

ORGANIZADORES
GILMAR FERREIRA MENDES
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

XX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO IDP “SISTEMA DE GOVERNO, GOVERNANÇA E GOVERNABILIDADE” (ANAIS 2017)

CONFERENCISTAS:

Alexandre Viala
Carlos Blanco de Moraes
José Fucs
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Murillo de Aragão
Néviton Guedes
Tercio Sampaio Ferraz Junior

AUTORES:

Alceu Fernandes Neto
Claudio Roberto Barbosa Filho
Itamar de Ávila Ramos
João Paulo Resende Borges
José Guimarães Mendes Neto
Rodrigo Monteiro da Silva
Kayo César Araújo da Silva
Matheus Passos Silva

Organizadores
Gilmar Ferreira Mendes
Paulo Gustavo Gonet Branco

**XX CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITO CONSTITUCIONAL DO IDP**
“SISTEMA DE GOVERNO, GOVERNANÇA E
GOVERNABILIDADE”
(ANAIS 2017)

1ª edição

CONFERENCISTAS:

Alexandre Viala
Carlos Blanco de Moraes
José Fucs
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Murillo de Aragão
Néviton Guedes
Tercio Sampaio Ferraz Junior

AUTORES:

Alceu Fernandes Neto
Claudio Roberto Barbosa Filho
Itamar de Ávila Ramos
Rodrigo Monteiro da Silva
João Paulo Resende Borges
José Guimarães Mendes Neto
Kayo César Araújo da Silva
Matheus Passos Silva

IDP
Brasília
2018

CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA

MEMBROS EFETIVOS:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes

Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer

Coordenador-Geral: Walter Costa Porto

Coordenador Executivo da Série IDP: Sergio Antonio Ferreira Victor

1. Afonso Códolo Belice (discente)
2. Alberto Oehling de Los Reyes – Universitat de l'les Illes Balears/Espanha
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho – IDP/SP
4. António Francisco de Sousa – Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Portugal
5. Arnoldo Wald
6. Atalá Correia – IDP/DF
7. Carlos Blanco de Moraes – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
8. Everardo Maciel – IDP/DF
9. Fabio Lima Quintas – IDP/DF
10. Felix Fischer
11. Fernando Rezende
12. Francisco Balaguer Callejón – Universidad de Granada/Espanha
13. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense Madrid/Espanha
14. Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS
15. Jacob Fortes de Carvalho Filho (discente)
16. Jorge Miranda – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
17. José Levi Mello do Amaral Júnior – Universidade de São Paulo – USP
18. José Roberto Afonso – FGV
19. Janete Ricken Lopes de Barros – IDP/DF
20. Julia Maurmann Ximenes – IDP/DF
21. Katrin Möltgen – Faculdade de Políticas Públicas – Fhöv NRW/Alemanha
22. Lenio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS
23. Ludger Schrappner
24. Marcelo Neves – Universidade de Brasília – UNB
25. Maria Alicia Lima Peralta
26. Michael Bertrams
27. Miguel Carbonell Sánchez – Universidade Nacional Autónoma do México – UNAM
28. Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP/DF
29. Pier Domenico Logroscino – Università degli studi di Bari Aldo Moro/Itália
30. Rainer Frey – Universität de Münster/Alemanha
31. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch – IDP/DF
32. Rodrigo de Oliveira Kaufmann – Universidade de Brasília – UNB
33. Rui Stoco
34. Ruy Rosado de Aguiar – IDP/DF
35. Sergio Bermudes
36. Sérgio Prado

M538c Mendes, Gilmar Ferreira (Org.).

XX Congresso Internacional de Direito Constitucional do IDP: “sistema de governo, governança e governabilidade”: (ANAIS 2017) / Organizadores Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco; Alexandre Viala... [et al.]. – Brasília: IDP, 2018.

167 p.:il.

Inclui notas explicativas e bibliográficas e referências ao fim dos capítulos.

ISBN: 978-85-9534-027-5

1. Direito - coletânea. 2. Direito Constitucional. 3. Judiciário. I. Título. II. Gonet Branco, Paulo Gustavo.

CDDir 341.2

APRESENTAÇÃO

Gilmar Ferreira Mendes
Paulo Gustavo Gonet Branco

O Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) tem, dentre suas missões institucionais, o escopo de estimular o desenvolvimento científico e pensamento reflexivo, que promovam retorno à sociedade. Para tanto, realiza parcerias com grandes centros internacionais de pesquisa, o que desvela sua abertura institucional e sua inserção no debate jurídico global. Tais parcerias, por conseguinte, resultam em eventos e publicações relativos ao Direito Constitucional Comparado.

Assim, o Congresso Internacional de Direito Constitucional consiste nesse importante espaço de debate para aprimoramento científico e para o intercâmbio de experiências jurídicas. Em sua vigésima edição, o evento abordou a temática “Sistema de governo, governança e governabilidade”, ocorrendo no período de 25, 26 e 27 de outubro de 2017 e contando com a participação de renomados juristas, membros de Poderes Públicos, advogados, jornalistas, docentes e discentes.

Esta obra, por sua vez, reúne as principais temáticas que foram objetos de análise, tanto nos painéis quanto nas apresentações de artigos no grupo de trabalho. Diante disso, esta produção se configura como relevante fonte de pesquisa em temas atuais e de grande impacto nacional e internacional, a saber: (i) crise fiscal e crise institucional, (ii) separação dos poderes, governabilidade e desenho institucional da Constituição de 1988; (iii) governança democrática e a função da justiça constitucional; (iv) representatividade e legitimação democrática; (v) direitos fundamentais sociais em tempo de crise econômica; (vi) sistemas de governo e realidade institucional; e (vii) perspectivas de reforma institucional.

A primeira parte desta publicação recebe a contribuição dos palestrantes com os textos que embasaram suas apresentações no congresso. Nesse sentido, apresentam-se os seguintes autores: Alexandre Viala, Carlos Blanco de Moraes, José Fucs, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Murillo de Aragão, Néviton Guedes e Tercio Sampaio.

A segunda parte conta com os artigos dos autores que apresentaram suas pesquisas no Grupo de Trabalho deste congresso, coordenado pelo Professor Rafael Silveira e Silva, do Programa de Mestrado em Direito Constitucional do IDP. Tratam-se de artigos que foram submetidos à avaliação *double blind review*, aprovados por dois ou mais avaliadores, destacando-se por estarem de acordo com edital de chamada de trabalhos deste evento. Ademais, compreendem textos de pós-graduandos, graduandos e professores desta e de outras instituições.

Portanto, consiste em publicação oriunda do evento, em formato de e-book, que congrega discussões nacionais e internacionais de suma relevância para o Direito.

Desejamos uma excelente leitura!

SUMÁRIO

CONFERENCISTAS:

LA LEGITIMITE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE : Le débat doctrinal français	07
Alexandre Viala	
O PRESIDENCIALISMO DE COALIZAÇÃO VISTO DE UM OLHAR EXTERIOR.....	19
Carlos Blanco de Moraes	
PERSPECTIVAS DE REFORMA INSTITUCIONAL.....	25
José Fucs	
SEPARAÇÃO DE PODERES, GOVERNABILIDADE E DESENHO INSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: SIGNIFICAÇÃO E ALCANCE DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	32
Manoel Gonçalves Ferreira Filho	
XX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL – IDP.....	43
Murillo de Aragão	
OS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE	48
Néviton Guedes	
REPRESENTATIVIDADE E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA	53
Tercio Sampaio Ferraz Junior	

AUTORES:

ENTRE OS NOVOS COMPORTAMENTOS SOCIAIS E AS VELHAS FERRAMENTAS REGULATÓRIAS: UMA ANÁLISE SOBRE A TRAJETÓRIA DA REGULAÇÃO DO UBER NAS CAPITAIS BRASILEIRAS.....	57
Alceu Fernandes Neto	
O IMPEACHMENT BRASILEIRO E SUAS PECULIARIDADES - BRAZILIAN IMPEACHMENT AND ITS PECULIARITIES	74
Claudio Roberto Barbosa Filho	
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GOVERNANÇA PÚBLICA: O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SOB A PERSPECTIVA DA DISCRICIONARIEDADE E DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	94
Itamar de Ávila Ramos e Rodrigo Monteiro da Silva	
A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE DO PARLAMENTO BRASILEIRO: O FIM DO MONOPÓLIO DE REPRESENTAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS E OS NOVOS DESAFIOS DO CONGRESSO NACIONAL.....	109
João Paulo Resende Borges	
O PODER DA CANETA.....	125
Kayo César Araújo da Silva, José Guimarães Mendes Neto	
ANÁLISE COMPARATIVA ACERCA DA CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA COM BASE NAS CONSTITUIÇÕES DE PORTUGAL E DO BRASIL.....	140
Matheus Passos Silva	

LA LEGITIMITE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE:

Le débat doctrinal français

Alexandre Viala¹

La France est un pays dont la culture juridique n'était pas des mieux disposées à laisser prospérer la justice constitutionnelle. C'est pourquoi, la pratique du contentieux de la loi qui s'y est malgré tout imposée à partir d'une décision importante du Conseil constitutionnel en 1971, donne toujours lieu à de récurrentes polémiques sur sa légitimité. Cette hostilité culturelle est l'héritage d'une histoire constitutionnelle qui, entamée à l'heure de la Révolution française, n'a pas vraiment remis en cause la tradition absolutiste du pouvoir inaugurée par la monarchie capétienne. Renverser l'absolutisme du Roi de France n'a pas consisté en 1789 à en éliminer le principe mais bien au contraire à le conserver sous une autre forme : l'absolutisme d'une assemblée souveraine. Les révolutionnaires ont substitué au monarque de droit divin, une entité abstraite, la Nation, dont ils ont confié la représentation à un corps législatif. La Nation comme le roi sont des êtres hors du commun et le mythe de l'infailibilité du Prince qui ne saurait mal faire fut relayé par la métaphysique rousseauiste de la volonté générale qui ne saurait errer et dont la loi est l'unique expression. Avant comme après 1789, la France a recours à une fiction - le droit divin puis la volonté générale - pour justifier l'absolutisme d'un organe concret - le roi puis l'assemblée nationale - dont les initiatives ne devaient souffrir d'aucune contestation.

