constitucional caso sejam contados os votos por questão, L é considerada inconstitucional por unanimidade, quando levado em consideração a decisão final de cada ministro.

Nesse caso, a proposta de Brando e Leite⁵¹ muda o resultado do julgamento: se usarmos a regra de votação por maioria simples, o resultado será que L é inconstitucional, mas se usarmos a regra de votação vinculada aos fundamentos, o resultado será que L não é constitucional. Será que essa mudança resolve o paradoxo doutrinário? O resultado obtido através da aplicação dessa regra não é tão estranho quanto o resultado obtido através da regra de votação por maioria simples? Afinal, parece muito estranho aceitar uma decisão colegiada cujo resultado não era desejado por nenhum dos participantes⁵².

Existe uma conexão entre o teorema da impossibilidade de Arrow e o paradoxo doutrinário, explorada por List e Pettit para propor um novo conjunto de condições que expressam um teorema de impossibilidade próprio⁵³. Assim como nenhum mecanismo para agregação de preferências pode respeitar, simultaneamente, as cinco condições enumeradas por Arrow, nenhum mecanismo para agregação de julgamentos pode

⁴⁹ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986.

⁵⁰ MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006.

⁵¹ BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016.

⁵² Essa estranheza é proveniente do fato de enxergarmos grupos como entes capazes de tomar decisões fundamentadas. Ou seja, entendemos que grupos assumem a feição de agentes quando pessoas agem em ‘atividades cooperativas compartilhadas’, nas quais há ao menos um objetivo em comum, conhecido por todos e de forma que eles o façam ou busquem juntos e coordenem suas funções – seus planos e subplanos de ação, incluindo ajudar o outro na sua função, se necessário –, que são interdependentes. Isso demonstra que a nossa leitura sobre agenciamento também atribui intencionalidade aos atos executados por grupo. A questão é como enxergar essa intencionalidade. Se for lida como a soma das intenções dos agentes que compõem o grupo, surge a estranheza relatada. Afinal, como seria possível atingir uma decisão que nenhum dos componentes do grupo desejaria como agente individual ou para o grupo enquanto agente coletivo? Para uma discussão mais aprofundada sobre o assunto, ver: TUOMELA, Raimo. Group reasons. **Philosophical Issues**, vol. 22, issue 1, p. 402-418, oct. 2012.

⁵³ LIST, Christian e PETTIT, Philip. **Aggregating sets of judgments: two impossibility results compared**. *Synthese*. Vol.140, Issue 1, 2004, pp. 207-235.

respeitar simultaneamente as condições enumeradas por List e Pettit⁵⁴. A diferença entre os dois casos é simples: enquanto o teorema de Arrow se aplica à agregação de preferências, que podem ser ordenadas entre si, o teorema da impossibilidade de List e Pettit⁵⁵ se aplica à agregação de julgamentos. Julgamentos, segundo List e Pettit, são “atos de concordância ou discordância, asserção ou negação, e diferem de crenças em não permitir graus de confiança”⁵⁶. As complicações surgem quando um grupo precisa agregar um conjunto de julgamentos sobre questões “que são tratadas como interconectadas, ao invés de independentes”⁵⁷.

Os dois problemas – agregação de preferências e agregação de julgamentos – são similares e, em parte por isso, os teoremas de Arrow, por um lado, e List e Pettit, por outro, também possuem muitas semelhanças⁵⁸. Eles diferem principalmente com relação às suas definições/hipóteses de incidência. Enquanto Arrow se aplica à agregação de preferências, o teorema da impossibilidade de List e Pettit se aplica à agregação de julgamentos; enquanto Arrow se aplica a casos em que três ou mais pessoas ordenam suas preferências entre três ou mais opções, o teorema de List e Pettit se aplica a casos onde duas ou mais pessoas têm que realizar julgamentos sobre duas ou mais questões que não são independentes entre si.

Para colocar a questão em termos mais abstratos, basta pensarmos que a conclusão “L é constitucional” acontece se e somente se a resposta a Q_1 , Q_2 e Q_3 forem simultaneamente negativas, ou seja, se nenhuma das inconstitucionalidades alegadas de fato ocorrer⁵⁹. No quadro supra, o tribunal como um todo – se adotarmos a regra de votação por maioria vinculada aos fundamentos – decidiu que Q_1 , Q_2 e Q_3 devem ser respondidos negativamente. Logo, de acordo com a lógica que acabamos de estabelecer, chegaremos à conclusão de que L é constitucional. O paradoxo surge quando notamos que os três juízes creem que L é inconstitucional.

Como no caso da agregação de preferências, também na agregação de julgamentos é impossível satisfazer algumas condições que nos parecem razoáveis. São elas:

⁵⁴ LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgement: an impossibility result. **Economics and Philosophy**, Cambridge, vol. 18, n. 1, p. 89-110, apr. 2002.

⁵⁵ LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgement: an impossibility result. **Economics and Philosophy**, Cambridge, vol. 18, n. 1, p. 89-110, apr. 2002.

⁵⁶ LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgement: an impossibility result. **Economics and Philosophy**, Cambridge, vol. 18, n. 1, p. 207-235, apr. 2002, p. 90. Tradução dos autores.

⁵⁷ LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgement: an impossibility result. **Economics and Philosophy**, Cambridge, vol. 18, n. 1, p. 207-235, apr. 2002, p. 90. Tradução dos autores.

⁵⁸ Para uma comparação, ver LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgement: an impossibility result. **Economics and Philosophy**, Cambridge, vol. 18, n. 1, p. 207-235, apr. 2002.

⁵⁹ É nesse sentido que Q_1 , Q_2 e Q_3 não são independentes: as conclusões podem ser definidas como uma função do julgamento dessas três questões. Se Q_1 , Q_2 ou Q_3 forem verdadeiros, L é inconstitucional; se Q_1 , Q_2 e Q_3 forem falsos, L é constitucional.

1b – Domínio Universal: A função deve aceitar todas as opções possíveis de julgamentos individuais que sejam consistentes (não existe contradição interna; um julgador não decide, simultaneamente, que P e que não P) e completas (cada julgador responde a todas as questões);

2b – Racionalidade Coletiva: Para quaisquer julgamentos individuais dos julgadores, a função agregadora deve gerar um resultado consistente e completo;

3b – Sistematicidade: "(i) o julgamento coletivo sobre cada proposição em X [o conjunto de proposições sob julgamento] depende exclusivamente dos julgamentos individuais sobre aquela proposição e não dos julgamentos individuais sobre outras proposições (a parte da independência), e (ii) o critério para determinar o julgamento coletivo sobre cada proposição deve ser o mesmo sobre todas as proposições em X (a parte da neutralidade)"⁶⁰;

4b – Anonimato: O voto de cada um dos julgadores é considerado igual. O julgamento de nenhum dos julgadores pode ter um peso maior.⁶¹

Imediatamente, podemos observar que, embora as condições do teorema de Arrow não sejam estritamente idênticas nem equivalentes às do teorema de List e Pettit, ambas são muito similares⁶². Domínio universal (1b) e domínio irrestrito (1a) são condições praticamente idênticas. Sistematicidade (3b) guarda fortes semelhanças com a independência das alternativas irrelevantes (3a) e, finalmente, anonimato (4b) parece equivalente à ideia de não-ditadura (4a). A grande diferença, que parece ser relevante, está na identificação dos problemas. Arrow, em parte motivado pelo paradoxo da votação, postula o requisito 2a, que tem como objetivo justamente garantir que não teremos resultados cílicos na agregação de preferências. List e Pettit, motivados pelo paradoxo doutrinário de Kornhauser e Sager⁶³, postulam 2b, a exigência de que a função sempre gere resultados "racionais". Assim sendo, e especialmente por causa das origens jurídicas do problema, acreditamos não ser necessário repetir a argumentação sobre a aplicabilidade de cada uma das condições ao problema específico da agregação de preferências jurídicas.

Na realidade, List e Pettit provaram que é possível formular o paradoxo da votação de maneira que ele esteja sujeito ao teorema da impossibilidade que postularam

⁶⁰ Para uma comparação, ver LIST, Christian. **The theory of judgement aggregation:** an introductory review. *Synthese*, Vol. 187, Issue 1, 2012, pp. 197-207.

⁶¹ As condições foram extraídas de LIST, Christian. **The theory of judgement aggregation:** an introductory review. *Synthese*, Vol. 187, Issue 1, 2012, pp. 186-187.

⁶² LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgement: an impossibility result. **Economics and Philosophy**, Cambridge, vol. 18, n. 1, p. 207-235, apr. 2002, faz uma comparação entre essas condições, chegando à mesma conclusão.

⁶³ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986.

em 2002⁶⁴. Basta que consideremos a ordem de preferência como um julgamento sobre a relação estrita entre as opções. Assim, ao invés de cada julgador ordenar suas preferências com relação às opções A, B e C, cada um emitirá seu julgamento com relação a proposições relacionais do tipo: "A é preferível a B"⁶⁵.

Ainda que esse seja o caso, parece relevante a opção por expor os dois problemas de maneira separada. Eles evidenciam duas dificuldades diferentes, ainda que essas dificuldades tenham a mesma causa. Por um lado, há a dificuldade, foco dos artigos de Brando e Leite⁶⁶ e Vojvodic, Machado e Cardoso⁶⁷ em definir a *ratio decidendi* de um julgado. Afinal, juízes têm muitas opções de fundamentação e a falta de mecanismos explícitos de decisão majoritária no STF, em particular, e em tribunais, em geral, é um agravante para o problema, ainda que não possa ser considerada sua causa exclusiva. Por outro lado, agregar preferências é significativamente diferente de agregar julgamentos e é possível argumentar que juízes prototípicamente agregam julgamentos, não preferências⁶⁸.

Por outro lado, não é difícil perceber que, ao menos no caso do direito, autores como Easterbrook⁶⁹, Meyerson⁷⁰ e Kornhauser e Sager⁷¹ estão falando sobre a mesma coisa. Afinal, poucos juristas diriam que a resposta a questões como Q₁, Q₂ e Q₃ contam como a decisão. Acreditamos que a maioria dos juristas diria que Q₁, Q₂ ou Q₃ seriam a razão de decidir (*ratio decidendi*): a lei L é inconstitucional (decisão propriamente dita ou dispositivo da decisão) porque ela fere Q₁, Q₂ ou Q₃⁷².

⁶⁴ LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgement: an impossibility result. **Economics and Philosophy**, Cambridge, vol. 18, n. 1, p. 207-235, apr. 2002.

⁶⁵ Ou "A é indiferente com relação a B", para a ideia de ordenação fraca, com empates.

⁶⁶ BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016.

⁶⁷ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun. 2009.

⁶⁸ MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006; e KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986.

⁶⁹ EASTERBROOK, Frank. Ways of criticizing the court. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982.

⁷⁰ MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006.

⁷¹ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986.

⁷² Note-se que embora essa possa ser a forma mais acurada de descrever nossa percepção de mente em grupos, ela pode continuar não sendo a mais desejável do ponto de vista normativo. Pode ser, inclusive, que mesmo do ponto de vista descritivo essa seja uma visão incompleta. Afinal, os próprios membros do grupo-agente possivelmente discordariam sobre essa leitura acerca da fundamentação da decisão tomada por eles. Tendo em vista que grupos "agem através de seus membros, mais especificamente, através da aceitação conjunta dos membros de razões para a ação do grupo. Isso exige que os membros expressem essa aceitação, subjetivamente, pensando e agindo como partes do grupo (em oposição a pensar e agir em satisfação a seus interesses

Será que existe tanta diferença entre perguntar para cada um dos julgadores sobre a sua preferência entre as opções de fundamentação Q_1 , Q_2 e Q_3 e pedir para que cada um deles emita um julgamento sobre Q_1 , Q_2 e Q_3 ? Acreditamos que, do ponto de vista abstrato, possamos classificar os dois problemas como problemas sobre a fundamentação de uma decisão. E a lição importante da literatura sobre teoria da escolha social é clara: formulemos a pergunta da maneira como quisermos formular, o problema existe e provavelmente continuará existindo, a não ser que resolvamos abrir mão de algumas coisas que nos parecem importantes: 1a-5a no caso da agregação de preferências e 1b-4b no caso da agregação de julgamentos. Será que isso é possível? Se sim, qual das condições deveríamos desrespeitar? List, em sua revisão sobre a literatura acerca da agregação de julgamentos⁷³ nos mostra que os resultados não são muito promissores.

5. CONCLUSÃO

Sempre existe a possibilidade de que: 1) seja impossível identificar o fundamento preferido pela maioria dos ministros (ou seja, alguns julgamentos serão instâncias do paradoxo da votação) ou 2) o resultado seja irracional, com resultados diferentes resultantes da contagem dos votos por questão/fundamento ou pelo resultado (ou seja, alguns julgamentos serão instâncias do paradoxo doutrinário).

À luz disso, será que vale a pena mudar o sistema deliberativo do STF para que se adote a regra de votação vinculada aos fundamentos? Essa questão, a nosso ver, depende da seguinte consideração: temos bons motivos para acreditar que a adoção de tal regra reduzirá o número de instâncias onde (1) ou (2) ocorrem?

Intuitivamente, diríamos que sim: forçar os ministros a debater explicitamente sobre os fundamentos uns dos outros deve ser suficiente para aumentar o número de casos nos quais se forma maioria sobre o fundamento de uma determinada decisão. No arranjo atual, em que os ministros, na maior parte das vezes, leem seus votos em sequência e debatem⁷⁴ majoritariamente a respeito da solução a ser dada em um caso

pessoais) e, objetivamente, em concordância com as regras, práticas e valores constitutivos do grupo” (ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, André Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 2, n.1, p. 264-297, jan./jun. 2016, p. 275). Se esse é o caso, é perfeitamente possível que uma decisão coletiva expresse algo que não é o desejo individual de nenhum dos membros do grupo. Para maior profundidade sobre o tema, ver TUOMELA, Raimo. Group reasons. *Philosophical Issues*, vol. 22, issue 1, p. 402-418, oct. 2012. Para os fins do argumento tecido aqui, porém, é suficiente perceber que o STF, ao menos em um subconjunto dos casos, pode ser lido como agindo de maneira menos deliberativa e mais agregativa, se comportando mais como um conjunto de agentes individuais do que como um grupo-agente.

⁷³ LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgement: an impossibility result. *Economics and Philosophy*, Cambridge, vol. 18, n. 1, p. 197-207, apr. 2002.

⁷⁴ Se é que debatem, ver SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n. 3, p. 557-584, jul./sept. 2013.

concreto, parece-nos mais provável que haja uma dispersão de fundamentos do que num cenário em que todos têm necessariamente que concordar especificamente com um dos fundamentos apresentados.⁷⁵ Isso, naturalmente, convidará o voto estratégico por parte de alguns ministros. Talvez, em prol da obtenção de um resultado com o qual concordam, os ministros flexibilizarão suas convicções com relação aos fundamentos. Há evidências de que isso, inclusive, já tenha ocorrido em algumas votações importantes da Suprema Corte americana⁷⁶.

Em qualquer caso, essa questão é parcialmente empírica (será que de fato a adoção de uma regra dessas reduziria os casos problemáticos?) e parcialmente conceitual (temos razões conceituais para acreditar que algum dos dois arranjos gera um número menor de combinações problemáticas?). Embora a literatura não tenha explorado o tema, essa parece ser uma linha promissora para pesquisa futura.

Com relação às outras duas sugestões de Brando e Leite⁷⁷, porém, as respostas podem ser dadas com maior segurança. Krishnamoorthy e Raghavachari⁷⁸ nos oferecem parte da resposta conceitual com relação ao potencial que a causa de pedir aberta e a relativa indeterminação do texto constitucional têm para agravar o problema. Os autores observam que, quando aumentamos o número de alternativas disponíveis para a ordenação de preferências entre um número constante de votantes, a probabilidade de que o resultado não seja cíclico diminui⁷⁹. Por exemplo: se três votantes têm que ordenar suas preferências entre 3 opções, a probabilidade de que a votação fornecerá um resultado não cíclico é de 77%. Se os mesmos três votantes têm que ordenar 10 opções, porém, a probabilidade de que o resultado será transitivo é de apenas 22%. No limite, se os mesmos três votantes têm que escolher entre 101 opções, a probabilidade de que a votação fornecerá um resultado não cíclico é de 0,008%. A conclusão, naturalmente, é

⁷⁵ Uma possibilidade (sugerida por um dos revisores anônimos) é que a culpa dos resultados paradoxais observados no presente artigo seja do sistema de votação *seriatim* adotado no caso brasileiro. Segundo essa interpretação, bastaria adotarmos um modelo *per curiam*, nos moldes, por exemplo, do que acontece na Suprema Corte dos EUA, para sanarmos os problemas identificados. Muito embora possa ser o caso que o modelo *seriatim* contribua para o problema, não é verdade que adotar um modelo *per curiam* seja suficiente para eliminar os resultados paradoxais. Afinal, boa parte da literatura que citamos identifica resultados desse tipo em julgados da Suprema Corte dos EUA. Vide MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, vol. 84, n. 3, p. 895-961, 2006; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. **The Yale Law Journal**, vol. 96, n. 1, p. 82-117, 1986.

⁷⁶ MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006.

⁷⁷ BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016.

⁷⁸ KRISHNAMOORTHY, Mukkai S.; RAGHAVACHARI, Madabhushi. **Condorcet winner probabilities – a statistical perspective**. 2005. Disponível em: <<http://arxiv.org/pdf/math/0511140.pdf>>. Tabela 2.

⁷⁹ No mesmo sentido: NIEMI, Richard G.; WEISBERG, Herbert F. A mathematical solution for the probability of the paradox of voting. **Behavioral Science**, [s.l.], vol. 13, n. 4, p. 317-323. 1968.

que, com n opções, todos os resultados serão cílicos⁸⁰. Na realidade, com 10 votantes, até mesmo a ordenação de 19 opções tende a gerar apenas resultados cílicos⁸¹.

Assim, é possível que a causa de um eventual aumento de instâncias em que decisões do STF sofrem da chamada dispersão de fundamentos pode ser atribuída ao fenômeno que discutimos na introdução. Se é verdade que, nos últimos anos, houve uma popularização da utilização da “declaração de nulidade parcial sem redução de texto”, nos termos discutidos por Barroso⁸², esse resultado deveria ser previsível: afinal, se aceitarmos que um texto T tem n interpretações possíveis, aumentamos drasticamente o número de alternativas que devem ser ordenadas pelos ministros⁸³.

Isso pode ser atribuído diretamente à causa de pedir aberta: caso os ministros fossem obrigados a avaliar os argumentos levantados pelas partes, o número de fundamentações possíveis seria presumivelmente menor do que o número que a causa de pedir aberta permite. Imaginar um exemplo ajuda a tornar a discussão mais clara: suponhamos que A entre com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Ele aduz que a interpretação I da lei L é incompatível com a Constituição e pede que o STF declare a inconstitucionalidade dessa interpretação, declarando que a lei L deve ser lida da maneira I₁ ou, alternativamente, da maneira I₂. Nesse caso, se algum ministro acha que I₃ é melhor que as duas alternativas propostas pelo postulante, esse julgamento não poderia contar como fundamento para uma eventual decisão. Em outras palavras, a decisão nessa ADI não pode ser “L é constitucional se lida da maneira I₂”. Por extensão, nenhum dos outros 10 ministros poderia oferecer a sua própria leitura preferida como uma das alternativas e, assim, reduziríamos drasticamente a probabilidade de que o resultado da decisão fosse cílico.

⁸⁰ É necessário observar que os autores explicitam que esse é o pior cenário possível: assumindo probabilidades diferentes para cada uma das possíveis ordenações de preferência, é possível que existam mais resultados não-cílicos. O resultado, porém, é relevante: mesmo que o arranjo de votação ofereça alguns resultados não transitivos, isso não parece ser o suficiente. Da mesma forma, assumir certas combinações de probabilidades pode afastar a incidência do teorema de Arrow (MORREAU, Michael. Arrow's Theorem. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/MORAT>>) por tornar o problema homogêneo. Como discuti anteriormente, porém, esse não parece ser o caso no âmbito do STF, que lida com questões moralmente complexas e que dividem a sociedade.

⁸¹ KRISHNAMOORTHY, Mukkai S.; RAGHAVACHARI, Madabhushi. **Condorcet winner probabilities – a statistical perspective**. 2005. Disponível em: <<http://arxiv.org/pdf/math/0511140.pdf>> e NIEMI, Richard G.; WEISBERG, Herbert F. A mathematical solution for the probability of the paradox of voting. **Behavioral Science**, [s.l.], vol. 13, n. 4, p. 317-323. 1968, apontam a mesma tendência para o aumento de votantes. Como o incremento do número de ministros do STF não parece ser proposto por ninguém, nem considerado deseável empírica ou conceitualmente, não discutirei essa possibilidade.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸³ Não se está defendendo a tese de que o direito é sempre radicalmente indeterminado. O ponto é apenas que quanto maior a possibilidade de interpretações possíveis para um texto, maior o número de alternativas que devem ser ordenadas pelos ministros.

Da mesma forma, parece intuitivo dizer que textos mais indeterminados permitem mais interpretações do que textos mais determinados. Se esse é o caso e se combinamos esse fato com a existência da causa de pedir aberta, também devemos esperar um aumento nas votações cíclicas. Afinal, mesmo que a causa de pedir fosse aberta, mas L só permitisse as interpretações I₁ e I₂, presumivelmente a deliberação do tribunal ficaria restrita a essas alternativas.

Em conclusão, é possível afirmar que, a não ser que estejamos dispostos a abrir mão de certos aspectos que consideramos importantes acerca do modo de deliberação típico dos tribunais (1a-5a ou 1b-4b), o fenômeno da dispersão de fundamentos sempre ocorrerá. Se isso é verdade, nossa melhor aposta está em tentar reduzir a quantidade de vezes em que ele ocorre. É possível que mudar a regra de contagem de votos seja capaz de fazer isso. Na falta de evidências sugestivas de que esse seja o caso, porém, penso ser mais prudente manter uma dose saudável de ceticismo e pensar em outras soluções mais robustamente comprovadas. Nesse sentido, é conceitualmente verdadeiro que reduzir o número de opções de fundamentação disponíveis reduz a quantidade de resultados cílicos. Com base nisso, algumas estratégias para lidar com o problema se oferecem: 1) tornar o texto constitucional mais determinado; 2) defender a causa de pedir “fechada” e/ou 3) acabar com a “declaração de nulidade parcial sem redução de texto”.

A primeira solução (1) é muito custosa: é difícil alterar o texto constitucional e torná-lo mais preciso envolve resolver questões moralmente controversas. Tornar o texto constitucional mais preciso pode, ainda, ser indesejável⁸⁴. Defender a causa de pedir “fechada” parece um caminho mais promissor, mas também está sujeito a bons argumentos contrários. É possível, por exemplo, que vincular a decisão do STF no controle de constitucionalidade aos fundamentos levantados pela parte implicasse uma multiplicação da quantidade de ações desse tipo e a redução da segurança jurídica. Afinal, o STF poderia julgar uma ADI improcedente em um dia por não concordar com os argumentos das partes e, pouco tempo depois, julgar outra ADI sobre uma mesma lei procedente por um fundamento diferente. O juízo sobre a suficiência desse problema para o descarte da solução (2) envolve um debate mais amplo, mas é suficiente notar que, quaisquer que sejam os problemas dessa solução, ela parece ser eficaz para combater a dispersão de fundamentos.

Por fim, a solução (3) parece, ao mesmo tempo, eficaz e menos sujeita a contra-argumentos. Afinal, embora muito se discuta sobre o que é a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, poucos argumentos normativos a favor da solução

⁸⁴ Nesse sentido, ver TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999 e NAGEL, Robert F. The formulaic constitution. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 84, n. 2, p. 165-212. 1985. De maneira mais geral, sobre a desejabilidade de regras relativamente indeterminadas ASGEIRSSON, Hrafn. On the instrumental value of vagueness in the law. **Ethics**, vol. 125, n. 2, p. 425-448. 2015.

parecem convincentes no presente contexto. Se, como por vezes se argumenta, o objetivo é preservar a presunção de constitucionalidade das leis⁸⁵, dificilmente podemos pensar em uma solução mais adequada: afinal, onde antes se utilizava a técnica da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, agora simplesmente se julgará improcedente a ADI. Se, por outro lado, a ideia é maximizar concomitantemente a presunção de constitucionalidade e a prevalência de resultados justos, outros caminhos parecem igualmente promissores⁸⁶.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Larry. There is no first amendment overbreadth (but there are vague first amendment doctrines); prior restraints aren't "prior"; and "as applied" challenges seek judicial statutory amendments. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, vol. 27, n. 2, p. 439-454, sept./nov. 2011.
- ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, André Martins. "Nos termos do voto do relator": considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. **Revista Estudos Institucionais**, vol. 2, n.1, p. 264-297, jan./jun. 2016.
- ARROW, Kenneth Joseph. A difficulty in the concept of social welfare. **Journal of Political Economy**, Chicago, vol. 58, n. 4, p. 328-346. 1950.
- ARROW, Kenneth Joseph. **Social choice and individual values**. New York: Jon Wiley & Sons, 1963.
- ASGEIRSSON, Hrafn. On the instrumental value of vagueness in the law. **Ethics**, vol. 125, n. 2, p. 425-448. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.
- BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, jan./jun. 2016.
- CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. Julieta não está pronta para ser Montecchio – A união das famílias jurídicas e a necessidade de uma nova metodologia do direito preocupada com precedentes. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, vol. 14, n. 6, p. 03-17, maio/ago. 2016.

⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006.

⁸⁶ Ver, por exemplo, a ideia de inconstitucionalidade "as applied" (ALEXANDER, Larry. There is no first amendment overbreadth (but there are vague first amendment doctrines); prior restraints aren't "prior"; and "as applied" challenges seek judicial statutory amendments. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, vol. 27, n. 2, p. 439-454, sept./nov. 2011).

- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- EASTERBROOK, Frank. Ways of criticizing the court. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 95, n. 4, p. 802-832, feb. 1982.
- KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, p. 89-104, 2014.
- KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 96, n. 1, p. 82-117. 1986.
- KRISHNAMOORTHY, Mukkai S.; RAGHAVACHARI, Madabhushi. **Condorcet winner probabilities – a statistical perspective**. 2005. Disponível em: <<http://arxiv.org/pdf/math/0511140.pdf>>.
- LIST, Christian. The theory of judgement aggregation: an introductory review. **Synthese**, vol. 187, issue 1, p. 197-207, 2012.
- LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgement: an impossibility result. **Economics and Philosophy**, Cambridge, vol. 18, n. 1, p. 89-110, apr. 2002.
- LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgements: two impossibility results compared. **Synthese**, vol. 140, issue 1, p. 207-235, 2004.
- MEYERSON, Michael. The irrational Supreme Court. **Nebraska Law Review**, Nebraska, vol. 84, n. 3, p. 895-961, jul./sept. 2006.
- MORREAU, Michael. Arrow's Theorem. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/MORAT>>.
- NAGEL, Robert F. The formulaic constitution. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 84, n. 2, p. 165-212. 1985.
- NIEMI, Richard G.; WEISBERG, Herbert F. A mathematical solution for the probability of the paradox of voting. **Behavioral Science**, [s.l.], vol. 13, n. 4, p. 317-323. 1968.
- PACUIT, Eric. Voting methods. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2011. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/voting-methods/>. Visitado em: 25/01/2018.
- ROSEVEAR, Evan; HARTMANN, Ivar Alberto; ARGUELHES, Diego Werneck. **Disagreement on the Brazilian supreme court: an exploratory analysis**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2629329>. Acesso em 25 jan. 2018.
- SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol. 97, n. 4, p. 509-548. 1988.
- SCHAUER, Frederick. **Playing By The Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. In: MARMOR, Andrei (Org.) **The Rouledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n. 3, p. 557-584, jul./sept. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006.

SPECTOR, Hector. **Constitutional choice, deliberation and Arrovian dictatorship**. Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, na Escola Superior Dom Helder Câmara, na cidade Belo Horizonte, 26 nov. 2015.

TUOMELA, Raimo. Group reasons. **Philosophical Issues**, vol. 22, issue 1, p. 402-418, oct. 2012.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun. 2009.



A nova cláusula de barreira e a sobrevivência das minorias

The new barrier clause and the survival of minorities

RAIMUNDO AUGUSTO FERNANDES NETO^{I,*}

^IUniversidade de Fortaleza (Brasil)
fernandesnetoadv@hotmail.com

JÂNIO PEREIRA DA CUNHA^{II, **}

^{II}Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS (Brasil)
janiopcunha@hotmail.com

Recebido/Received: 23.02.2018 / February 23th, 2018

Aprovado/Approved: 30.10.2018 / October 30th, 2018

Resumo

Analisa a nova cláusula de barreira aprovada na Emenda Constitucional nº 97/2017, que limita o acesso dos partidos políticos ao fundo partidário e ao programa gratuito de rádio e televisão, em virtude do percentual de votos mínimos recebidos nas eleições proporcionais à Câmara dos Deputados, ou, alternativamente, a eleição de 15 deputados federais distribuídos em um terço dos Estados. Averigua a incidência histórica da cláusula de desempenho no Brasil e nos sistemas proporcionais democráticos no Direito comparado. Utiliza-se de referências bibliográficas de teor clássico sobre os partidos políticos, democracia e Direito Eleitoral para questionar sua constitucionalidade. Projetá a incidência da nova emenda constitucional, com base nos elementos estatísticos fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral das eleições gerais de 2014, comparativamente às

Abstract

The purpose of this article is to analyze the barrier clause approved in Constitutional Amendment 97/2017, which restricts the minority political parties's access to the public share funding and to the free political advertising time on radio and television, due failure to achieve a minimum percentage of votes in the proportional elections to the lower house, or alternatively, failure to elect a minimum of fifteen federal representatives distributed in one third of the States. This article also investigates the historical incidence of the electoral performance clause in Brazil, using classical bibliographical review on political parties, democracy and electoral law, in order to discuss its constitutionality. In sequence, this essay projects the impact of the new constitutional amendment, on the basis of statistical data provided by the Superior Electoral Court relating to the general elections of 2014, compared to the 2006 elections, when it

Como citar esse artigo/How to cite this article: FERNANDES NETO, Raimundo Augusto; CUNHA, Jânio Pereira da. A nova cláusula de barreira e a sobrevivência das minorias. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 189-219, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i1.58085.

* Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil). Mestre em Direito e Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS (Fortaleza-CE, Brasil). Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito e Processo Administrativo pela Universidade de Fortaleza Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Ceará. Advogado. E-mail: fernandesnetoadv@hotmail.com

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS (Fortaleza-CE, Brasil). Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil). Doutor e Mestre em Direito Constitucional pelo Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil). E-mail: janiopcunha@hotmail.com.

eleições gerais de 2006, empregada como referência na ADI nº 1.351/DF do STF, que julgou inconstitucional a cláusula de barreira originária da Lei nº 9.096/95. Conclui que a Emenda Constitucional nº 97/2017, na parte que altera o § 3º do art. 17 da Constituição Federal, viola a democracia brasileira que elegeu o sistema proporcional, o pluralismo político, o pluripartidarismo e a igualdade (de chances) como princípios, submetendo a risco a sobrevivência das minorias partidárias, pressuposto de um Estado Democrático de Direito, em benefício dos poderes estabelecidos.

Palavras-chave: cláusula de barreira; partidos políticos; pluralismo; pluripartidarismo; democracia.

comes to the ADI 1.351/DF, which ruled unconstitutional the original barrier clause insert in Law no. 9.096/95. The article concludes that constitutional amendment 97/2017, in the part that amends the third paragraph of article 17 of the national Constitution, represents a violation of Brazilian democracy as far as this has elected the electoral system of proportional representation, political pluralism, multiparty system and equal opportunities as fundamental principles. Therefore, the amendment would be jeopardizing the survival of minority parties, premise of the Democratic Rule of Law in favour of the established power.

Keywords: barrier clause; political parties; pluralism; multiparty; democracy.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Democracia e Cláusula de barreira; **2.1** Democracia em crise; **2.2** Crise da representação política partidária; **2.3** Cláusula de barreira; **2.3.1** Cláusula de barreira no Brasil; **2.4** Emenda Constitucional nº 97/2017; **2.4.1** Contexto político; **2.4.2** Contexto legislativo; **2.4.3** Contexto partidário; **2.5** Democracia brasileira: pluralismo político, pluripartidarismo e igualdade de chances; **3.** Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Sob a bandeira de uma reforma indispensável à contenção de um estado de crise no Brasil – problema político com graves consequências econômicas, ou econômicas de consequências políticas – foram aprovadas alterações legislativas com repercussão no sistema político brasileiro de representação proporcional, entre as quais, a que instituiu uma cláusula de barreira ao funcionamento partidário.

A Emenda Constitucional (EC) nº 97, de 4 de outubro de 2017, alterando o § 3º do art. 17 da Constituição Federal, instituiu uma cláusula de desempenho que restringe o acesso ao fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão às agremiações partidárias que, nas eleições para a Câmara dos Deputados, não atingirem três por cento do eleitorado, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, com, no mínimo, dois por cento de votos em cada um, ou, alternativamente, aos partidos que não elegerem 15 deputados federais, distribuídos, em pelo menos, um terço das unidades da Federação.

Concomitantemente, introduziram-se modificações no sistema de financiamento da política, de coligações proporcionais e de utilização do direito de antena, tendentes a exacerbar os efeitos da nova barreira partidária.

A instituição de cláusula de desempenho partidário não é uma novidade no sistema eleitoral brasileiro – apesar de nunca efetivada, tanto no período anterior ao marco da redemocratização, quanto sob a égide da nova ordem constitucional. O Supremo Tribunal Federal (STF), em pelo menos duas oportunidades, enfrentou concretamente

a temática – pela última vez, no ano de 2006, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1.531/DF, julgando-as constitucionais.

As barreiras partidárias são adotadas na maioria das democracias ocidentais que se utilizam do sistema proporcional de representação parlamentar, com as peculiaridades de cada realidade, mas geralmente destinadas a impedir o exercício do mandato dos partidos que não atingirem um percentual mínimo de votos, e não impeditivas do funcionamento partidário, especificidade brasileira.

A investigação tem como escopo aferir a compatibilidade da EC nº 97/2017 com os princípios positivados na Carta Política de 1988, de modo especial, com o pluralismo político, o pluripartidarismo e a igualdade – elementos essenciais a um regime democrático – e perquirir se o contexto político, legislativo e partidário da integração normativa da nova cláusula de barreira seria significativo a ensejar uma revisão do precedente jurisprudencial firmado pelo STF.

Para tanto, tomaremos como auxílio as referências bibliográficas que enfocam, principalmente, a democracia, os partidos políticos e o Direito Eleitoral, além da investigação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Com esteio nos números disponibilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral, aplicaremos a nova cláusula de barreira aos resultados das eleições gerais de 2014, considerando as simulações realizadas no julgamento da ADI nº 1.531/DF, relativo às eleições de 2006. Com base, também, nos resultados preliminares das eleição de 2018, faremos a aplicação do início da regra de transição, revelando os partidos excluídos pelo desempenho eleitoral do pleito recente.

A alteração constitucional da nova exigência de desempenho partidário foi aprovada no último *round* da reforma política e no prazo-limite de vigência, exigindo a imediata reflexão acadêmica e social, ante a ameaça à sobrevivência das minorias políticas, essenciais ao Estado Democrático de Direito.

2. CLÁUSULA DE BARREIRA E DEMOCRACIA

A cláusula de barreiras como limite ao exercício da representação política proporcional, que incide sobre as minorias, e a nova tentativa de sua implantação na política nacional atenderiam ao pluralismo político assegurado na Constituição Federal? No atual cenário estampando de crise democrática e partidária, seria constitucional e conveniente a limitação ao exercício partidário originada da Emenda Constitucional nº 97/2017? É o que se busca aferir no presente tópico.

2.1. Crise da democracia

Possivelmente, umas das expressões mais citadas, desde a academia aos *mass media*, é decerto a palavra *crise*. Crise política, moral, econômica, social, educacional,

local, globalizada, humanitária e assim por diante. A crise é o estado natural e não tem mais característica de sazonalidade. O estado de crise é inerente ao nosso tempo, epidêmico, próprio do mundo globalizado – sem fronteiras – onde problemas e informações se comunicam com a mesma velocidade – *on-line*.

A sensação é a de que o Estado não mais responde às garantias que prometeu ao cidadão no contrato social. O Estado não é responsável aos anseios por segurança, saúde, educação, oportunidade de trabalho e seguridade garantidas ao cidadão, que restringiu sua liberdade, respeitando as leis e pagando tributos. É certo afirmar, com efeito, que sistemas políticos que “não funcionam bem – que são ineficazes no combate à pobreza e desigualdade, que são corruptos e ineficazes na redução do crime e dos quais o cidadão comum não se sente representado – engendram cidadãos que apresentam baixos níveis de apoio ao regime político”.¹

O braço do Leviatã² já não alcança a maioria das pessoas, mas apenas uma elite privilegiada, política e econômica, aprofundando o fosso da desigualdade, dentro de uma sociedade que tem a isonomia como um dos princípios da democracia.

Como consequência natural, a classe dirigente, em especial nas democracias ocidentais, sofre com o desgaste da impotência do Estado. Já não pode atender as exigências da sociedade, mesmo com toda a tecnologia disponível.

Acentuado esse quadro de corrosão, os escândalos de corrupção permeiam os noticiários nacionais e internacionais. A convivência promísca entre o proveito público e o interesse privado infirma a democracia representativa. Não é raro os políticos e a elite econômica se envolverem em interesses não republicanos.

O laime de confiança foi rompido. Não mais há identidade entre representantes políticos e representados; entre o Estado e o povo, que se recolhe à própria sorte e, em autodefesa, se prende ao individualismo, em atitude de isolamento, social e político, agravando o sentimento permanente de crise.

Aflora, com efeito, um fenômeno paradoxal: a política e sua representação institucional – os partidos – passaram a ser considerados como algo desprezível, atraindo um sentimento social de aversão ao que é político, que assim, decide em dissonância relativamente ao interesse público de quem representa.

Carlo Borboni, no livro “Estado de Crise”, onde dialoga com o sociólogo polonês Zigmunt Baumam alerta para essa ocorrência:

¹RENNÓ, Lucio R.; SMITH, Amy E.; LAYTON, Matthew L.; PEREIRA, Frederico Batista. **Legitimidade e qualidade da democracia no Brasil**: uma visão da cidadania. São Paulo: Intermeios; Nashville: LAPOP, 2011. p. 29.

²Thomas Hobbes, em o Leviatã, 1592, usa a metáfora do monstro bíblico que representa o poder do soberano sobre seus súditos, que, naturalmente egoístas, se rendem ao contrato social. HOBBES, Thomas. **Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2008.

A antipolítica assegura a continuação do jogo político em curso entre os partidos, pois o priva de significado social, já que o cidadão é obrigado a cuidar do seu próprio bem-estar: o Estado dirige e controla seus governados sem ser responsável por eles [...].³

A crise é da democracia; do excesso de democracia; da garantia de liberdades demasiadas – dizem alguns mais cépticos⁴. Emblemática a esse respeito é a afirmação sintética de Norberto Bobbio: “Nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia”⁵. A democracia, no entanto, exige um contínuo aperfeiçoamento, responsável às necessidades da sociedade em movimento.

O conceito de democracia já não se prende à fase aristotélica, da Revolução Francesa ou do constitucionalismo estadunidense. Como um dever-ser, um ideal, projeta soluções a se estabelecerem com suporte na história aos desafios do presente, olhando para o futuro. Sua capacidade de mutação é confundida como estado permanente de crise. Norberto Bobbio arremata: “Para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo estático e sempre igual a si mesmo”⁶.

Há como consequência do paradoxo mencionado o acionamento de certos mecanismos, historicamente renovados, de preservação da elite política. São criados desde medidas legislativas impeditivas do ato de renovar a representação política visando à manutenção das forças hegemônicas no poder e até o aparecimento de candidatos apolíticos⁷, como solução extravagante, que, em passado pouco remoto, povoaram os regimes de exceção.