C'est ainsi que la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 confie systématiquement à la loi la charge de limiter l'exercice des libertés individuelles qu'elle proclame afin d'en concilier la jouissance avec les difficultés de la vie en société. Cette confiance effrénée en la loi, qui porte l'admirable vocable de "légicentrisme", rayonnera sous la IIIème République. Mais elle ne gagnera pas tous les esprits. En effet, derrière le principe abstrait de la souveraineté nationale qui justifie l'obéissance exclusive à la loi, se cachera un Parlement dont les dérives finiront par être grossièrement remarquées au point de susciter dans la doctrine juridique la question du contrôle de constitutionnalité. Des efforts seront alors déployés par la science du droit constitutionnel et seront récompensés sous la Vème République par la création du Conseil constitutionnel. Cependant, la conversion du droit public français au nouveau dogme constitutionnaliste ne renversera pas pour autant d'un seul coup une lourde tendance de méfiance hexagonale à l'égard des juges. Dans ce nouveau processus mondial de maîtrise des parlements nationaux, la France reste en effet prudente par rapport à ses voisins de l'Europe continentale : en 1958, lors de l'élaboration de la Constitution de la Vème République qui instaure le contrôle de constitutionnalité, elle ne conçoit qu'un organe de rationalisation du régime parlementaire qui n'est pas symboliquement baptisé du nom de Cour mais de simple Conseil constitutionnel. C'est alors le Conseil lui-même qui par un coup de force jurisprudentiel du 16 juillet 1971, devra combler le silence du Constituant en proclamant l'opposabilité à la loi des droits fondamentaux inscrits dans le préambule de la Constitution.

Mais le Conseil constitutionnel est bien parmi nous et sa raison d'être n'est plus discutée aujourd'hui. Il n'est question de supprimer le Conseil constitutionnel que sous la plume dissidente de quelques esprits isolés. Un tel dessein radical serait d'ailleurs surréaliste dans un monde où le règne du droit a fini par désacraliser la loi qui se trouve désormais insérée dans

¹ Professeur à l'Université de Montpellier.

une hiérarchie dont elle n'est plus le faite. Même en Angleterre où il n'est pas question d'Etat de droit mais de Rule of law, le Parlement, certes souverain, n'est réputé qu'apporter des correctifs techniques aux solides principes de la Common law soigneusement gardés par les juges. Aux Etats-Unis, tout juge peut écarter une loi contraire à la Constitution sous l'autorité de la Cour suprême. En Europe continentale, toutes les Constitutions nationales ont prévu un mécanisme spécifique et concentré de contrôle de l'activité législative inspiré des enseignements de Hans Kelsen. C'est dire qu'à l'heure où la loi française doit également s'incliner devant les normes européennes sous le regard vigilant du juge ordinaire et du juge communautaire, on ne comprendrait pas pour quelles raisons elle se trouverait soudainement affranchie du devoir de respecter la Constitution, norme suprême de l'ordre juridique interne qui conditionne justement l'applicabilité du droit international. Non, l'existence du Conseil constitutionnel n'est pas remise en cause. C'est en revanche son organisation qui constitue le maillon faible de son potentiel de légitimité. Celle-ci est rudimentaire. Le Conseil est victime de ses origines : il n'a été désiré qu'à moitié et n'a pas été pris au sérieux par le Constituant de 1958. Paradoxalement, c'est parce qu'il a été conçu comme un organe inoffensif à une époque où pesait encore une lourde tradition légicentriste sur les esprits, qu'il présente aujourd'hui des aspects qui heurtent certaines exigences démocratiques. Comme nous venons de le signaler, les rédacteurs de la Constitution ont été d'une grande réserve, ne voulant pas faire du Conseil une vraie cour constitutionnelle mais un simple instrument chargé de sanctionner les empiètements du Parlement sur le nouveau domaine normatif imparti au gouvernement. On en fit un auxiliaire du pouvoir exécutif : ainsi n'ouvrit-on l'accès à son prétoire que de façon parcimonieuse, la nomination de ses membres fut réservée aux trois plus hautes autorités de l'Etat, tandis que la procédure devait rester secrète et seulement écrite. On mesure les carences d'une telle structure au regard des nouveaux besoins que s'est procurés le Conseil aujourd'hui, surtout depuis qu'a été instauré le contrôle a posteriori à la faveur de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 et de la loi organique du 10 décembre 2009 mettant en place la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). La question de sa légitimité consiste à lui faire prendre la mesure du décalage dont il est maintenant victime entre sa lourde charge contemporaine de gardien des droits fondamentaux et le caractère rudimentaire de sa structure bâtie naguère pour une mission autrement plus dérisoire de protection du domaine réglementaire. C'est en surprenant son créateur dans la célèbre décision du 16 juillet 1971 qu'il s'est arrogé lui-même la fonction de gardien des droits fondamentaux inscrits dans la déclaration de 1789 et le préambule de 1946. C'est pourquoi, œuvrant à l'image de ses homologues européens, le Conseil ne peut plus aujourd'hui faire l'économie d'un toilettage institutionnel rendant plus transparents son organisation et son accès afin que son travail autrement plus offensif qu'autrefois n'entame pas sa légitimité.

Au-delà de cet aspect conjoncturel de la situation française liée au moment critique que traverse le Conseil constitutionnel, je m'efforcerai de rendre compte des deux arguments qui sont alternativement utilisés pour justifier en théorie le contrôle de constitutionnalité. Un premier argument reste très mêlé à l'exception française d'attachement à la souveraineté démocratique : c'est l'explication normativiste emprunté à Charles Eisenmann qui présente un système dans lequel la volonté politique détient légitimement le privilège du dernier mot au détriment de la volonté du juge. Cette justification me semble la plus raisonnable car elle présente le juge constitutionnel comme un simple corps constitué soumis au pouvoir constituant, représentant souverain de la Nation (I). Toute différente est la justification avancée par certains auteurs qui se réclament d'un courant réaliste et qui considèrent le juge constitutionnel comme un représentant au même titre que le souverain. Je m'efforcerai en revanche de la critiquer car elle surestime l'importance du pouvoir normatif du juge constitutionnel qu'elle justifie par une redéfinition arbitraire de la démocratie (II).

- I - Le juge constitutionnel est soumis au dernier mot du Constituant
- II - Le juge constitutionnel n'est pas un représentant

I - Le juge constitutionnel est soumis au dernier mot du Constituant

En relisant les grands auteurs et en s'appuyant sur les sources doctrinales bien connues de la théorie de la justice constitutionnelle, on parvient sans mal à éteindre le feu des passions qu'occasionne le débat sur la légitimité du juge constitutionnel et à lever les doutes sur la possibilité de marier l'existence d'un juge de cette nature avec le principe de la séparation des pouvoirs. Avec Kelsen, on conçoit aisément que la question du contrôle de constitutionnalité trouve naturellement sa place dans un discours de logicien. Si un ordre juridique est une hiérarchie de normes dont chaque étage a la double propriété de puiser sa validité dans celui qui lui est supérieur et de fonder la validité de celui qui lui est inférieur, il n'est pas de moyen plus naturel que d'installer un gardien à chacun de ces échelons, pour que l'image pyramidale ne cède la place à celle d'une tour brisée. Que serait une constitution sans son gardien ? Fondant la validité de l'acte législatif, elle permettrait au législateur d'adopter une loi ayant un certain contenu tout en lui laissant le loisir d'adopter une loi au contenu contraire, ce qui mettrait à mal la cohérence du système. Cette constitution serait « un vœu sans force obligatoire »². Aussi, avec Charles Eisenmann, on se rend finalement compte que le contrôle de constitutionnalité n'est rien d'autre qu'un contrôle de procédure³. Lorsque la marche du parlement est entravée, il s'agit simplement d'entendre le coup de sifflet du juge constitutionnel non comme un veto, mais comme un incident de procédure qui indique au législateur ordinaire la voie à emprunter pour donner naissance à ce qui a été momentanément arrêté : le législateur ordinaire doit alors « se changer » et revêtir le costume du législateur constitutionnel. Le contenu de « sa » loi n'aura pas été jugé ; il aura été conduit à naître dans les formes requises par la répartition des compétences que la hiérarchie des normes a établie. C'est ce scénario tranquille qui s'est déroulé sous nos yeux s'agissant de l'entrée dans l'ordre juridique du principe de parité. Voilà une règle dont le gardien de la hiérarchie des normes a fait implicitement comprendre au souverain, à deux reprises, qu'elle ne pouvait voir le jour qu'en la forme constitutionnelle et non législative⁴. Si des obstacles sont venus troubler la tranquillité du scénario, ils ne furent imputables qu'aux hésitations du Constituant⁵, non à l'aiguillage du juge. La logique conduit à ce que ce rôle de répartition des compétences confié au juge constitutionnel par la doctrine normativiste, trouve à être assumé à l'échelon inférieur, par le juge ordinaire chargé d'apprécier la légalité des actes administratifs. En annulant de tels actes ou en soulevant leur illégalité par voie d'exception, le juge administratif comme le juge pénal font comprendre à l'administration, qu'elle a pris des dispositions qui n'auraient dû figurer que dans une loi. De même, lorsque le juge judiciaire annule des contrats, il fait comprendre au législateur qu'il faudrait changer la loi pour mettre à l'abri d'annulations contentieuses, d'autres contrats de même nature.

Néanmoins, la perfection mécanique de cette fonction d'aiguillage se dérègle dans les eaux troubles de l'interprétation, activité naturelle à laquelle le juge ne peut pas résister. Dans son travail apparemment simple de répartition verticale des compétences, le juge en effet, ne peut pas statuer sans déterminer lui-même le contenu de ce que la norme de référence impose de

² H. Kelsen, « *La garantie juridictionnelle de la Constitution* », RDP, 1928, p. 197, spéc. p. 250.

³ Ch. Eisenmann, « *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* », 1928, Economica-P.U.A.M., réédition, 1986.

⁴ CC n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, rec. 66 (*Quotas par sexes*) ; CC n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, J.O. du 20 janvier 1999, p. 1028 (*Mode d'élection des conseillers régionaux*).

⁵ Notamment aux tergiversations sénatoriales lors de la phase d'adoption parlementaire du projet de loi constitutionnel qui a finalement abouti.

faire et de ne pas faire à l'organe d'application. Ce faisant, c'est alors le juge qui sous couvert d'une simple fonction d'aiguillage, se substitue à l'organe dont il applique les textes, pour déterminer la compétence normative de l'organe inférieur. Néanmoins, ce renversement de la hiérarchie des organes, opéré par le pouvoir d'interprétation juridictionnelle, n'est pas irréversible : le juge n'a pas le dernier mot car son interprétation du texte de référence peut à tout moment être renversée par l'écriture d'un nouveau texte. Ce sera celui que le Constituant adopte pour désavouer l'interprétation du juge constitutionnel.

La fonction apaisante de la lecture normativiste du contrôle de constitutionnalité, ne peut pas dissiper les doutes qu'ont permis de mettre en lumière les découvertes de l'école réaliste. Si la neutralité du juge constitutionnel est garantie par sa fonction d'aiguilleur, elle est mise à rude épreuve dès lors qu'on sait que cette fonction, comme tout travail auquel se livre celui qui dit le droit, ne préserve pas son titulaire de l'irrésistible devoir naturel d'interprétation, qui loin d'être une opération cognitive est un acte de volonté. Assimiler le fait de censurer la loi à un simple avertissement lancé à la représentation nationale qui se verrait reprocher d'avoir emprunté la voie législative ordinaire au lieu d'emprunter la procédure constitutionnelle, reviendrait à dépeindre les normes et leur hiérarchie sous les aspects d'un dessin géométrique où tout ce qui concerne la répartition des compétences normatives entre deux rangs superposés serait clairement et définitivement gravé. En réalité, force est d'admettre que le juge est amené, pour savoir si le contenu de telle disposition adoptée par le Parlement relève de la compétence du Constituant ou de celle du législateur ordinaire, à déterminer ce que la constitution réserve exclusivement au premier et ce qu'elle concède au second. Cet effort de volonté auquel le juge n'échappe pas est d'autant plus indispensable qu'une constitution, rédigée par des hommes ayant toujours le désir et le souci de statuer sur le long terme, contient des termes suffisamment généraux, souples et imprécis pour accueillir les interprétations ultérieures qui seront à même de garantir l'adaptation du texte suprême au temps et à l'évolution de la société. L'indétermination du texte constitutionnel, secret de sa viabilité, ouvre toujours une brèche immense à son gardien : le pouvoir – considérable – d'interprétation. Faut-il alors faire son deuil d'une lecture normativiste du contrôle de constitutionnalité qui avait pourtant le grand mérite de présenter le gardien de la constitution comme le gardien de la séparation des pouvoirs ? Faut-il déplorer que ses explications rassurantes ne résistent pas aux conclusions perspicaces des théories sur l'interprétation qui, en mettant à nu le pouvoir normatif de la jurisprudence, nous conduiraient à admettre que loin de garantir la séparation des pouvoirs entre le Constituant et le législateur ordinaire, le juge constitutionnel la perturbe ou tout au moins en change les données ? Autrement dit, la réalité du pouvoir d'interprétation serait-elle devenue l'argument idéal pour servir à instruire le procès en légitimité du Conseil constitutionnel pour lequel la théorie de l'aiguilleur ne serait plus d'aucun secours ?

On sait que de tels doutes ne sont pas permis car la théorie de l'aiguilleur a trouvé son relais efficace dans la thèse souvent soutenue par le doyen Vedel du « lit de justice »⁶. Utilisée pour désigner le siège qu'occupait le roi dans les séances solennelles du Parlement sous l'Ancien Régime, représentant la présence et l'intervention du Souverain qui se saisit d'un problème d'interprétation pour surmonter une difficulté décelée par le Magistrat, l'expression évoque l'idée qu'en tout état de cause, le juge et son interprétation sont subordonnés au souverain. Adaptée aux enjeux actuels du contrôle de constitutionnalité, elle sert à décrire la manifestation du pouvoir constituant comme celui d'une chambre d'appel désavouant l'interprétation que le juge constitutionnel a retenue de la constitution. La jurisprudence du juge constitutionnel n'étant pas souveraine, son contrôle par le Constituant s'analyse presque en une sorte de

⁶ Voir par exemple, pour une utilisation récente de l'expression, G. Vedel, « *La parité mérite mieux qu'un marivaudage législatif !* », *Le Monde*, 8 décembre 1998, p. 16.

« référé » constitutionnel. Ce mécanisme, illustré par la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993 destinée à mettre en échec l'interprétation que le Conseil avait retenue du 4^{ème} alinéa du préambule de 1946 relatif au droit d'asile dans sa décision du 13 août 1993⁷, permet de vérifier que l'activité du Conseil, nonobstant son redoutable pouvoir d'interprétation, ne bouleverse toujours pas la séparation des pouvoirs ni ne porte atteinte à la souveraineté du peuple et s'insère dans la hiérarchie des organes. Un « lit de justice » peut d'ailleurs autant désavouer l'interprétation conforme de la loi que l'interprétation normative de la constitution. Ainsi, par la révision du 25 novembre 1993, le nouvel article 53-1 de la constitution qui fait de l'asile non seulement un droit de l'homme mais aussi une prérogative de l'Etat, était aussi bien destiné à revenir sur l'interprétation par le Conseil du 4^{ème} alinéa du préambule de 1946 qu'à contourner une réserve d'interprétation faisant d'une disposition de la loi du 24 août 1993⁸ une prescription obligeant l'Etat à procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile nonobstant ses engagements internationaux. Sous « surveillance » du Constituant, l'interprétation conforme de la loi peut être autant contrôlée que l'interprétation normative de la constitution.

II - Le juge constitutionnel n'est pas un représentant

L'effet pervers du culte de l'Etat de droit est bien connu. A louer la soumission de l'Etat au droit, on encourt toujours le risque de trahir une complaisance à l'égard d'une soumission de l'Etat au juge. Je voudrais maintenant contribuer ici à dissiper le malentendu qui ne peut qu'alimenter le discrédit de la démocratie constitutionnelle. C'est en effet sur le mythe de l'insolente subjectivité du juge constitutionnel, aujourd'hui en recul il est vrai, qu'on s'arrêtera un instant pour s'associer à sa nécessaire mise à l'écart. Imaginaire, le gouvernement des juges de la loi ne hanterait peut-être plus les esprits si l'on renonçait sagement à assimiler le Conseil constitutionnel à un représentant.