Essa análise restringe-se a esses lindes legislativos impostos para a representação política partidária, como instrumento do exercício do poder e a necessária resposta democrática.

³ BAUMAN, Zigmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 26.

⁴ O cientista político e jornalista estadunidense Fareed Zakaria defende a ideia da supremacia do liberalismo constitucional sobre a democracia eleitoral no que chama iliberalismo: “[...]Conversely, the absence of free and fair elections should be viewed as one flaw, not the definition of tyranny. Elections are an important virtue of governance, but they are not the only virtue. Governments should be judged by yardsticks related to constitutional liberalism as well. Economic, civil, and religious liberties are at the core of human autonomy and dignity. If a government with limited democracy steadily expands these freedoms, it should not be branded as a dictatorship.” ZAKARI, Fareed. **The rise of illiberal democracy**. Disponível em: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>>. Acesso em: 13.08.2018.

⁵ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 48.

⁶ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 23.

⁷ Zigmunt Bauman adverte para o surgimento dos candidatos populistas: “Porém a antipolítica – conforme reconhecida por Balibar – resulta em populismo e nacionalismo, ambos sujeitos aos mais perigosos desvios. Com frequência ela se mostra o prelúdio de regimes tirânicos e autoritários, com demonstra a história recente”. BAUMAN, Zigmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 25.

2.2. Crise de representação político-partidária

Como organizações burocráticas institucionalizadas, os partidos políticos só se firmaram desde o século XIX.⁸ São grandes estruturas, que exercem – ou buscam – o poder, tanto em regimes democráticos, como totalitários. Partido de esquerda, de direita, de centro, de extrema-direita, de extrema-esquerda, conservadores, trabalhistas, democratas, republicanos, socialistas, liberais, comunistas, ecológicos, religiosos, nacionalistas e assim continua uma série de denominações, demonstrando a identidade ideológica e programática partidária.

Marcos históricos como o capitalismo, a Revolução Francesa, o Constitucionalismo Estadunidense, a Revolução Comunista na União Soviética, o regime nazista alemão e o fascismo de Mussolini planificaram as ideologias dessas associações políticas.

Apesar de guardarem características próprias, as agremiações partidárias professam, programaticamente, ideias universais, naturalmente, com variações. A social-democracia francesa não se assemelha à brasileira; os democratas ianques são mais progressistas do que os democratas brasileiros, mais à direita. Os comunistas brasileiros defendem um Estado Democrático de Direito.

Paulo Bonavides⁹ realça a via partidária como representatividade das massas:

O Estado social consagra, pois, corajosamente a realidade partidária. Tanto na democracia como na ditadura, o partido político é hoje o poder institucionalizado das massas. Forma, na imagem belíssima de Sir Ernest Barker, aquela ponte ou canal, através da qual as correntes da opinião afluem da área da sociedade, onde nascem, para a área do Estado e suas instituições, onde afetam ou dirigem o curso da ação política.

O caráter ideológico dos partidos políticos, e mesmo a sua necessidade, permitem a centralidade dos debates da democracia-crise. A práxis da política transcendeu a doutrina. As coligações partidárias e governos de coalisão, diametralmente contrários ao ideário político dos partidos, fragilizaram essa identidade. Passa-se a duvidar do clássico pensamento de Hans Kelsen¹⁰ “[...] somente a ilusão ou a hipocrisia podem fazer crer que a democracia é possível sem partidos políticos”.

A crítica não é contemporânea. Robert Michels, no clássico *Sociologia dos Partidos Políticos*, do início do século XX, já reproduzia a queixa social que nominou de “Lei de Ferro da Oligarquia”. Michels, ao tempo, se reportava, inicialmente, à elite do Partido Social democrata Alemão, que, originária da classe operária, se tornou oligárquica,

⁸ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 345-351; CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed., rev. e ampl. Lisboa: Almedina, 2009, t. I, p. 377-405.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 359.

¹⁰ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jeferson Luís Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35.

segundo sua óptica. Expressa Michels¹¹: “[...] a organização é a fonte onde nasce a dominação dos eleitos sobre os eleitores, dos mandatários sobre os mandantes, dos delegados sobre os que delegam. Quem diz organização, diz oligarquia”.

Não por acaso, os partidos são tidos como um dos fatores responsáveis pela crise democrática. O instrumento de condução da vontade do povo, por delegação, quase sempre é oligárquico, antidemocrático, inapto a estabelecer um governo da maioria, pois reflete apenas a vontade da classe dirigente. Com poucas exceções, são oligarquias partidárias familiares, de classe e econômicas. Propriedades de poucos, esqueceram suas bases políticas e ideológicas, se é que ainda as têm. A mobilidade é insignificante e, quando existente, é consentida pela cúpula dirigente.

O Brasil não destoa dessa realidade. Acresentamos, aqui, o agravante das consumazes transferências partidárias. A democracia interna é estreita, e, havendo dissenso, o filiado adere à nova agremiação. A proliferação de partidos é consequente desta equação e não da diversidade de ideias. A simples experiência de prévias partidárias, raramente é exercida internamente nos partidos brasileiros¹², ficando a definição das candidaturas restrita à escolha dos dirigentes, projetando uma falsa ideia de coesão.

Luigi Ferrajoli adverte para gravidade da crise ao se debruçar sobre a democracia italiana, na era Silvio Berlusconi¹³. Propõe soluções drásticas:

A crise dos partidos originada pela transformação dos grupos dirigentes em castas privilegiadas separadas das suas bases sociais é, portanto, tão grave que, se não se quer que seja abatida a democracia política, não pode ser superada a não ser com reformas radicais: primeira dentre todas aquelas já ilustrada da incompatibilidade entre cargos de partido e cargos institucionais que certamente teria o efeito de eliminar o interesse pessoal na autocandidatura e de restituir o partido ao seu papel constitucional de organização “de baixo” da participação dos cidadãos na vida política.¹⁴

¹¹ MICHELS, Robert. **A Sociologia dos partidos políticos**. Tradução de Arthur Chaudon Brasília: UNB, 1982, p. 238.

¹² Na história recente da democracia brasileira, só tivemos uma prévia partidária ocorrida em eleições gerais, em 2002 no Partido dos Trabalhadores (PT), entre Lula x Suplicy. Para a Prefeitura de São Paulo, as prévias ocorreram em 1988 – PT, entre Luíza x Plínio de Arruda Sampaio; em 2012, entre José Serra x Ricardo Trípoli x José Aníbal, do PSDB, e 2016, entre João Dória x Matarazzo x Ricardo Trípoli. E para Prefeitura do Recife em 2012, entre Rands x João da Costa, do PT.

¹³ Sílvio Berlusconi foi o bilionário ex-primeiro ministro italiano, que governou a Itália dos anos de 1994-2011, concentrando o poder político e econômico e o controle da informação, pois proprietário de um poderoso conglomerado de comunicação de massa, além de dono do Milan, uma das mais populares equipes de futebol da Itália. Luigi Ferrajoli denominou essa concentração de Poderes Selvagens.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: A crise da democracia italiana**. Tradução de Alexandre Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 65.

A democracia participativa¹⁵ é apontada como solução e modelo para refundar a representação autêntica dos anseios da população, contrariada pela política profissional que vive *da* política e não *para a* política, na distinção de Max Weber¹⁶. Vivendo *da* política buscam os próprios interesses e, *para* política, almejam o proveito comum, não tendo a política como objetivo pessoal, profissional e fim em si mesmo.

Os partidos políticos são essenciais para a democracia e o viés ideológico ainda não se perdeu, mormente quando estão fora do poder, e tendem a se agregar. Uma democracia com mais participação popular é o novo (velho) desafio democrático.

As oposições das oligarquias partidárias às mudanças são constantes e tendentes a limitar maior inclusão democrática. A manutenção do *statu quo* é o que interessa. O controle do sufrágio universal já seria suficientemente intrusivo na autonomia partidária para escolher os representantes. Luís Felipe Miguel¹⁷ comenta a prática aristocrática eleitoral:

Na prática política, os cidadãos comuns não escolhem um representante para promover seus interesses, formulação que lhes concede papel ativo. Ao contrário, eles apenas reagem diante das ofertas que o mercado político apresenta.

O artigo sob relatório analisa a compatibilidade democrática e constitucional de um desses mecanismos legislativos de limitação da democracia participativa, recentemente renovado no Brasil junto à reforma constitucional de 2017: a cláusula de barreira.

2.3. Cláusula de barreira

O conceito da democracia foi modificando ao longo da história, transpondo o “governo do povo”, originário da Grécia Antiga. Desde o advento do constitucionalismo estadunidense e da Revolução Francesa com ideias liberais – Igualdade, Liberdade e Fraternidade – a democracia não significa apenas o governo da maioria, mas,

¹⁵ Yves Sintomer enfrenta o tema da democracia participativa na obra *O Poder ao Povo: Júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa* – asseverando que “O objetivo disso é estabelecer uma verdadeira democracia participativa, capaz de romper com o monopólio dos representantes eleitos sobre a definição do interesse geral, sem sucumbir à democracia midiática ou se perder nos meandros de uma “governança” exercida por grupos de interesses controlados”. SINTOMER, Yves. **O Poder ao povo**: júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa. Tradução de André Rubião. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 168.

¹⁶ Max Weber, na obra *A Política como vocação*, refuta o interesse pessoal do político: “Quem vive para a política a torna o fim de sua existência, ou porque essa atividade permite obter no simples exercício do poder, ou porque mantém seu equilíbrio interior e sua autoestima fundados na consciência de que sua existência tem sentido à medida que está à serviço de uma causa. Num sentido profundo, todo aquele que vive para uma causa vive dela também. É o aspecto econômico um dos elementos importantes da condição do homem político. O que vê na política uma fonte permanente de rendas, vive da política como vocação; no caso oposto, vive-se para a política”. WEBER, Max. **A Política como vocação**. Tradução de Mauricio Tragtenberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2003, p. 22-23.

¹⁷ MIGUEL, Luís Felipe. **Democracia e representação**: territórios em disputa. São Paulo: Unesp, 2014, p. 117.

sobretudo, o respeito ao direito das minorias. Sartori¹⁸, ao citar Lord Acton, adverte que “o teste mais seguro para julgarmos se um país é realmente livre é o grau de segurança desfrutado pelas minorias”. Portanto, a ditadura da maioria deve ser evitada tanto quanto uma “guardiania”¹⁹. A propósito da questão, Tocqueville²⁰ prescrevia: “E só sei de um meio para impedir que os homens se degradem: não conceder a ninguém, com a onipotência, o poder soberano de aviltá-los”.

Para preservar a expressão das minorias no regime democrático, criou-se o sistema de representação proporcional²¹, que, como leciona Paulo Bonavides²², “[...] é o sistema que confere às minorias igual ensejo de representação de acordo com sua força quantitativa”. O sistema proporcional assegura ao pensamento minoritário, organizado partidariamente, representação política na medida de sua corporificação eleitoral, defitária no sistema das maiorias – majoritário.

Ocorre que uma das críticas ao sistema proporcional é a fragmentação demasiada do poder, que impossibilitaria um governo eficiente. A influência da minoria também teria consequências deletérias ao princípio da justiça representativa, “[...] fazendo de partidos insignificantes os donos do poder”²³, quando indispensáveis à formação de uma maioria.

Como antídoto a esse esfacelamento da representação, em grande parte das sociedades democráticas, foram inseridas cláusulas eleitorais de desempenho, visando a limitar a participação minoritária. No caso brasileiro, existem a adoção do coeficiente eleitoral²⁴ e restrições ao exercício e funcionamento partidário – acesso a financiamento público e outras restrições – revitalizadas, recentemente, mediante adição ao texto constitucional.

A cláusula de barreira existe em grande parte nos países que utilizam sistema de representação proporcional, puro ou misto. Talvez a mais emblemática seja a prevista na legislação alemã²⁵, que exige o percentual de 5% dos votos, para que o partido te-

¹⁸ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada:** o debate contemporâneo. V. 1. São Paulo: Ática, 1994, p. 54.

¹⁹ Segundo Robert Dahl a “guardiania” pressupõe que “[...] rulership should be entrusted to a minority of persons who are specially to govern by reason of their superior knowledge and virtue. DAHL, Robert A. **Democracy and its critics**. New Haven and London: Yale University Press, 1989, p. 52.

²⁰ TOQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América:** leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social e cronologia de François Furet. Tradução de Eduardo Brandão. V. I. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 303.

²¹ O modelo de representação proporcional foi utilizado pela primeira vez na Bélgica nas eleições legislativas nacionais de 1899. Em 1888, ocorreu na Bélgica a Conferência Internacional de Reforma Eleitoral, com participantes europeus, que aderiram ao modelo Victor D'Hondt, publicado em 1882 – Sistema Racional e Prático de Representação.

²² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 324.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 324.

²⁴ O Código Eleitoral estabelece nos artigos 106 a 113 o sistema de coeficiente eleitoral.

²⁵ Para melhor entender o sistema alemão de votos, consultar: PONTES, Roberto Carlos Martins; HOLTHE, Leo Oliveira Van. O Sistema Eleitoral Alemão pós a Reforma de 2013 e a viabilidade de sua adoção no Brasil.

nha acesso ao *Bundestag*. Somente 50% das vagas são preenchidas proporcionalmente, por meio de listas elaboradas pelos partidos (fechadas) – onde os partidos indicam um ranqueio ordenado de candidatos. As vagas restantes são preenchidas por meio de sistema distrital (majoritário). Vota-se, pois, duas vezes: uma no sistema proporcional e outra no candidato do distrito do eleitor.