Une telle assimilation prouve déjà une chose : la définition des catégories juridiques opérée par une partie de la doctrine se trouve soumise au fait accompli et réduite à l'entériner. En effet, pour contourner l'objection selon laquelle le système ne serait plus démocratique dès lors qu'un organe non investi de l'onction électorale peut s'opposer à la promulgation des lois, certains auteurs justifient la légitimité d'un tel organe en en faisant un présupposé à la remorque duquel il faut trouver une nouvelle définition de la démocratie. Ainsi, selon Michel Troper, « il appartient à cette science d'indiquer quelle est la conception de la démocratie qui est compatible avec l'existence d'un Conseil constitutionnel et qui, par conséquent, doit être considérée comme présupposé par le système politique français actuel »⁹. De même, pour Dominique Rousseau, au lieu de se fonder sur une définition a priori de la démocratie, il convient d'adopter la démarche inverse : « Le contrôle de la constitutionnalité des lois est légitime parce qu'il produit une définition de la démocratie qui le légitime »¹⁰. L'auteur poursuit en disant « qu'il ne s'agit donc pas de mettre en rapport la vérité démocratique avec le mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois, mais de faire apparaître quelle vérité démocratique ce mécanisme rend possible, et qui le légitime en retour »¹¹.

⁷ CC n° 93-325 DC du 13 août 1993, rec. 224.

⁸ Loi du 24 août 1993, J.O. du 29 août 1993, p. 12196.

⁹ M. Troper, « *Justice constitutionnelle et démocratie* » in « Pour une théorie juridique de l'Etat » PUF, Leviathan, 1994, p. 329 et s, spéc. p. 339.

¹⁰ D. Rousseau, « *Droit du contentieux constitutionnel* », Montchrestien, 4^{ème} éd., 1995, p. 416.

¹¹ Ibid., p. 416.

Sans prétendre l'essentialiser ni opposer à ces auteurs une définition intangible de la démocratie, on peut néanmoins relever le caractère particulièrement nominaliste de leur démarche. Ainsi, la notion de représentant se trouve artificiellement utilisée pour qualifier un organe afin de le légitimer : c'est parce qu'il intervient au cours du processus de promulgation de la loi et parce que celle-ci exprime la volonté générale qu'il faut le voir comme un représentant. On voudrait contribuer ici à libérer la vieille notion juridique de représentant du traitement que lui réserve une partie de la doctrine sous forme d'un coup de force théorique destiné à entériner et justifier des mécanismes institutionnels plus récents.

Compte tenu de la définition révolutionnaire du régime représentatif¹², le représentant n'est pas lié par les aspirations de ceux qu'il représente. Dégagé de toute contrainte, non pas au regard du droit mais au regard de la volonté générale qui s'est exprimée pour l'investir, le représentant peut toujours faire prévaloir sur cette dernière sa propre volonté subjective puisque sa liberté a un prix : la sanction de la non-réélection. Non élu au contraire, le juge se sent davantage lié par le droit que le politique ne l'est par la volonté générale. Alors que l'on attend fermement du juge qu'il respecte une éthique consensuelle exprimée dans des règles de droit positif, un représentant qui n'honore pas ses engagements électoraux ne choque plus personne sachant que son sort n'est pas à l'abri du désaveu électoral.

Or d'éminents auteurs considèrent le Conseil constitutionnel comme un représentant qui exprime, aux côtés du parlement, la volonté générale¹³. L'amalgame provient d'une lecture exclusivement grammaticale de l'article 6 de la Déclaration de 1789 qu'on se propose d'examiner. Cette lecture semble correspondre à un réflexe symptomatique du réalisme tropérien « mis sur orbite » par le normativisme kelsénien (A). Une telle approche réaliste et radicale de l'interprétation des textes juridiques ne semble pas refléter la réalité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (B).

A - Une lecture grammaticale de l'article 6 de la Déclaration de 1789, symptomatique du réalisme tropérien

Considérant, conformément à un présupposé syntaxique, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 selon lequel « la loi est l'expression de la volonté générale » est une formulation descriptive, Michel Troper parvient à la conclusion que tous ceux dont le consentement est sollicité pour que la loi puisse voir le jour contribuent à l'expression de la volonté générale¹⁴. Au même titre que le roi qui, par son droit de veto, eût été jadis un organe partiel de la législation, le Conseil constitutionnel dont l'intervention est une procédure prévue par le texte constitutionnel, participerait aujourd'hui à l'élaboration de la loi. La suite logique du raisonnement permet de dire qu'il est un représentant. La gravité d'une telle conclusion n'est que la conséquence simple et syllogistique d'une prémisse qui fait du texte de l'article 6 de la Déclaration de 1789 un constat que ses auteurs auraient effectué en étant dénué de toute volonté : lorsque les révolutionnaires déclarèrent que « la loi est l'expression de la volonté générale », ils n'auraient pas émis une prescription et n'auraient pas proclamé que la loi devait être l'expression de la volonté générale. Comme toute la Déclaration, il s'agirait selon Michel Troper, d'un discours indicatif, d'une simple définition. « A supposer qu'on puisse le connaître,

¹² Voir Constitution de 1791, III, I, 3, art. 7 : « *Les représentants nommés par les départements ne seront pas représentants d'un département particulier mais de la nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat* » (formule reprise, sous une forme voisine, par la Constitution de l'an III (art. 52), et par celle de 1848 (art. 34 et 35)).

¹³ Michel Troper, « *Justice constitutionnelle et démocratie* » op. cit., p. 329 et s.

¹⁴ Ibid., p. 329 et s.

le sentiment intime (ou la volonté) des constituants est indifférent », estime l'éminent théoricien qui ne s'intéresse qu'au « statut modal » des énoncés¹⁵ figurant dans la Déclaration¹⁶. Une telle lecture exclusivement grammaticale de la définition révolutionnaire de la loi appelle deux types de remarques. Premièrement, elle peut être sujette à discussion : une lecture grammaticale, sensiblement différente, qui tiendrait compte du code rhétorique du juriste conduirait à nous demander si l'emploi de l'indicatif présent ne signifierait pas au contraire que la loi doit exprimer la volonté générale et non simplement exprime la volonté générale. Deuxièmement, vouloir réduire l'interprétation d'une Déclaration de droits à une lecture purement syntaxique revient à faire peu de cas, semble-t-il, de l'intention et de la subjectivité de ses auteurs. Selon la définition proposée par le dictionnaire encyclopédique Larousse, un système syntaxique est un « système de lois permettant d'étudier un langage sous son aspect purement formel, sans référence à la signification ou à l'usage qui est fait de ce langage ». Autrement dit, l'approche tropérienne de l'article 6 de la Déclaration conduit à rendre l'énoncé qu'il contient purement aveugle et, ce faisant, particulièrement commode pour offrir à son lecteur la liberté d'y installer l'interprétation qu'il entend imposer, en l'occurrence celle selon laquelle le Conseil constitutionnel contribue à l'expression de la volonté générale. Pour parvenir à une telle solution remarquablement efficace pour rendre logique l'idée que celui qui contrôle la loi avant sa promulgation exprime autant la volonté générale que celui qui l'a votée, Michel Troper entend se débarrasser de ce qui constitue pour lui, doit-on le présumer, un double écueil : celui d'une lecture positiviste de la Déclaration de 1789 qui délégitimerait tout contrôle de constitutionnalité et celui d'une lecture jusnaturaliste du même document qui justifierait un tel contrôle mais pas au point, est-il permis de penser¹⁷, de faire du juge constitutionnel un véritable représentant. En introduction de son article cité plus haut¹⁸, l'auteur oppose, en effet, une approche positiviste qui présente la Déclaration de 1789 comme le produit contingent de la volonté historique d'une assemblée humaine à une conception jusnaturaliste de la charte qui fait d'elle, au contraire, un acquis révélé que l'homme possède par essence depuis toujours. A juste titre, poursuit l'auteur, la première lecture rend irrecevable l'idée d'un contrôle de constitutionnalité de la loi qui serait effectué au regard de prescriptions émanant d'une volonté humaine vieille de deux siècles¹⁹, tandis qu'avec la seconde, « la justification du contrôle est forte : il impose la soumission du législateur actuel non à une volonté historique et contingente, mais à une vérité éternelle »²⁰.

Pour justifier le rôle du Conseil constitutionnel au point de lui reconnaître généreusement le statut de représentant, Michel Troper dont l'héritage néopositiviste kelsénien le préserve de toute errance métaphysique, ne saurait s'appuyer sur cette seconde lecture jusnaturaliste. Son objectif est plutôt de « dévitaliser » le texte révolutionnaire par une lecture exclusivement modale de ses dispositions afin d'ignorer astucieusement le degré sensible, affectif et intentionnel d'humanité et de subjectivité, c'est-à-dire l'âme, le souffle et, chemin faisant, le caractère prescriptif de ce texte. Il se livre pour ce faire, à une lecture dont il est possible de trouver la source dans le normativisme kelsénien, plus soucieux de la place de la loi²¹ dans la

¹⁵ Conjugués au présent de l'indicatif.

¹⁶ M. Troper, « *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789* » in « Pour une théorie juridique de l'Etat », PUF, Leviathan, 1994, p. 317, spéc. p. 326.

¹⁷ Voir infra.

¹⁸ M. Troper, « *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789* », op. cit. p. 317.

¹⁹ « *Comment comprendre que nous soyons soumis à la volonté d'hommes morts depuis si longtemps ?* » explique-t-il de façon didactique, ibid., p. 317.

²⁰ Ibid., p. 317.