Alternativamente, o sistema permite o acesso ao Legislativo, independentemente do percentual de votos obtidos proporcionalmente, caso o partido eleja, até três representantes distritais, dos 16 existentes.

Seguindo o modelo germânico²⁶, outros regimes democráticos estabeleceram restrições semelhantes, com variações percentuais e regras próprias. Na Argentina, o *padrón electoral*, são três por cento; na Itália, quatro por cento; na Suécia, quatro por cento; na Nova Zelândia, são cinco por cento e na Espanha, de três, nas eleições distritais, a cinco por cento, nas municipais.

O Brasil não ficou à margem das restrições ao exercício partidário. Ao longo da experiência democrática, algumas vezes interrompidas por períodos de exceção, como veremos, também foram estabelecidos limites ao exercício partidário e ao acesso aos mandatos legislativos.

2.3.1. Cláusulas de barreira no Brasil antes da Constituição de 1988

No Brasil, a tentativa da imposição legal das cláusulas de barreira teve início em 1946, com o Decreto-Lei nº 8.835, que exigiu, sob pena de cassação dos partidos políticos, que estes tivessem quantidade igual ou superior de votos aos números de eleitores com os quais formalizaram seu registro definitivo.

O Decreto-Lei nº 8.835/46, de 24 de janeiro de 1946, sequer teve efetividade quanto a sua cláusula de desempenho partidário, pois logo foi revogado pelo Decreto nº 9.258, de 24 maio de 1946, passando a estabelecer limites de associados para criação de partidos políticos. No artigo 40, fixou a regra de transição para continuidade dos partidos em funcionamento, exigindo que houvesse representantes na Assembleia

Consultoria Legislativa, abril/2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudosnotas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2015_1531-sistema-eleitoral-alemaoleo-van-holthe-e-roberto-pontes>. Acesso em: 26 out. 2017.

²⁶ O Tribunal Constitucional Alemão relativizou a regra quando a aplicação se destinava às Eleições do Parlamento Europeu. Em 9 de novembro 2011, o segundo Senado do *Bundesverfassungsgericht* julgou inconstitucional (2 BvC 4/10) a exigência contida do § 2.7 do Atos da Eleições Europeias, que exigiu, de igual forma a legislação da Alemanha, uma cláusula de barreira de 5% para eleições dos membros do Parlamento Europeu em 2009, por considerar violado o princípio da igualdade do voto e da oportunidade de representação partidária. A repercutida decisão foi tomada por maioria de cinco votos contra três. **BUNDESVERFASSUNGSGERICHT**. Five per cent barrier clause in the law governing the European elections held unconstitutional. Disponível em <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-070.html>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

Constituinte eleita em dezembro de 1945, ou, ainda, amealhado o mínimo de 50 mil votos, em pelo menos cinco circunscrições eleitorais.

No que se refere à Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950 – Código Eleitoral de 1950, repetiram-se os critérios utilizados pela regra de transição da lei anterior, quando, no artigo 148, exigiu, sob pena de cancelamento, que o partido viesse a eleger, pelo menos, um representante no Congresso Nacional ou alcançar, em todo o país, cinquenta mil votos sob legenda.

No regime político de exceção decorrente do golpe de 31 de março de 1964, ainda no início, sob a promessa militar de breve restabelecimento democrático, editou-se a Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965, criando a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, prevendo restrições ao funcionamento das agremiações partidárias, que deveriam contar com o apoio de três por cento do eleitorado votante nas últimas eleições gerais, em pelo menos 11 Estados, com mínimo de dois por cento por Unidade Federada (U.F.).

Outro ponto a se destacar foi a possibilidade de extinção dos partidos, então existentes, prevista no artigo 47 da mesma legislação, que não comprovassem ter diretórios regionais em 11 Estados; 12 deputados federais eleitos, em pelo menos 7 Estados; e, por derradeiro, o voto em legenda partidária de três por cento do eleitorado brasileiro, em eleições gerais parlamentares. A Lei Orgânica dos Partidos Políticos objetivava restringir drasticamente o número de partidos, que findaram com o Ato Institucional nº 2 (AI-2)²⁷.

A Constituição de 1967, convocada pelo Ato Institucional nº 4 (AI-4) do governo militar do presidente Castello Branco, restringiu drasticamente os direitos sociais e políticos, e serviu para legitimar o governo autoritário. Uma das rigorosas limitações políticas foi a fixação, no âmbito constitucional, de cláusula de barreira, prevista no artigo nº 149, com a necessidade de dez por cento de votos, distribuídos em dois terços dos Estados, como o mínimo de sete por cento para cada um deles, além do mínimo de dez por cento de deputados e senadores.

Na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a exigência de dez por cento, anteriormente prevista no texto original, foi reduzida para cinco por cento, com distribuição, em 7 Estados, com, no mínimo, sete por cento por unidade federada.

Já na era Geisel (1974-1979) do regime castrense, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 11, de 1978, revogando algumas limitações, entre as quais os atos institucionais, reestabelecendo o *Habeas corpus*, no entanto, adicionando a cláusula de desempenho para distribuir os cinco por cento de votos necessários em 9 Estados, com o mínimo de três por cento em cada qual.

²⁷ Para melhor entender os partidos políticos durante o regime militar, consultar o artigo de Sérgio Lamarão, intitulado "Partidos Políticos (Extinção)". Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbo-te-tematico/partidos-politicos-extincao>>. Acesso em: 26 out. 2017.

Na fase de abertura política, anterior à redemocratização, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 25/85, alterando o índice de desempenho para o funcionamento parlamentar, para três por cento do total dos votos, distribuído em 9 Estados da Federação, com percentual mínimo de dois por cento por U.F.

Essa teria sido a última fixação de cláusula de desempenho em texto constitucional, se não fora a Emenda Constitucional nº 97, de 2017.

2.3.2. *Cláusula de barreira na ordem constitucional de 1988*

Na Constituição de 1988, o legislador brasileiro, deliberadamente, extirpou do Texto Constitucional as cláusulas de desempenho partidário. Não o fez por omissão, nem delegou à norma infraconstitucional, mas por escolha. Atuou contraposto à Constituição de 1967, então vigente, que a previa desde o texto original. Assere Ricardo Rodrigues²⁸ que “[...] os constituintes deixaram bem clara sua opção contrária à inserção, com a omissão deliberada de tais exigências”.

Expressamente a Constituição de 1988 elegeu o pluralismo político, dentre seus fundamentos (art.1º, V), garantindo o pluripartidarismo consoante se extrai do artigo 17. Não nos parece haver esquecimento do legislador constitucional originário. Houve, de fato, firme atuação destinada a barrar as cláusulas de desempenho partidário.

Antes mesmo da Revisão Constitucional prevista para 1993, foi aprovada a Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993²⁹, fixando as normas para as eleições gerais de 1994, com uma série de exigências de desempenho eleitoral para os partidos que pretendiam lançar candidato a Presidente da República, governador e senador. Para Presidente, a exigência foi de cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990,

²⁸ RODRIGUES, Ricardo. Barreira legal nos sistemas eleitorais proporcionais. **Revista de Informação Legislativa**. V. 32, n. 126, p. 47-55, abr./jun.1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176321>>. Acesso em: 28 out. 2017, p. 52

²⁹ Art. 5º - Poderá participar das eleições previstas nesta lei o partido que, até 3 de outubro de 1993, tenha obtido, junto ao Tribunal Superior Eleitoral, registro definitivo ou provisório, desde que, neste último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta lei.

§ 1º Só poderá registrar candidato próprio à eleição para Presidente e Vice-Presidente da República:
I - O partido que tenha obtido, pelo menos, cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990 para a Câmara dos Deputados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados; ou

II - o partido que conte, na data da publicação desta lei, com representantes titulares na Câmara dos Deputados em número equivalente a, no mínimo, três por cento da composição da Casa, desprezada a fração resultante desse percentual; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha condição prevista em um dos incisos anteriores, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

§ 2º Só poderá registrar candidatos a Senador, Governador e Vice-Governador:

I - o partido que tenha atendido a uma das condições indicadas nos incisos I e II do parágrafo anterior; ou

II - o partido que, organizado na circunscrição, tenha obtido na eleição de 1990 para a respectiva Assembleia ou Câmara Legislativa três por cento dos votos apurados, excluindo os brancos e nulos; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha uma das condições previstas nos incisos I e II deste parágrafo, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, ou que, na data da publicação da lei, houvesse pelo menos três por cento dos membros da Câmara dos Deputados. Condições semelhantes, com percentual de três por cento, foram impostas aos governadores e senadores.

As previsões contidas no artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.713/93, foram questionadas no STF por meio da ADI nº 966/DF, ajuizada em 25 de outubro de 1993, relatada pelo min. Marco Aurélio de Mello. No julgamento, ocorrido em 11 de maio de 1994, ficou assentado a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, tanto pelo fato de, ao tempo da norma, já se conhecer quais as agremiações partidárias estariam impedidas de participarem do pleito, como pela escolha da Constituição de 1988 em garantir a plena participação da minoria em contraposição à Constituição de 1967³⁰.

A cláusula de barreira voltou à discussão em 1993, na Revisão Constitucional prevista pelo legislador originário de 1988, no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). A despeito da discussão política e jurídica dos limites revisionais³¹, que não poderiam ir além da consulta plebiscitária³² sobre a modalidade e o sistema de governo, ocorrido em 21 de abril de 1993, foram discutidas várias alterações no texto constitucional, entre as quais, a do retorno do patamar eleitoral.

O relator da Revisão Constitucional – Nelson Jobim – emitiu o Parecer nº 36, visando a alterar o artigo 17 da Constituição, propondo o restabelecimento da cláusula de barreira, de cinco por cento dos votos, em pelo menos um terço dos Estados, com o mínimo de dois por cento em cada U.F. O Parecer sequer foi objeto de apreciação pelo Congresso Revisor. Mais uma vez optou-se pela exclusão das cláusulas de desempenho.

Novamente o tema veio a lume com a aprovação da Lei nº 9.096/95 – Lei dos Partidos Políticos – regulamentando o art.17, IV da Constituição Federal. A cláusula de barreira foi retomada, desta feita, a fim de exigir, para funcionamento parlamentar, os cinco por cento dos votos nas eleições gerais, em pelo menos um terço dos Estados,

³⁰ Veja a Ementa: PARTIDOS POLÍTICOS- INDICAÇÃO DE CANDIDATOS - RESSUPOSTOS - INCONSTITUCIONALIDADE. Exsurgem conflitantes com a Constituição Federal os preceitos dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Lei nº 8.713/93, no que vincularam a indicação de candidatos à Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador e Senador a certo desempenho do Partido Político no pleito que a antecedeu e, portanto, dados fáticos conhecidos. A Carta de 1988 não repetiu a restrição contida no artigo 152 da pretérita, reconhecendo, assim, a representação dos diversos segmentos sociais, inclusive os que formam dentre as minorias. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acordão nº 966/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266603>>. Acesso em: 30 out. 2017.

³¹ Sobre a discussão dos limites da revisão constitucional de 1993, consultar o artigo de Geraldo Ataliba, que restringia a revisão dentro dos limites do plebiscito de forma e sistema de governo. (ATALIBA, 1993). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176159/000482857.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

³² No dia 21 de abril de 1993, foi realizado no Brasil um plebiscito para forma e sistema de governo, sendo mandata a república (86,6%) e o presidencialismo (69,2%) com expressiva maioria dos votos válidos.

com o mínimo de dois por cento em cada um (art. 13)³³. Como inovação ao conteúdo das normas anteriores, restringiu-se o acesso ao fundo partidário³⁴, como também sobejou restrito o acesso ao programa eleitoral gratuito³⁵, com base nos parâmetros previstos no artigo 13, do citado diploma.

As limitações prescritas nos artigos 13, 41, 48, 56 e 57 da Lei dos Partidos Políticos foram objeto de duas ações diretas de constitucionalidade – ADIs nº 1.351/DF e nº 1.354/DF – propostas por partidos minoritários entre os quais: Partido Democrático Trabalhista; Partido Popular Socialista; Partido Comunista do Brasil e Partido Social Cristão, ainda no ano de 1995, e somente julgadas em 07 de dezembro de 2006, em face da previsão para funcionamento nas eleições de 2007.

As arguições de constitucionalidade foram julgadas procedentes, à unanimidade, segundo o voto do relator – min. Marco Aurélio de Mello. Confira-se, a esse respeito, parte da ementa a seguir transcrita:

Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da graduação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário.³⁶

O julgamento do Órgão Pleno do STF serviu para reafirmar o posicionamento anterior, garantindo o funcionamento das minorias parlamentares, contando com votos relevantes, destacando-se o do min. relator – Marco Aurélio de Mello – e do min. Gilmar Mendes, que analisa o assunto à luz do exemplo alemão. Esse paradigma é necessário ao debate que se exprime, com o evento limitante da atuação partidária aprovada pela Emenda Constitucional nº 93/2017, para vigorar nas eleições gerais seguintes às de 2018.

³³ Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

³⁴ Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios.

I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

³⁵ Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos.

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nº 1.351/2007**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

2.4. Emenda Constitucional nº 97/2017

A aprovação da EC nº 97/2017 se deu em momento político conflituoso. A pressão popular por reformas e o número sem precedentes de agremiações motivaram a criação da cláusula de desempenho. A análise do contexto legislativo, político e partidário da alteração constitucional é necessária para o entendimento das consequências dessa implantação no sistema eleitoral brasileiro.