²¹ Par commodité de langage, on entend par loi, tout acte juridique posé par une autorité habilitée à cet effet et qui tire sa validité de sa conformité aux conditions d'existence posées par un acte émanant d'une autorité supérieure.

hiérarchie des normes que de son contenu ou de son origine²². Une telle approche formelle de la loi qui, selon Jacques Chevallier, exclut « tout jugement de valeur implicite et toute préoccupation de légitimation sous-jacente »²³ atteint son paroxysme dans le réalisme tropérien qui se désintéresse de la valeur subjective de l'acte posé par une autorité²⁴. Une lecture exclusivement grammaticale de l'article 6 de la Déclaration de 1789 semble symptomatique de cette position radicale que défend Michel Troper sur la liberté de l'interprète qui, pour bénéficier d'une marge d'autonomie suffisante vis-à-vis du texte, ne devrait voir en celui-ci qu'un support graphique désincarné. Mettant entre parenthèse la volonté du locuteur révolutionnaire en insistant sur le mode formellement descriptif de son discours, Michel Troper offre au lecteur, à l'interprète et au juge une place hypertrophiée.

Dans l'approche réaliste tropérienne en effet, l'acte juridique adopté par son auteur n'est, aux yeux de celui-ci, qu'une proposition subjective de norme. Un tel acte ne devient normatif que lorsqu'il est « objectivé » c'est-à-dire lorsque l'ordre juridique attache à sa violation, des conséquences de droit. Or, c'est à ceux qui lisent ou interprètent l'acte juridique, qu'il incombe de déterminer s'il y a violation. Cette sous-estimation de la subjectivité de l'acte²⁵, qui fait de celui-ci une oeuvre désincarnée tant qu'il n'a pas été sanctionné, offre ainsi avec facilité et commodité, le quasi-monopole de la volonté au lecteur de la règle, c'est-à-dire à son interprète qui en devient le véritable auteur. Inspiré par la définition kelsenienne de l'interprétation comme acte de volonté et non de connaissance, Michel Troper a remarquablement mis en évidence l'idée que la règle édictée par son auteur, sortie tout droit de la presse des bulletins officiels, n'est pas une norme mais qu'elle contient une multiplicité potentielle de significations²⁶. Elle ne devient une norme que lorsqu'au moment où il a dû se prononcer sur la violation de l'acte, l'organe d'application officiel (authentique)²⁷ a fait un choix entre toutes ces significations afin d'en imposer une.

Autrement dit, le lien de parenté intellectuel est tout tracé entre cette conclusion dite réaliste selon laquelle seul le juge est l'auteur véritable de la loi et celle selon laquelle le juge constitutionnel est un représentant du souverain, et, à ce titre, « coexprime » la volonté générale.

Faire du juge un représentant revient à lui accorder la liberté dont ce dernier dispose dans l'énonciation de la volonté générale. On ne saurait parvenir à une telle conclusion sauf à adhérer au réalisme tropérien. Or, si celui-ci trouve sa source intellectuelle dans une conception

²² H. Kelsen et C. Eisenmann se situent à l'origine de cette approche, pour avoir justifié la soumission de l'Etat au droit - pour avoir défini l'Etat de droit - à l'aide d'un schéma autopoïétique, fermé sur lui-même, où le droit est généré par le droit : une règle est intrinsèquement dénuée de toute valeur juridique et ne l'acquiert que dans la mesure où il est possible de l'imputer à une règle supérieure qui, à son tour, n'est valide que si elle peut être mise en rapport avec une règle encore supérieure, etc. (Voir H. Kelsen « *Théorie pure du droit* », traduction de C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962; « *La garantie juridictionnelle de la Constitution* », RDP 1928, p. 187.)

²³ « *Ce qui importe*, dit cet auteur en présentant l'analyse kelsénienne, *n'est pas le contenu des normes juridiques, le degré variable de démocratie et de sécurité juridique qu'elles comportent, mais le seul constat de l'existence d'un ordre de contrainte efficace* », J. Chevallier, « *L'Etat de droit* », Montchrestien, Clefs-politiques, 2^{ème} édition, 1994, p. 48-49.

²⁴ Celui-ci s'en désintéresse sans pour autant la nier car Michel Troper est un positiviste et, en tant que tel, entend par science du droit celle qui décrit le droit tel qu'il est posé par les hommes et qui, à ce titre, appartient à la catégorie du *sollen* descriptif (c'est-à-dire à la description de *ce qui doit être* en vertu des lois posées par les hommes dans un ordre juridique donné).

²⁵ Une telle sous-estimation permet d'apprécier les conséquences paradoxales et radicales du réalisme tropérien qui se rattache pourtant au juspositisme, famille de pensée ne s'intéressant qu'à l'ensemble des énoncés prescriptifs émanant de la volonté subjective de l'homme.

²⁶ M. Troper, « *La théorie de l'interprétation et le problème de la supra-légalité constitutionnelle* », Mélanges C. Eisenmann, Paris, Cujas, 1974, p. 133.

²⁷ En dernière analyse, il s'agit de la cour suprême d'un ordre de juridictions.

subjective du droit qui, pour expliquer l'origine du phénomène juridique, s'avère plus satisfaisante qu'une conception objective entachée de l'errance métaphysique, il tire des enseignements qui ne semblent pas refléter la réalité du comportement jurisprudentiel du Conseil constitutionnel.

B - Une conception réaliste et radicale de l'interprétation démentie par la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Pour reprendre l'excellente présentation effectuée par Yann Aguila²⁸, on distingue généralement deux approches de la philosophie du droit qui servent à définir la nature profonde de la norme. On oppose ainsi une conception objective à une conception subjective du droit.

Par la première, on explique que l'Etat est soumis à un droit supérieur, incréé et naturel qu'il incombe aux organes juridiques de découvrir. Cette idée d'hétéro-limitation métaphysique de l'Etat, incarnée principalement par l'école jusnaturaliste, n'a pu résister longtemps à une objection de taille : qui est habilité à découvrir le contenu de ce droit supérieur sinon le juge qui, sous la bannière du droit naturel fera en réalité prévaloir une conception hautement subjective des principes qu'il renferme. Aussi, selon la seconde conception, d'inspiration juspositiviste, le droit n'est autre que le fruit de la volonté subjective de l'homme. Le juge, qui n'ignore pas sa propre condition humaine, sait qu'il est lui-même doté d'une propre subjectivité et se trouve alors légitimement conduit à la prudence. A défaut, ce serait en la couvrant du voile de l'objectivité qu'il serait tenté d'opposer insolemment sa propre subjectivité au politique. Paradoxalement donc, la conception objective du droit est, sous la forme d'un commode alibi - celui du droit naturel -, le meilleur garant du gouvernement et de l'insolente subjectivité des juges.

Prudent, le Conseil constitutionnel a su se prémunir contre une telle tentation et sa jurisprudence révèle une adhésion à la conception positiviste et subjectiviste du droit, comme le montrent les exemples mis en exergue par Yann Aguila. Ainsi, le Conseil fait souvent référence à l'intention du législateur et à ses travaux préparatoires pour déterminer le caractère inséparable d'une disposition déclarée contraire à la Constitution²⁹. Il évite ainsi, selon Yann Aguila, « que la déclaration d'inconstitutionnalité conduise à la promulgation d'une loi qui, amputée d'une partie de ses dispositions, serait en définitive contraire à la volonté du législateur »³⁰. Cette prudence caractéristique d'une conception positiviste du droit amène la Haute instance à refuser d'instituer une hiérarchie entre les principes de la Déclaration de 1789 et ceux du Préambule de 1946 au nom d'une supra-constitutionnalité qui emprunterait au droit naturel « sa commode plasticité »³¹. Le Conseil préfère ainsi s'en remettre à la volonté subjective du constituant exprimée par le référendum de 1958 qui a conduit à rassembler au sein d'un même document les deux déclarations. De même, en refusant de s'opposer à la loi sur l'avortement³², le Conseil a fait montre d'une sage retenue dont un juge fait preuve quand il est conscient d'être, comme tous ses semblables, affecté par des jugements de valeur personnels qu'il n'a pas, contrairement au représentant, la légitimité électorale de faire prévaloir. Sachant qu'il s'agit là d'un problème

²⁸ Y. Aguila, « *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit* », Travaux et Recherches de l'Université Panthéon-Assas, L.G.D.J., 1993, p. 8 et s.

²⁹ CC n° 63-21 DC du 12 mars 1963, rec. 23.

³⁰ Y. Aguila, « *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit* », op. cit. p. 10.

³¹ G. Vedel, « *La place de la déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité* », in « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen », P.U.F., 1989, p. 35.

³² CC n° 75-54 DC du 15 janvier 1975, rec. 23.

de conscience morale, il ne pouvait que s'incliner devant la volonté d'une majorité parlementaire sauf à invoquer une barrière métaphysique qui n'aurait servi qu'à dissimuler sa propre subjectivité. Enfin, on peut, toujours en s'appuyant sur les exemples relevés par Yann Aguila, retenir le refus par le Conseil de contrôler les lois constitutionnelles en écartant tout moyen mettant en cause « le pouvoir souverain d'appréciation du constituant »³³.

Dans ces conditions, il devient difficile d'assimiler le juge constitutionnel à un représentant qui exprime la volonté générale puisque sa jurisprudence prouve qu'il est corseté à l'intérieur d'une marge restreinte de discrétionnalité et qu'il se montre respectueux, pour juger la loi, de la volonté subjective de deux locuteurs : celle du constituant qui exprime une volonté générale « perpétuelle » et celle du législateur qui, subordonné au premier, exprime une volonté générale circonstancielle ou « momentanée »³⁴.

L'affaire se complique lorsque cette volonté subjective du législateur ou du constituant devient difficile à déchiffrer et à déterminer. Pour qualifier le comportement du juge devant une telle difficulté, la théorie réaliste de Michel Troper offre alors, en distinguant la « proposition subjective de norme » de la « norme objectivée » par l'interprète au moment de la libre détermination de la signification du texte, une réponse trop séduisante pour être... réaliste. La théorie élimine radicalement toutes les difficultés de décodage propre à la méthodologie juridique pour faire du juge un ventriloque qui, sous couvert de l'impossibilité de violer et de connaître l'intime subjectivité de l'auteur du texte, impose lui-même la signification qu'il veut à défaut de pouvoir la découvrir³⁵. Il est logique d'en inférer que le Conseil est un représentant puisqu'en substituant par l'interprétation sa propre volonté à celle de l'auteur du texte en raison de l'incontournable opacité de cette dernière, il réécrit ce que le représentant est censé avoir voulu en exprimant la volonté générale³⁶.

³³ CC n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, rec. 76.

³⁴ A telle enseigne que le Conseil constitutionnel a, dans le prolongement des jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour européenne des droits de l'Homme, consacré au profit des étrangers, le droit de mener une vie familiale normale qui leur permet de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs (CC 93-325 DC du 13 août 1993, rec. 245). Mais, le hissant au rang de principe constitutionnel, le Conseil constitutionnel s'est montré néanmoins plus sévère que ses homologues administratif et européen en conditionnant l'exercice d'un tel droit à la régularité et à la stabilité du séjour de l'étranger en France alors que ces derniers n'exigeaient que le critère de la régularité. Un tel recul du juge constitutionnel par rapport aux autres juridictions ne s'explique que par son engagement de prendre en compte la volonté du locuteur législatif qui avait, en 1993, ajouté le critère de la stabilité dans l'intention sécuritaire de restreindre les cas d'entrée et de séjour des étrangers en France. Voir, pour une explication détaillée, Samuel Dyens et Eric Sales, « *Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ?* », Rev. Adm. 1996, n° 291, p. 275, spéc. p. 282. Sur la distinction entre « *peuple perpétuel* » et « *peuple momentané* », voir M. Gauchet, « *La Révolution des pouvoirs, la souveraineté, le peuple et la démocratie* », Gallimard, Paris, 1995, pp. 44-45 et 280-281.

³⁵ L'insaisissabilité de la volonté de l'auteur d'un texte est illustrée, en partie, par Michel Troper de la manière suivante : « *Cela tient d'abord au fait qu'il n'existe pas de signification objective susceptible d'être connue. L'intention de l'auteur du texte est le plus souvent difficile à déterminer, notamment dans le cas où il s'agit d'une autorité collégiale. Ceux qui ont voté la loi n'ont pas toujours indiqué comment ils l'ont comprise et s'ils l'ont indiqué, ils ne l'ont pas toute comprise de la même façon. Il arrive même que certains votent sans savoir ce qu'elle contient, simplement par conformité à la discipline de parti. Dans le cas d'une constitution adoptée par référendum, il faudrait pouvoir connaître l'intention de chacun des électeurs. Mais même si l'on pouvait la connaître, on n'aurait connaissance que d'un fait, d'un état mental, psychique et non pas d'une signification.* » (« *Justice constitutionnelle et démocratie* », op. cit. p. 329, spéc. p. 333.)

³⁶ La légitimité du juge constitutionnel tiendrait alors, selon Michel Troper, au poids des contraintes stratégiques qui pèsent sur lui dans l'édition de ses décisions et qui l'empêchent de statuer arbitrairement ou par pétitions de principe afin de garder une certaine influence sur les institutions concurrentes qui l'entourent. Utilisant la métaphore du joueur d'échec, Michel Troper évoque cela avec talent pour conclure son article. Voir « *Justice constitutionnelle et démocratie* », op. cit. p. 344 à 346.

La réalité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel offre l'image, heureusement, d'un activisme juridictionnel bien moins débridé. Lorsque la volonté du législateur ou du constituant est délicate à deviner, le Conseil adopte raisonnablement toujours le même profil : il contient sa subjectivité et se garde bien de succomber à la tentation de la substituer à celle, introuvable, des locuteurs législatif ou constitutionnel. Il recourt alors à des méthodes objectives d'interprétation³⁷. Ce sont des règles permettant de déterminer la cohérence objective et commune qui se dégage des textes, par delà l'introuvable subjectivité de leurs auteurs. Pour prendre un exemple, la métaphore dworkinienne du roman écrit à la chaîne par des générations d'auteurs successifs de la narration normative est un modèle utilisé par Yann Aguila pour comprendre la fonction des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République³⁸ : certes, en conférant une valeur constitutionnelle à la liberté d'association le 16 juillet 1971³⁹, il devait être bien délicat pour le Conseil, de deviner ce qu'auraient pensé de sa propre décision les hommes de 1789 qui ont aboli les corporations. En hissant le principe de la liberté d'enseignement le 23 novembre 1977 au rang constitutionnel⁴⁰, il devait lui être quelque peu embarrassant d'imaginer la manière dont auraient réagi les membres de l'Assemblée constituante de 1946 qui avaient refusé d'inscrire cette liberté dans le Préambule. En réalité, le Conseil ne fait que s'en remettre à une sédimentation historique accumulée au cours des décennies par des textes de loi républicains, formée objectivement dans la durée, par dessus la contingence des subjectivités qui, en se succédant, ont contribué à sa formation.

Partant de là, adhérant à l'incontournable logique du raisonnement tropérien mais n'assumant pas son présupposé formel qui fait du texte une ardoise d'écolier dont l'utilisateur peut indéfiniment effacer le contenu afin d'y substituer celui qu'il entend imposer selon sa propre subjectivité, il semble plus raisonnable de dire que le Conseil constitutionnel, tel Hermès, est un messenger, un rouage intermédiaire qui est chargé d'éclaircir l'énoncé des locuteurs constitutionnel et législatif qui, seuls, expriment la volonté générale. C'est d'ailleurs le rôle premier du « diseur » de droit, c'est-à-dire de ce « ministre du sens »⁴¹ qu'est le juge. Sa position dans le rouage législatif l'autorise, en tant que gardien du droit, à émettre une interprétation-relais de l'acte contrôlé mais non à se regarder comme un représentant, sous peine de rendre sa fonction illégitime. Si le juge, dans un Etat de droit, voit sa marge de manoeuvre plus restreinte que celle du politique, c'est qu'il se fait l'écho d'une volonté plus pesante car moins contingente que celle qui investit le représentant : fruit d'une longue histoire constitutionnelle et législative, le rythme de son évolution est autrement plus lent que celui de la volonté qu'expriment les gouvernants à chaque moment dont est ponctué le calendrier électoral. Sur le fondement de cette séparation ontologique qui distingue les rôles respectifs du juge constitutionnel et du représentant, la légitimité du premier devrait rester sauve.

³⁷ De telles méthodes, bien-sûr, ne sauraient renvoyer à un prétendu droit objectif que le Conseil invoquerait pour dissimuler sa propre volonté. Il ne s'agit pas d'un quelconque droit naturel. C'est de méthodes objectives communément mises en oeuvre par les juges qu'il est question et non d'une conception objective du droit.

³⁸ Y. Aguila, « *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit* », op. cit., p. 66 et 67. Voir également, S. Dyens et E. Sales, « *Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ?* », op. cit., p. 275.

³⁹ CC n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, rec. 29.

⁴⁰ CC n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, rec. 42.

⁴¹ La paternité de l'expression revient à F. Rigaux, « *Le juge, Ministre du sens* », in *Justice et argumentation*, mélanges Perelman, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 79.

O PRESIDENCIALISMO DE COALIZAÇÃO VISTO DE UM OLHAR EXTERIOR

Carlos Blanco de Moraes⁴²

1 Anatomia de um sistema político

Na linha da definição dada supra o presidencialismo consiste num sistema político que confere proeminência político-institucional ao Presidente da República no quadro de um sistema de separação de poderes que independentiza o Executivo do Legislativo. O Presidente é um órgão que, investido no cargo por uma legitimação popular resultante do sufrágio universal, assume a chefia direta do Governo e estabelece uma relação independente, em termos de responsabilidade política recíproca, em relação ao Parlamento, em termos tais, que nem o Presidente pode ser demitido pela instituição parlamentar por razões políticas, nem esta pode ser dissolvida pelo Chefe de Estado

A Constituição de 1988 entronizou uma República federal, organizada através de um sistema presidencialista com características específicas.

A Constituição assume-se, igualmente como um texto rígido mas a rigidez não obstou a um autêntico frenesi no seu processo de alteração, com 95 emendas até ao início do ano de 2017. E, a par do processo de emenda, a Constituição tem sido objeto de alterações informais do sentido das suas normas, por via da interpretação pretoriana do STF que, em alguns casos, gerou verdadeiras mutações constitucionais.