2.4.1. Contexto político

Em meio a uma crise política e econômica sem precedentes, desde a última redemocratização nacional, o único consenso entre as forças políticas era a necessidade de uma reforma política.

O Brasil dividiu-se com as eleições presidenciais de 2014. A vitória da chapa PT/PMDB³⁷, composta por Dilma Rousseff e Michel Temer, com 51,64% dos votos válidos, contra 48,36% de Aécio Neves/Aluísio Nunes, do PSDB, não arrefeceu o acirramento político.

Logo após, a Presidente Dilma Rousseff perdeu a maioria de sua base parlamentar e foi submetida a um processo de impedimento por crime de responsabilidade política, resultando, inicialmente, em afastamento, e, posteriormente, na perda de mandato, por 60 votos contra 20 no Senado Federal.³⁸

Tramitavam no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) ações eleitorais (AIJE nº 194358, AIME nº 761 e RP nº 846)³⁹ que visavam à cassação dos mandatos e à decretação de inelegibilidade da coligação vitoriosa – Dilma e Temer. O maior interessado no julgamento era Michel Temer, que se encontrava na Presidência, sendo inocentado pela maioria de quatro votos a três dos membros do TSE, em julgamento em que foram desconsideradas provas de doações financeiras sem contabilização oficial.

Registremos o fato de que, concomitantemente aos episódios relatados, se desenvolvia uma série de escândalos políticos que revelavam, a cada noticiário, uma promíscua relação entre o público e o privado. “Lava Jato” e “JBS” são exemplos de operações criminais que envolvem membros dos maiores partidos políticos brasileiros. Segundo levantamento feito pela Deutsche Welle Brasil – agência alemã de notícias

³⁷ O resultado geral das eleições presidenciais encontra-se disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Dezembro/plenario-do-tse-proclama Resultado definitivo do segundo turno da eleição presidencial>>. Acesso em: 6 nov.2017

³⁸ Sobre o Impeachment de Dilma Rousseff, ver: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/28/impeachment-de-dilma-rousseff-marca-ano-de-2016-no-congresso-e-no-brasil>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

³⁹ AIJE significa Ação de Investigação Judicial Eleitoral; AIME, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e RP, Representação Eleitoral, que postulam a cassação de registros, diplomas e mandatos na Justiça Eleitoral. Veja o resultado do julgamento no TSE no sítio <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

internacionais – tramitam no STF cerca de 500 procedimentos criminais (processos e inquéritos) contra membros do Congresso Nacional.⁴⁰

O presidente Michel Temer se inclui nesta estatística, e teve contra si duas denúncias criminais propostas junto ao STF. A primeira⁴¹, com base nas gravações do empresário Joesley Batista, teve seu seguimento negado pela Câmara dos Deputados em 02 de agosto de 2017, por 263 votos contra o processamento da denúncia e 227 a favor; a segunda⁴², que cuidava de obstrução à justiça e formação de quadrilha, estava, ao tempo da aprovação da reforma eleitoral, para manifestação da Câmara dos Deputados, arquivada posteriormente (25.10.2017), por 251 votos contra a admissibilidade e 233 a favor.

Nesse quadro, o sentimento da *antipolítica* apontava para uma reforma política. Sob este título, no entanto, aprovaram-se medidas legislativas que levam ao caminho oposto – a manutenção do *statu quo*.

2.4.2. Contexto legislativo

No prazo final para vigência das eleições de 2018, conquanto sob um longo período de debates – restritos ao Parlamento – foi aprovada uma série de mudanças legislativas, entre as quais a Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017, que estabeleceu “[...] normas de acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuita no rádio e televisão” – segundo revela a ementa⁴³.

Com a nova redação do § 3º do artigo 17 da Constituição Federal concedida pela EC nº 97/2017⁴⁴, somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão os partidos que, alternativamente: a) obtiverem nas eleições para Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos,

⁴⁰ Confira o levantamento completo em: <[http://www.dw.com/pt-br/quantos-parlamentares-são-alvo-de-processos-no-supremo/a-38467849](http://www.dw.com/pt-br/quantos-parlamentares-sao-alvo-de-processos-no-supremo/a-38467849)>. Acesso em: 6 nov. 2017.

⁴¹ Observe a primeira denúncia em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/538514-CAMARA-NEGA-AUTORIZACAO-PARA-PROCESSO-CONTRA-TEMER-NO-SUPREMO.html>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

⁴² Veja a segunda denuncia em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/547188-CAMARA-NAO-AUTORIZA-PROCESSO-POR-ORGANIZACAO-CRIMINOSA-CONTRA-TEMER-E-DOIS-MINISTROS.html>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

⁴³ Ementa da EC nº 97/2017: “Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo da propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁴⁴ §3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:

I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

II - tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos de cada uma delas; ou b) tiverem elegidos 15 deputados federais distribuídos em um terço da Federação.

A barreira eleitoral, no entanto, só entrará em vigor, integralmente, em 2030, aplicando-se as regras de transição previstas nos incisos I, II e III do artigo 3º da EC nº 97/2017⁴⁵, às eleições anteriores, desde a legislatura seguinte à de 2018, até a de 2026.

Na eleição seguinte à de 2018, serão exigidos dos partidos políticos 1,5% de votos obtidos para deputados federais, distribuídos em um terço dos Estados, com o mínimo de 1% de votos por unidade da Federação, ou, nove deputados federais eleitos em pelo menos um terço dos Estados. Nas eleições posteriores à de 2022, o mínimo de 2% dos votos recebidos para deputado federal, também em um terço dos Estados, com pelo menos 1% dos votos de cada Estado, ou 11 deputados federais eleitos distribuídos em um terço das U.F. Nas eleições seguintes à de 2026, o mínimo de votos exigidos será de 2,5% também em um terço dos Estados, com pelo menos 1,5% de votos válidos, ou, alternativamente, 13 deputados federais eleitos em um terço da Federação.

Sem o preenchimento dos requisitos legais, os partidos perdem o acesso ao fundo partidário e ao horário gratuito eleitoral, não havendo, no entanto, impedimento ao exercício do mandato dos deputados eleitos, que poderiam, facultativamente, optar por uma nova filiação (§ 5º do art. 17 da CF).

Algumas modificações legislativas, aprovadas concomitantemente à nova cláusula de barreira, agravam a situação dos pequenos partidos. Vão além da similaridade da restrição ao acesso ao fundo partidário e ao horário gratuito de rádio e televisão,

⁴⁵ O disposto no § 3º do art. 17 da Constituição Federal quanto ao acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão aplicar-se-á a partir das eleições de 2030. Parágrafo único. Terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que:

I - na legislatura seguinte às eleições de 2018:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou
b) tiverem elegido pelo menos nove Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;

II - na legislatura seguinte às eleições de 2022:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou
b) tiverem elegido pelo menos onze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;

III - na legislatura seguinte às eleições de 2026:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2,5% (dois e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou
b) tiverem elegido pelo menos treze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

conforme estava contido na cláusula de barreira prevista na Lei nº 9.096/95, julgada inconstitucional pelo STF.

A primeira está prevista na própria EC nº 97/97, qual seja, o fim das coligações proporcionais, pois a partir das eleições de 2020, não serão mais permitidas coligações proporcionais.

As coligações partidárias no sistema proporcional são importantes para as pequenas agremiações partidárias que necessitam se unirem a outros partidos, muitas vezes, com o mesmo viés ideológico, no acesso ao Parlamento. Atendem as minorias do sistema pluripartidário brasileiro, prestigiado constitucionalmente.

O fim das coligações proporcionais dificulta a unidade dos pequenos partidos em coligações e, beneficia, assim como a própria cláusula de barreira, os partidos políticos tradicionais, que contam com grande estrutura de poder, constituindo um duplo obstáculo às minorias, muitas vezes mais ideologizadas do que as grandes agremiações, não raro acusadas de fisiologismo.

A segunda intervenção legislativa advém da impossibilidade do acesso ao fundo partidário no ano eleitoral. Com o fim do financiamento de campanha eleitoral por pessoas jurídicas, em decorrência do julgamento da ADI nº 4560/DF, e a experiência diminuta das doações de pessoas físicas no último pleito (2016), o financiamento público tornou-se a maior fonte de custeio das despesas eleitorais dos partidos, suportadas, tanto pelo Fundo Especial de Financiamento de Campanha⁴⁶, recém-criado pela Lei nº 13.478/2017, quanto pelo Fundo Partidário previsto na Lei nº 9.096/95, que expressamente permite sua utilização para despesas dos pleitos eleitorais (art. 44, III da Lei nº 9.096/96)⁴⁷.

O Fundo Partidário aprovado no orçamento para 2018 se aproxima aos 900 milhões⁴⁸. Sem esses valores, as minorias partidárias teriam suas chances eleitorais reduzidas contra os demais partidos, que contam com acesso aos dois fundos de financiamento de campanhas eleitorais.

A terceira e última mudança legislativa, influente nos efeitos das cláusulas de barreiras, refere-se aos programas partidários gratuitos na televisão – os exibidos fora do período de propaganda eleitoral – que foram extintos em 1º de janeiro de 2018 (art.

⁴⁶ Art. 16-C. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente: (Incluído pela Lei nº 13.487, de 2017).

I - ao definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, a cada eleição, com base nos parâmetros definidos em lei; (Incluído pela Lei nº 13.487, de 2017).

II - a 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica de que trata o inciso II do § 3º do art. 12 da Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017. (Incluído pela Lei nº 13.487, de 2017).

⁴⁷ Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

III - no alistamento e campanhas eleitorais;

⁴⁸ Sobre os valores do fundo partidário para 2018, consultar: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/09/governo-reserva-quase-r-900-milhoes-para-fundo-partidario.html>>. Acesso em: 6 nov..2017.

5º da lei nº 13.487/2017)⁴⁹, restando, agora, exclusivamente, a propaganda eleitoral gratuita, com início em 15 de agosto de cada ano eleitoral.

A vedação ao acesso gratuito ao rádio e à televisão excluirá os partidos minoritários dessa exposição à mídia (televisão e rádio), justamente durante o período eleitoral, beneficiando diretamente os grandes partidos, que antes já gozam do privilégio de tempo diferenciado e proporcional às bancadas na Câmara dos Deputados.

O fim das coligações proporcionais, a impossibilidade do uso do fundo partidário no ano eleitoral e a extinção do programa partidário, concomitante à vedação ao acesso do direito de antena, constituem restrições legislativas que acentuam a severidade da cláusula de barreira imposta pela Emenda Constitucional nº 97/2017, se comparada com a Lei nº 9096/95, declarada, como já registrado, inconstitucional no julgamento das ADIs nº 1.351/DF e nº. 1.354/DF.

2.4.3. Do contexto partidário

No julgamento das ADIs nº 1.351/DF e nº 1.354/DF, em dezembro de 2006, o min. relator Marco Aurélio⁵⁰ (STF, 2007, p. 33) fez consignar em seu voto que “São vinte e nove os partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral”, nominando cada um deles.

Hoje, segundo dados do TSE⁵¹, são 35 partidos políticos registrados. Foram acrescidos: PSD – Partido Social-Democrata (27.09.2011); PPL – Partido da Pátria Livre (04.10.2011); PEN – Partido Ecológico Nacional (19.06.2012); PROS – Partido Republicano da Ordem Social (24.09.2013); SD - Solidariedade (24.09.2013); NOVO – Partido Novo (15.09.2015); REDE – Rede Sustentabilidade (22.09.2015) e, PMB – Partido da Mulher Brasileira (29.09.2015).

Verifica-se que o número atual de partidos políticos não difere substancialmente do encontrado pelo TSE no julgamento das ADIs nº 1.351/DF e nº 1.354/DF, capaz de justificar um novo entendimento jurídico por esta razão.

O aumento averiguado decorre, em parte, da intervenção do TSE editada na Resolução nº 22.610, de 27 de outubro de 2007⁵², que considerou justa causa para desfiliação, a criação de um partido, não incorrendo em perda de mandato aquele que migrasse para uma nova legenda. Nota-se que todos os novos partidos foram criados

⁴⁹ Art. 5º Ficam revogados, a partir do dia 1º de janeiro subsequente à publicação desta Lei, os arts. 45, 46, 47, 48 e 49 e o parágrafo único do art. 52 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nº 1.351/2007**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginas-dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 33.

⁵¹ Partidos registrados no TSE. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

⁵² Resolução nº 22.610/2007 do TSE. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

após a Resolução nº 22.610/2007, e sempre no ano anterior aos pleitos eleitorais, atendendo ao princípio da anterioridade eleitoral⁵³.

Os novos partidos contaram com a preferência da filiação dos depositários de mandatos insatisfeitos com seus partidos, que, de tal modo, se protegiam com a excluente de infidelidade partidária – mudança para um novo partido – fugindo da decretação judicial da perda de mandato eletivo. Gerou-se, com efeito, um círculo vicioso a cada eleição.

A aplicação do patamar eleitoral previsto na Lei nº 9.069/95 restringiria o funcionamento de 22 partidos, tomado-se por base a eleição geral anterior ao julgamento do STF (2006). O min. Marco Aurélio de Mello⁵⁴ consignou em seu voto:

[...] dos vinte e nove partidos existentes, apenas sete alcançaram e suplantaram o patamar de cinco por cento dos votos para a Câmara dos Deputados em todo o território nacional, distribuídos de tal forma a perfazer pelo menos dois por cento em cada Estado.