Para alguns autores, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o presidencialismo brasileiro, no âmbito da Constituição de 1988, caracterizar-se-á por potenciar uma “exacerbação personalista” do Chefe de Estado, favorecida, a par de uma inclinação para o poder pessoal, pelo intervencionismo do Estado nas áreas económico-sociais, associadas a um entorpecimento do Congresso derivado de uma excessiva fragmentação partidária e da sua incapacidade para acorrer com rapidez às exigências da vida moderna.

A ausência de um bipartidarismo na linha do modelo norte-americano bem como de um sistema de partidos estruturados, levou Sartori a considerar que, num contexto multipartidário, “com partidos tão voláteis o presidente brasileiro encontra-se forçado a flutuar sobre o voto de um parlamento anárquico e atomizado num grau máximo”. Para o autor os partidos brasileiros são inadapáveis ao parlamentarismo. Os principais partidos no Brasil (com a exceção do PT) são muito voláteis, dado que têm lideranças fracas, bancadas parlamentares pouco coesas, dependentes das lideranças regionais, permeáveis ao peso da personalidade de candidaturas a nível nacional e estadual e assentam num sistema fluido onde a criação ou a integração de personalidades em “partidos de aluguel” troca de partido ou a formação de novos partidos por dissidências parlamentares não é difícil, pese a jurisprudência restritiva do STE e do STF.

Ora, já em 1988 Sérgio Abranches batizara o novo sistema político criado em 1988 de “Presidencialismo de Coalizão”, definindo-o como uma forma de poder singular existente no Brasil que adicionaria o formato da “Presidência Imperial” com uma composição parlamentar multipartidária, o que implicaria a formação de executivos apoiados em grandes coligações com dois eixos, o partidário e o estadual.

Para o autor, o peso da coligação num quadro parlamentar multipartidário geraria um presidencialismo mitigado. Abranches sublinhou diversas vantagens e riscos emergentes das coligações, desde as distâncias ideológicas entre os parceiros até aos riscos de rotura dessas alianças, as quais debilitariam a autoridade presidencial obrigando-o a ajustar o Executivo à sua base de apoio. Tratar-se-ia de um presidencialismo com equilíbrios variáveis entre o Presidente e o Congresso e entre os parceiros da coligação que sustentam o executivo.

⁴² Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Dir-se-ia que o impacto do sistema proporcional de lista aberta com “puxador de voto” criaria um multipartidarismo multipolar que impediria o Presidente da República de obter apoio parlamentar numa bancada majoritária de um só partido ou até de uma coligação de partidos da mesma família política, do que resultaria uma limitação real do poder do Presidente, obrigado a permanentes transações com diversas bancadas do Congresso. E o facto é que as presidências Fernando Collor de Melo e Itamar Franco, não foram apoiadas por coligações majoritárias, gerando um presidencialismo débil.

Contudo, a partir do primeiro mandato de Henrique Cardoso (PSDB) em 1995, até ao termo abrupto do segundo mandato de Dilma Roussef (PT), o Presidente optou por jogar estrategicamente com a fragmentação parlamentar em seu benefício, forjando coligações de solidez variável num arco partidário que teve como epicentro o maior partido, o centrista PMDB. O impeachment de Collor de Melo enfraqueceu a governabilidade e sensibilizou os partidos a fazerem acordos políticos para robustecer a posição do Chefe de Estado (GILMAR). Sem exercer um domínio sobre a disciplina de bancada, o Presidente mediante compensações, vantagens e nomeações liderou a agenda política de uma base parlamentar de apoio, retirando iniciativa ao Congresso e ganhando um ascendente sobre este.

A dimensão patológica desta inversão de rumo do presidencialismo na gestão das coligações atingiu o clímax quando o PT logrou forjar uma super-bancada de apoio que para além da esquerda e do centro passou a integrar, formal e informalmente, até partidos de centro e inclusivamente de extrema-direita, como o PRONA, graças a uma teia de favores O Presidente, associado ao núcleo do seu partido, alcançou um imenso poder que ultrapassou os freios e contrapesos do sistema. Depois do mensalão havia algum caos mas o Presidente reinava no caos.

Ora, estudos recentes que realizaram um balanço sobre o funcionamento do sistema, como o de Sérgio Vitor, comprovam que a combinação entre presidencialismo e representação proporcional não gerou ingovernabilidade (1995-2015). A liderança presidencial logrou impor-se no Congresso sobre pequenos e grandes partidos da metacoligação, através de chefes de bancada articulados com o Planalto, o qual, reforçado pelo poder legislativo do Executivo das medidas provisórias, garantiu uma estabilidade na governação.

Já depois da assunção do Vice Presidente Michel Temer, os desenvolvimentos da “Lava Jato” e as acusações do PGR contra o Chefe de Estado travadas no Congresso catalisou um recurso à transação política entre Presidente e parlamentares a qual prosseguiu na gestão de reformas económicas dependentes de idênticas transações. O próprio Presidente afirmou que o sistema se semiparlamentarizou. Algo que eu próprio afirmei quando disse anos atrás que, até ao impeachment o PR e o STF eram as instituições dominantes e o congresso a instituição débil. Hoje, o STF e o Congresso são dominantes e a Presidência ficou mais enfraquecida com momentos cambaleantes.

Fala-se em semipresidencialismo como sistema desejável. Contudo não será desejável no modelo atual em que o Presidente tem de dar compensações a estados e bancadas não só para sobreviver mas para adotar reformas. Pode ser o sistema do possível até 2018 mas não seguramente aquele que o Brasil pretende. O presidencialismo de coalizão brasileiro, na dinâmica presidencial gerada depois de 1995 tem, no nosso ângulo de análise, as características fundamentais que se passa a referir.

1º. A separação de poderes, é objeto de derrogações que a prática, sem reação institucional, consolidou : o Presidente assume a centralidade legislativa bem como ao controlo relativo da agenda legislativa do Congresso, e o STF, sob o pretexto de interpretar a Constituição e superar a inércia do Legislativo, produz sentenças inovadoras que penetram na reserva do legislador ordinário e constitucional.

2º. Independentemente da alteração dos equilíbrios institucionais que desde 2015 fortaleceram o STF e o Congresso e limitaram o Presidente, este continua a instituição politicamente

liderante. A sua faculdade de distribuir cargos e alocar recursos financeiros, a sua prerrogativa de superintender a uma vasta Administração, de nomear juízes, de dirigir as forças armadas, de proceder a uma faculdade de intervenção federal nos estados, e de exercer o veto conferem-lhe um ascendente quase imperial, mesmo quando o Executivo é minoritário (teses de Gilmar Mendes e Sérgio Vitor). Este ascendente reforça-se na medida em que o Chefe de Estado forje e conserve uma coligação de apoio maioritário no Congresso e continue a defrontar-se com estados federados maioritariamente fracos, e dependentes financeiramente do governo.

Semelhantes pressupostos de governabilidade têm elevados custos para o Brasil: o Presidente sacrificaria o equilíbrio orçamental em favor da sua sobrevivência e da “base aliada”; e registar-se-ia um déficit de prestação de contas, de transparência da Administração, de respeito pela moralidade administrativa e de legitimação democrática do poder, atenta (Gilmar Mendes) a lógica “clientelista” e a “promiscuidade das relações o Executivo/ base parlamentar.

3º. O Congresso constitui um dos fatores determinantes da conceção e da dinâmica deste presidencialismo de coalizão. Diferentemente do que sucede nos Estados Unidos, o sistema de escrutínio proporcional para a Câmara de Deputados conjugado com um sistema partidário desestruturado fragmenta a mesma câmara ao ponto de gerar quase três dezenas de partidos que nela se encontram representados. Essa desestruturação envolve, no contexto do voto personalizado, a par da figura anacrónica do “puxador de voto em listas coligadas”, a existência de partidos de aluguer, partidos de ocasião feitos à medida de candidaturas, partidos oscilantes que iludem a decisão do STE, de 2007, restringindo a infidelidade partidária. Paradoxalmente, o escrutínio distrital no Senado falhou a sua função constrangedora havendo nele, como foi referido, quase duas dezenas de partidos com assentos parlamentares.

4º. Esta fragmentação parlamentar reforça este tipo de presidencialismo na medida em que: i) favorece coligações fluidas cozinhadas pela Presidência em troca de favores; ii) premeia formas diversas de infidelidade partidária; iii) castra e isola as forças de oposição mais afirmativas; iv) premeia a inespecificidade dos programas partidários; v) gera um consociativismo fosco que não permite distinguir governo e oposição; vi) cria não um pequeno “partido charneira”, como na Alemanha mas um mega-partido charneira, o PMDB, imprescindível para qualquer coligação; vii) Dificulta a disciplina de bancada,

4º. O crescimento do STF como um “super Tribunal Constitucional” entronizou-o como poder arbitral e moderador “de facto”. Esse “status” erigiu-o a protagonista político, investido numa aura de apreço público, como paladino dos direitos sociais; das causas fraturantes (como as uniões entre pessoas do mesmo sexo); da punição mitigada dos poderosos; e de condicionamento do rito da destituição do Chefe de Estado (regulação procedimental do impeachment). O STF opera como corretor e freio ao Congresso e como limite ao Presidente. Só que semelhante concentração de prerrogativas que permitem “tocar” em todas as funções do Estado nem sempre é consentânea com o princípio da separação de poderes e apenas tem logrado prosperar em face da passividade das instituições mais afetadas pela crise política. Na medida em que o STF entre mais profundamente na política, exercendo funções moderadoras e arbitrais, verá esmaecer os seus atributos fundamentais de distância e imparcialidade, passando a agir como um órgão político comum, expondo-se ao desgaste de popularidade e de legitimidade inerente a esse estatuto.