Utilizando os dados estatísticos das eleições gerais no Brasil de 2014, fornecidos pelo TSE⁵⁵, sobre os números totalizados para deputado federal em todo Brasil, simulou-se a aplicação das regras atuais da cláusula de barreira inserida pela EC nº 97/2017 – 3% dos votos, distribuídos em 9 Estados, com o mínimo de 2% em cada U.F., ou 15 deputados federais distribuídos em um terço da Federação.

Segundo a simulação, teriam acesso ao fundo partidário e ao horário eleitoral gratuito os partidos: PT – Partido dos Trabalhadores (13,9%); PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira (11,37%); PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro (11,08%); PP – Partido Popular (6,60%); PSB – Partidos Socialista Brasileiro (6,44%); PSD – Partido Social Democrata (6,13%); PR – Partido da República (5,79%); PRB – Partido Republicano Brasileiro (4,54%); DEM – Democratas (4,20%); PTB – Partido Trabalhista Brasileiro (4,02%); PDT – Partido Democrático Trabalhista (3,62%) e SD – Solidariedade (2,76%), que apesar de não atingir o percentual geral exigido, alternativamente, conta com 15 deputados federais eleitos em 14 Estados.

A cláusula de barreira excluiria do fundo partidário e da propaganda gratuita no rádio e televisão (20) vinte partidos políticos e 19,5% do eleitorado votante restaria sem representação na Câmara dos Deputados.

⁵³ CF - Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993). Acesso em: 3 nov. 2017.

⁵⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nº 1.351/2007**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 15.

⁵⁵ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Estatística das eleições 2014 - Deputado Federal**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-anteriores/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014-resultados>>. Acesso em: 30 out. 2017.

Da comparação entre a aplicação prática das duas cláusulas de desempenho partidário, extrai-se a conclusão de que somente sete partidos políticos suplantariam as exigências de 2006 e 2014. São eles: PT – Partido dos Trabalhadores; PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira; PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro; PP – Partido Popular; PSB – Partidos Socialista Brasileiro; DEM (PFL) – Democratas; PDT – Partido Democrático Trabalhista.

Com o resultado da recente eleição geral de 2018 e o início da aplicação (parcial) da cláusula de barreira, que se dará entre os exercícios de 2019 até 2023, segundo a previsão do § 3º do art. 17 da Constituição Federal, alterada pela EC nº 97/2017⁵⁶, dentre as 35 agremiações partidárias, 14 não mais terão acesso ao fundo partidário e ao direito de antena, excluindo-se, consequentemente, do benefício estatal os seguintes partidos: Rede Sustentabilidade, Patriota, PHS, DC, PCdoB, PCB, PCO, PMB, PMN, PPL, PRP, PRTB, PSTU, PTC.⁵⁷

O contexto político, legislativo e partidário da implantação, por adição constitucional, da nova cláusula de desempenho eleitoral, revela um aspecto conflituoso da luta pela perpetuação do poder, na expressão de Luís Felipe Miguel⁵⁸: “[...] a competição entre elite”, na busca pelo direito de representação social, excluindo as minorias partidárias dos meios igualitários do acesso político. Cumpre, no entanto, confrontar esse adendo com o arcabouço normativo principiológico da democracia brasileira fixado pelo constituinte originário.

2.5. Democracia brasileira: pluralismo político, pluripartidarismo e igualdade de chances

O Brasil adota explicitamente o pluralismo político como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Uma sociedade é pluralista quando possibilita a coexistência de núcleos de poder diversificados. Quanto maior a diversidade, maior a representatividade. Interesses conflitantes têm a função de controlar o poder de quem domina o Estado. A liberdade de expressão, a participação política e a tolerância social são essenciais à convivência democrática entre atores e instituições políticas.

⁵⁶ Art. 17, § 3º, I da Constituição Federal:

I- na legislatura seguinte às eleições de 2018:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem elegido pelo menos nove Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;

⁵⁷ SOUZA, Murilo. Câmara Notícias. 14 partidos não alcançam cláusula de desempenho e perderão recursos, disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/564071-14-PARTIDOS-NAO-ALCANCAM-CLAUSULA-DE-DESEMPENHO-E-PERDERAO-RECURSOS.html>>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁵⁸ MIGUEL, Luís Felipe. **Democracia e Representação**: territórios em disputa. São Paulo: Unesp, 2014, p. 307.

Villas Boas⁵⁹ realça essa opção constitucional brasileira pelo pluralismo partidário com respeito às minorias como “[...] a essência do regime político adotado no Brasil. Não há que se falar em democracia com o sacrifício da minoria maioria.”

Acentuando a pluralidade de ideias no sistema político, foi que a Constituição estabeleceu o pluripartidarismo como essência do sistema político nacional (art. 17, *caput* da CF) identificados, na expressão de Dalmo de Abreu Dallari⁶⁰: “[...] pela existência de vários partidos igualmente dotados da possibilidade de predominar sobre os demais.”

A pluralidade política e partidária, explicitamente exigida no Estado Democrático de Direito, traz a igualdade ao cerne da controversa constitucionalidade das cláusulas de desempenho, de tal maneira que se pode indagar: é possível essa convivência respeitando o direito das minorias?

Há quem a defende como aprimoramento democrático. Giovanni Sartori advertia dos extremos dos sistemas partidários, especialmente para o pluralismo exacerbado, que considerava muito pouco estudado. Chegou a atribuir um sistema de contagem, que seria o número ideal de agremiações partidárias que estimava entre cinco e seis. Pondera o cientista político italiano:

[...] É conveniente repetir que os partidos em questão devam ser relevantes, isto é, aqueles que permanecem após a exclusão de partidos aos quais falta o ‘potencial para coalização’, a menos que seu ‘poder de intimidação’ influa na tática de competição interpartidária”.⁶¹

A objeção é a de que a proliferação de partidos, própria da representação proporcional, fragmentaria a representatividade política, tornando a governabilidade dificultada, impossibilitando decisões rápidas e efetivas. Para José Antônio Giusti Tavares⁶², a adoção das limitações de desempenho “[...] asseguraria mais vigor e efetividade à representação proporcional”.

José Afonso da Silva⁶³ considera possível, no âmbito constitucional brasileiro, que a legislação infraconstitucional possa prever o “[...] controle quantitativo dos partidos”, quando menciona o funcionamento parlamentar de acordo com a lei. O constitucionalista mineiro destaca que esse “[...] controle quantitativo se realiza pela instituição

⁵⁹ VILLAS BOAS, Marco Anthony Steverson. A Cláusula de Barreira no Direito Brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, ano 2, n. 8, 2013. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/08/013_08_08891_08980.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 140.

⁶¹ SARTORI, Giovanni. **Partidos políticos e sistemas partidários**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 156-157

⁶² TAVARES, José Antônio Giusti. **Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teorias, instituições e estratégias**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 46.

⁶³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 407.

de mecanismos normativos que limitam as possibilidades de ampliação, *ad libitum*, dos partidos políticos".

A crítica nacional é pragmática e incide, principalmente, sobre as siglas de aluguel – pequenos partidos que nas eleições negociam seus tempos de propaganda gratuita no rádio e televisão. Seriam identificados com seus proprietários e não pelo conteúdo programático e se beneficiariam do fundo partidário, além da propaganda nos meios de comunicação massivos custeados pelo erário. Este seria mais um fator estimulante da proliferação dos partidos.

Marco Aurélio de Mello⁶⁴, em seu voto na ADIs nº 1.351/DF, repudia essa prenção: "Esta Corte é chamada a pronunciar-se sobre a matéria a partir da Constituição Federal. Descabe empunhar a bandeira leiga da condenação dos partidos de aluguel".

Não parece próprio do sistema democrático, que elege o pluralismo político como fundamento constitucional, estagnar o processo social de renovação de ideias e lideranças, seja vedando a representação política das minorias no Parlamento, ou assiando o funcionamento das legendas partidárias. O direito de oposição deve ser incentivado como necessário ao controle da situação. Assevera Eneida Desiree Salgado⁶⁵:

A exclusão, direta ou postergada, como uma lenta extermínio, dos partidos políticos menos expressivos, contraria frontalmente o sistema proporcional, a representação das minorias e o princípio da democracia deliberativa. Não há igual consideração e respeito quando, abaixo de um patamar de votos determinados, os partidos e os mandatários passam a ser tratados como de segunda categoria.

Paulo Bonavides⁶⁶ nomina fortemente as medidas excludentes da representação política de "[...] assassinio eleitoral ou golpe de Estado pelas urnas", arrematando que "[...] far-se-á assim da representação proporcional o privilégio irremediável das organizações partidárias mais fortes e em melhor harmonia com os interesses da ordem estabelecida".

Havendo a impossibilidade de sobrevivência legal e igualitária das minorias – pela proibição de acesso aos meios e recursos institucionais para o pleno exercício dos direitos políticos de oposição – "a democracia não tem um futuro democrático e deixa de ser uma democracia no nascedouro", uma vez que "o futuro democrático de uma democracia depende da convertibilidade das maiorias em minorias e, inversamente, das minorias em maiorias"⁶⁷.

⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nº 1.351/2007**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

⁶⁵ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 187.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 330.

⁶⁷ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo**. V. 1. São Paulo: Ática, 1994, p. 45.

A Constituição de Portugal de 1974 achou por bem positivar a vedação à cláusula de barreira no artigo 152, dispondo que “A lei não pode estabelecer limites à conversão dos votos em mandatos por uma exigência de uma percentagem de votos nacional mínima”⁶⁸. A Constituição brasileira de 1988 a fez mediante a positivação dos princípios do pluralismo político, do pluripartidarismo e da igualdade de chances no sistema proporcional.

As restrições de desempenho criadas pela Emenda Constitucional nº 97/2017, apesar de não impedir, diretamente, a ascensão ao mandato do candidato do partido que não atendeu aos requisitos percentuais, nesse caso preservada, proíbe o acesso ao fundo partidário e o direito de antena, violando a igualdade entre os partidos, denominada igualdade de chances. Canotilho⁶⁹, a esse respeito, acentua: “O princípio do voto igual, na sua dimensão de igual valor quanto ao resultado, tem sido estendido à própria luta eleitoral”.

Em seu voto na ADI nº 1.351/DF, o min. Gilmar Mendes⁷⁰ ressalta o princípio da igualdade de chances:

O Princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. Impõe-se por isso, uma neutralidade do Estado em face das instituições partidárias, exigência que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada. [...] Daí afirmar Dieter Grimm que a neutralidade estatal deve ser entendida como não-influência da desigualdade, o que lhe confere caráter de igualdade formal.

A posição do min. Gilmar Mendes, elaborada com base na teoria constitucional alemã, mostra-se intermediária aos argumentos até agora apresentados. Considera “[...] possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos”⁷¹, como a Alemanha, e rebela-se contra a desigualdade de concorrência, com a restrição ao fundo partidário e ao direito de antena. Prosseguindo em seu voto, o ministro pondera:

Como se vê, trata-se de uma restrição absoluta ao próprio funcionamento parlamentar do partido, sem qualquer repercussão sobre os mandatos de seus representantes. Não

⁶⁸ PORTUGAL. **Constituição da República de Portugal**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislação/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 305.

⁷⁰ MENDES, Gilmar. STF. **Voto na ADI nº 1.531/DF** – 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/VotoGilmarADI1351.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2017, p. 19.

⁷¹ MENDES, Gilmar. STF. **Voto na ADI nº 1.531/DF** – 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/VotoGilmarADI1351.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2017, p. 17.

se estabelece qualquer tipo de mitigação, mas simplesmente veda-se o funcionamento parlamentar ao partido, com as consequências que isso pode gerar, como o não-recebimento dos recursos provenientes do fundo partidário, ou o seu recebimento em percentuais ínfimos, e a vedação do acesso ao rádio e à televisão.⁷²

A cláusula de desempenho abordada pelo min. Gilmar Mendes na ADI nº. 1.531/DF, originária da Lei nº 9.096/95, é similar à prevista na EC nº 97/2017, e bloqueia o acesso dos partidos políticos ao direito de antena – hoje restrito à propaganda eleitoral gratuita – e ao Fundo Partidário – financiamento de campanha essencial em períodos eleitorais, afrontando, pois, como já decidiu o STF, a própria subsistência partidária e o princípio da igualdade de chances.

O questionamento que se faz é se as novas circunstâncias da aprovação da EC nº 97/2017 – o contexto político, legislativo e partidário – antes abordadas neste artigo, seriam capazes de alterar o precedente judicial que se fez unânime no STF, o qual considerou inconstitucional a cláusula de barreira na Lei nº 9.096/95, na medida em que as restrições são as mesmas e atingem diretamente o funcionamento partidário.

Defende-se a tese de que não. E a razão disso é que as garantias constitucionais atuantes são as mesmas positivadas – pluralismo, pluripartidarismo e igualdade – originalmente na Carta Política de 1988. Não há, portanto, qualquer fundamento aditado que motive outra visão. As anomalias dos sistemas, inclusive as percepções leigas citadas pelo min. Marco Aurélio de Mello, sucumbem à representação proporcional, que demanda sempre maior inclusão social. A lição de Robert Dahl⁷³ é receptível: "That the better procedure should be preferred to the worse holds even if all the procedures proposed are in some respects defective, as might often be the case".

Não se deve perder de vista a noção de que o sistema eleitoral brasileiro já conta com uma cláusula de barreira efetiva: o coeficiente eleitoral⁷⁴. Constantemente, a sociedade indaga a razão de um candidato a cargo proporcional, que recebeu mais votos do que outros, não ter sido eleito. O ressurgimento legislativo de cláusulas de desempenho tem como escopo evitar o acesso das minorias ao poder, refletindo o distanciamento popular dos representantes e a tentativa de perpetuação das grandes oligarquias partidárias.

Sempre necessário é relembrar o diagnóstico de Fabio Konder Comparato⁷⁵:

⁷² MENDES, Gilmar. STF. **Voto na ADI nº 1.531/DF** – 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/VotoGilmarADI1351.pdf>>. Acesso em: 7 nov.2017, p. 15.

⁷³ DAHL, Robert A. **Democracy and its critics**. New Haven and London: Yale University Press, 1989, p. 110.

⁷⁴ Leciona Djalma Pinto: "Um exemplo de cláusula de barreira pode ser considerado o quociente eleitoral previsto na legislação brasileira. O partido que não atingi-lo, em uma eleição, não poderá indicar nenhum deputado ou vereador no respectivo pleito. Não participa da distribuição das cadeiras". DJALMA, Pinto. **Direito Eleitoral: Improbidade administrativa e Responsabilidade Fiscal** – noções gerais. São Paulo: Atlas, 2003, p. 163.

⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático. **Revista Estudos Avançados**, vol. 38, n. 14, p. 307-320, 2000. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9518/11087>>. Acesso em: 9 nov. 2017. p. 315.

O magno problema político brasileiro não é, pois, como pareceu a certos cientistas políticos sempre prontos a assimilar teses e categorias forjadas nas oficinas intelectuais do primeiro mundo, uma crise de governabilidade. O nosso problema é mais profundo e diz respeito, muito além da esfera de governo, ao próprio regime político: é a tentativa absurda de fazer funcionar uma democracia sem povo.

A aproximação dos partidos políticos com o povo e a maior inclusão política das minorias na representação política constituem o objetivo a ser perseguido no ideal democrático.

Para ser preciso, somente haveria uma diferenciação substancial na nova cláusula de barreira, especificamente em relação à fonte normativa: a criação por meio de Emenda Constitucional.

Este obstáculo poderá ser suplantado pelo Supremo Tribunal Federal, em uma provável arguição de constitucionalidade, que, decerto, haverá de ser proposta pelos legitimados, especialmente, os partidos políticos prejudicados, uma vez que já há precedência, da conflituosa possibilidade, da declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional como manifestado na ADI nº 1.946 MC.⁷⁶

3. CONCLUSÃO

O sentimento de crise política na sociedade produz a contraditória reação popular de aversão ao que é político, como algo desprezível, fomentando ainda mais a individualidade social.

Os partidos políticos – canais democráticos de representação popular – são receptores das consequências desse repúdio social, não sem razão, pois, muitas das agremiações políticas, fecharam-se aos interesses de seus representados, transformando-se em instituições oligárquicas.

A democracia, ao contrário dos regimes totalitários, demanda sua constante evolução responsável aos desafios da sociedade mutável e poderes constituídos, que tendem a se preservar no poder, utilizando-se das prerrogativas ofertadas pela representação que exercem.

Como limitação ao aperfeiçoamento da democracia partidária e a garantias dos direitos das minorias, grande parte dos sistemas democráticos proporcionais ocidentais estabelece restrições aos limites da representação, impondo aos partidos políticos

⁷⁶ O STF já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: ADI nº 939 (RTJ/151/755). [ADI nº 1.946 MC, rel. min. Sydney Sanches, j. 29-4-1999, DJ de 14-9-2001.]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>>. Acesso: 9 nov. 2017.

percentuais de desempenho para o acesso ao Parlamento, ou a instrumentos de financiamento da política e promoção partidária nas redes de comunicação social.

No Brasil, foram várias as tentativas históricas de criação de barreiras políticas, tanto antes do restabelecimento do regime democrático iniciado com a Constituição de 1988, quando sob sua égide – até agora nunca implantadas. O Supremo Tribunal Federal, como no caso da ADI nº. 1531/DF, que obstaculizou a vigência das cláusulas de barreiras impostas pela Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95), foi o fator impeditivo dessa medida protetiva do poder estabelecido.

Recentemente, sob o título de “Reforma Política”, por meio da Emenda Constitucional nº 97/2017, foi revitalizada a cláusula de barreira, para impedir os partidos que não conseguirem três por cento dos votos válidos para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, com o mínimo de dois por cento por unidade da Federação, ou, alternativamente, eleitos 15 deputados federais, distribuídos em um terço dos Estados, não tenham acesso ao Fundo Partidário e ao Programa Eleitoral gratuito no Rádio e Televisão. A cláusula que alterou o § 3º do artigo 17 da Constituição Federal entrará em vigor integralmente até as eleições de 2030, sendo efetivada parcialmente a cada eleição.

A cláusula de barreira vigente se torna ainda mais gravosa, pois aplicada conjuntamente a outras alterações normativas, quais sejam, (i) o fim das coligações proporcionais, que dificulta a costumeira união das siglas minoritárias; (ii) a vedação ao programa eleitoral gratuito no rádio e televisão, durante o pleito eleitoral, antes utilizado anualmente, e extinto a partir de 2018, e, por fim, (iii) a impossibilidade de utilização do Fundo Partidário, hoje, importante fonte de financiamento eleitoral, juntamente com o Fundo Especial de Financiamento de Campanha.

A constitucionalidade da Emenda Constitucional em questão é flagrante, pois ofende as garantias constitucionais do pluralismo político, do pluripartidarismo e da igualdade de chances que devem ser ensejadas às agremiações partidárias. O STF, provavelmente, declarará também sua constitucionalidade, confirmando o entendimento firmado no julgamento da ADI nº. 1.531/DF, em 2006, pois é imperativo hermenêutico clássico de que “onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”⁷⁷ e, por conseguinte, impõe-se a mesma decisão para o deslinde da questão examinada.

A implantação da EC 97/2017, nas eleições de 2018, mesmo utilizando do menor percentual da transição iniciada, retirará de 14 partidos o fundo partidário e a propaganda gratuita eleitoral a partir de 2019. Foram atingidos vários partidos novos e, também, partidos históricos como é o caso Partido Comunista do Brasil (PCdoB), fundado desde 1962.

⁷⁷ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 262 e MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 200.

O momento político reclama medidas inclusivas na política, buscando a participação popular efetiva, e não excludentes e protetivas das estruturas oligárquicas partidárias, como as cláusulas de barreira, que visam à extermínio gradativa das minorias, essenciais ao pluralismo democrático. Serve a lição de Comparato⁷⁸: “A representação popular, em suma, só é legítima quando instituída pelo próprio povo”.

Para finalizar, é imperioso destacar que a tese da governabilidade política como fundamento da necessidade de limitação ou restrição da existência das minorias políticas e de seus direitos de participação igualitária nas instituições representativas pode comprometer irremediavelmente um dos valores civilizatórios centrais das democracias constitucionais, qual seja, o princípio de que a democracia é o regime político da “vontade” das maiorias, mas com respeito pleno aos direitos fundamentais das minorias.

4. REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. Limites à Revisão Constitucional de 1993. **Revista de Informação Legislativa**, V. 30, nº 120, out./dez, 1993. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176159/000482857.pdf?sequence=3>>. Acesso em 29 out. 2017.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.
- BAUMAN, Zigmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro, Zahar, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nº 1.351/2007**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em: 30 nov. 2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nº 1.946 MC**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Estatística das eleições 2014 - Deputado Federal**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-anteriores/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014-resultados>>. Acesso em: 30 out. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático. **Revista Estudos Avançados**, vol. 38, n. 14, p. 307-320, 2000. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9518/11087>>. Acesso em: 9 nov. 2017. p. 317.

BRASIL. Lei 4.740 de 15 de julho de 1965. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4740-15-julho-1965-368290-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 26 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.478 de 4 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13487.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.713 de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8713.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.096/95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acordão nº 966/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266603>>. Acesso em: 30 out. 2017.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Five per cent barrier clause in the law governing the European elections held unconstitutional. Disponível em: <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-070.html>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito constitucional**. 6. ed., rev. e ampl. Lisboa: Almedina, 2009. t. I.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático. **Revista Estudos Avançados**, vol. 38, n. 14, p. 307-320, 2000. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9518/11087>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DJALMA, Pinto. **Direito Eleitoral**: Improbidade administrativa e Responsabilidade Fiscal – noções gerais. São Paulo: Atlas, 2003.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: A crise da democracia italiana. Tradução de Alexandre Araújo de Sousa. São Paulo: Saraiva. 2014.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **História e teoria dos partidos políticos no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1980.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2008.

- KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jeferson Luís Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAMARÃO, Sérgio. **Partidos políticos (Extinção)**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/partidos-politicos-extincao>>. Acesso em: 26 out. 2017.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MENDES, Gilmar. STF. **Voto na ADI nº 1.531/DF** – 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/VotoGilmarADI1351.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2017.
- MICHELS, Robert. **A Sociologia dos partidos políticos**. Tradução de Arthur Chaudon Brasília: UNB, 1982.
- MIGUEL, Luís Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. São Paulo: Unesp, 2014.
- PONTES, Roberto Carlos Martins; HOLTHE, Leo Oliveira Van. O Sistema Eleitoral Alemão pós a Reforma de 2013 e a viabilidade de sua adoção no Brasil. **Consultoria Legislativa**, abril/2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudosnotas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2015_1531-sistema-eleitoral-alemaoleo-van-holthe-e-roberto-pontes>. Acesso em: 26 out. 2017.
- PORUTGAL. **Constituição da República de Portugal**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislação/Páginas/ConstituiçãoRepúblicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 9 nov. 2017.
- RENNÓ, Lucio R.; SMITH, Amy E.; LAYTON, Matthew L.; PEREIRA, Frederico Batista. **Legitimidade e qualidade da democracia no Brasil: uma visão da cidadania**. São Paulo: Intermeios; Nashville: LAPOP, 2011.
- RODRIGUES, Ricardo. Barreira legal nos sistemas eleitorais proporcionais. **Revista de Informação Legislativa**. V. 32, n. 126, p. 47-55, abr./jun.1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176321>>. Acesso em: 28 out. 2017.
- SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo**. V. 1. São Paulo: Ática, 1994.
- SARTORI, Giovanni. **Partidos políticos e sistemas partidários**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SINTOMER, Yves. **O Poder ao povo:** júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa. Tradução de André Rubião. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

SOUZA, Murilo. **Câmara Notícias.** 14 partidos não alcançam cláusula de desempenho e perde-rão recursos, disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/564071-14-PARTIDOS-NAO-ALCANCAM-CLAUSULA-DE-DESEMPENHO-E-PERDERAO-RECURSOS.html> acesso em 10 out. 2018.

TAVARES, José Antônio Giusti. **Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas:** teorias, instituições e estratégia. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

TOQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América:** leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social e cronologia de François Furet. Tradução de Eduardo Brandão. V. I. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLAS BOAS, Marco Anthony Stevenson. A Cláusula de Barreira no Direito Brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano 2, n. 8, 2013. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/08/2013_08_08891_08980.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

WEBER, Max. **A Política como vocação.** Tradução de Mauricio Tragtenberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

ZAKARI, Fareed. **The rise of illiberal democracy.** Disponível em:< <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>>. Acesso em 13.08.2018.

Instruções para autores

*Instructions for authors**

1. SUBMISSÃO DE ARTIGOS

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado [neste link](#). Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

2. QUALIFICAÇÃO DOS AUTORES

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

3. INEDITISMO E EXCLUSIVIDADE

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também

English version available at: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. In the right menu, in the field IDIOMA, select "English".

Versión en Español disponible en: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. En el menú a la derecha, en el campo IDIOMA, seleccionar "Español".

poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. IDIOMAS

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

5. APRESENTAÇÃO DO TEXTO E ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS

5.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

5.1. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

5.2. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

5.3. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

5.4. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

5.5. A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

5.5.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

5.5.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

5.5.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

5.5.4. Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

5.5.4.1. Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

5.5.4.2. Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se

vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrandoo ou doutorando.

5.5.4.3. Indicação de endereço de e-mail para contato.

5.5.4.4. Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações [clique aqui](#)). O identificador ORCID pode ser obtido no **registro ORCID**. Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

5.5.4.5. Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

5.5.4.6. Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-curriculum, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-curriculum do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

5.5.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

5.5.6. Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. METODOLOGIA CIENTÍFICA

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparéncia e a probidade. In:

BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

6.1.3.3. Artigos em revistas: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito**, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil's administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito**: subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

6.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

6.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

6.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

6.1.4.3. Ano: grafado com algarismos árabicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

6.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

6.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

6.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

6.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

6.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

6.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

6.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um

parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

6.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

6.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

7. REDAÇÃO

7.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

7.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

7.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

8. ARTIGOS RESULTANTES DE PESQUISAS FINANCIADAS

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

9. DECLARAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

9.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

9.2. Autores mantém os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

9.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas,

bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

10. RESPONSABILIDADE DOS AUTORES

10.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

10.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

10.3. No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

10.4. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

10.5. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11. CONFLITO DE INTERESSES

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

11.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

11.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

11.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

11.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

11.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

11.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

11.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista ad hoc.

11.8. Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

11.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

12. OUTRAS INFORMAÇÕES

12.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

12.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

12.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

12.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

12.3.2. O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@ninc.com.br>.

12.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.