5º. Esta disfunção leva alguns a desejar a mudança alterações constitucionais que deveriam, a nosso ver, ser imprescindivelmente antecedidas por alterações no sistema eleitoral e de partidos. Sem a redução do número de partidos (não sei se a clausula de desempenho e a limitação de coligações funcionarão) os defeitos sistémicos inquinarão qualquer sistema político: presidencial, parlamentar ou semipresidencial.

Por isso, as discussões levadas a cabo em 2017 relativas a uma reforma constitucional que instituísse o parlamentarismo ou semipresidencialismo devem ser examinadas com cautela. Um parlamentarismo que não fosse antecedido por uma reforma eleitoral com redução drástica

dos partidos e a sua estruturação geraria o caos, sendo pertinentes as considerações de Sartori sobre a matéria.

Quanto a via semipresidencial, que reclamaria igualmente essa reforma partidária e eleitoral, ela geraria a ingovernabilidade se seguisse o paradigma português (com potenciais guerrilhas entre o presidente e Primeiro-Ministro em cenários de coabitação com partidos ideologicamente hostis colocados nos extremos do sistema). Ainda assim, para um Estado enraizado no presidencialismo, apenas um semipresidencialismo de forte pendor presidencial, como o francês

poderia constituir uma opção o mais exequível no caso DE UMA transição viável. Vejamos.

2 Semipresidencialismo de pendor presidencial com válvulas de segurança contra a coabitação

2.1 O que se descarta

Em Congressos anteriores do IDP manifestei o meu ceticismo em relação à importação do semipresidencialismo para o Brasil. Mas acabei por aceitar um repto do Ministro Gilmar para regressar ao tema com um ângulo de visão mais construtivo, no sentido de explorar modelos semipresidencialistas de pendor mais presidencial e que adicionem mecanismos de outros sistemas que estabilizem os governos em face do parlamento.

O semipresidencialismo supõe um Presidente eleito com sufrágio universal; uma diarquia entre Presidente e Primeiro-Ministro; uma dupla responsabilidade do governo ante Presidente e Parlamento; e alguns poderes relevantes do Presidente, entre os quais liberdade ou autonomia para dissolver o Parlamento.

Dito isto impõe-se excluir desta análise semipresidencialismos de pendor parlamentar como na Áustria. Para ter um semipresidencialismo algo a fingir, com um Presidente eleito que funcione como uma Rainha de Inglaterra dotada de alguns poderes de impedimento e de dissolução, quase caídos em desuso, então mais valeria optar por um sistema parlamentarista. Ora o parlamentarismo no Brasil falhou historicamente e Sartori augurou que seria um caos com o atual sistema de partidos. Mais, eu julgo que seria um caos mesmo que por milagre os 29 partidos passassem a um terço ou menos, pois seriam suficientes para destabilizarem o governo. O atual sistema de transações entre o PR e os partidos passaria para o governo. E teríamos uma média de um governo por ano como em Itália, na I República.

Excluiríamos o semipresidencialismo português de geometria variável, o qual permitiria variações bruscas entre um domínio presidencial, um domínio governativo e um domínio parlamentar. Com um parlamento fragmentado, regionalizado e não estruturado como o brasileiro, mesmo que com um terço dos partidos atuais, o cenário seria o de nenhum partido obter maioria formando-se coligações contranatura suportando governos frágeis como em Portugal.

Podendo, em tese, haver coligações homogêneas (PMDP, PSDB, DEM, PP) ou (PMDB, PT, PTB, PDT) com governos mais estáveis, haveria o risco de se criar situações em que o partido mais votado não governaria: em Portugal a coligação de centro direita ganhou as eleições sem maioria absoluta mas não governa. Governa o PS, o segundo partido mais votado com um acordo com os comunistas e a extrema-esquerda que lhe dá maioria no Parlamento que passa a instituição dominante. Gera-se um semipresidencialismo com domínio da assembleia. As políticas do governo são negociadas uma a uma com estes dois parceiros no parlamento, tornando um executivo moderado refém de dois partidos radicais. Na Dinamarca um parlamentarismo de assembleia é o mesmo: governa o terceiro partido mais votado, conservador, com acordo maioritário com dois pequenos partidos e o segundo mais votado, de extrema-direita, que não quer ficar no Governo. Para um País saído do Presidencialismo, o cidadão brasileiro aceitaria que governasse um partido derrotado nas eleições mas que conseguisse uma coalizão maioritária? Como ficaria a sua legitimação ?

Outro problema é o risco da coabitação Governo /Presidente. Se as eleições não coincidirem há o risco de se eleger um Presidente de uma cor política e uma maioria parlamentar de suporte ao governo de outra cor. Ora, a prática demonstra que as coabitações são conflituais. Ou o Presidente é um notável em final de carreira e tem um papel arbitral ou é um político ambicioso e então a guerrilha institucional instala-se: vetos, pedidos de controlo, o uso da palavra para enfraquecer o governo e o aguardo de um tempo para dissolver o parlamento acarretando o fim do governo são realidade que perpassam as coabitações em Portugal, França e Roménia. A par da tumultuada frente parlamentar onde teria de sobreviver, como poderia o Governo gerir a coabitação com um Presidente diferente ou hostil; um presidente Lula com um Primeiro-Ministro Doria ou um Presidente Bolsonaro com um Primeiro-Ministro Meireles?

2.2 Opção pelo modelo francês com moção de censura construtiva à alemã e proximidade ou simultaneidade de eleições presidenciais ou parlamentares.

2.2.1 Por que o modelo francês, o qual tem refrações do Peru ? Porque para um País como o Brasil com uma longa tradição presidencialista e de personalização do poder, o modelo francês conserva parte dessa lógica já que se trata de um semipresidencialismo de pendor presidencial. O modelo assenta num Presidente que Preside ao Conselho de Ministros mas envolve um Governo autonomizado do Presidente chefiado por um Primeiro Ministro e suportado numa maioria parlamentar.

2.2.2 O sistema pode ter duas dinâmicas diferentes.

2.2.3 A dinâmica da confluência, que é dominante, leva a que Presidente, Governo e maioria parlamentar sejam coincidentes ou seja, oriundas das mesmas famílias politico-partidárias. Quando assim sucede o Presidente lidera o Executivo e o Primeiro-Ministro é um articulador e coordenador do Governo que responde perante o primeiro. O Presidente traça a agenda política mas deixa a sua execução com autonomia ao Primeiro-Ministro(exceto da política externa e defesa onde pode dar orientações diretas aos ministros). Quando o Primeiro-Ministro sofre um desgaste excessivo o Presidente força a sua demissão (na posse o Primeiro-Ministro assina uma carta em branco) e nomeia outro Governo. O governo exhibe estabilidade na condução da política do País pois é suportado por uma bancada parlamentar que lhe é fiel e disciplinada. O Presidente quando é eleito e se confronta com um parlamento de maioria contrária à sua dissolve-o livremente para tentar em eleições antecipadas uma nova maioria próxima. Pode, igualmente dissolver para reforçar a maioria parlamentar existente se esta for escassa. Nesta variante o Presidente é o elo forte e o Parlamento o elo mais apagado. Há práticas muito diferentes na relação Presidente/Primeiro-Ministro: Mitterrand operava como um Monarca que traçava as políticas mas deixava os Primeiros ministros assumir o desgaste, mudando-os como quem muda de camisa. Já de Gaulle era um monarca que dirigia o essencial e prestigiava o Primeiro-Ministro. Sarkozy atuava quase como Primeiro-Ministro e acabou nas sondagens muito desgastado.

2.2.4 A dinâmica da coabitação ocorre quando o Presidente é confrontado com uma maioria parlamentar e um governo diversos da maioria que o elegeu. Terá de coexistir com o adversário e o papel do PR passa a ficar diminuído. Preside formalmente ao Conselho de Ministros mas não orienta as suas políticas e o Primeiro-Ministro é o verdadeiro chefe do Executivo. Pode vetar as leis mas o veto pode ser revertido pelo Parlamento. Não pode demitir o Primeiro-Ministro. Pode dissolver o parlamento mas se as novas eleições reforçarem a antiga maioria o Presidente fica muito debilitado. Passa a um papel de escrutinador, de regulador mas não é o condutor político do País. Houve coabitações suaves (Mitterrand / Baladur) e outras conflituais

com guerrilhas desgastantes (Mitterrand/Chirac). A coabitação conflitual é o ponto fraco do semipresidencialismo: as duas cabeças da águia semipresidencial lutam entre si.

2.2.5 A transposição deste sistema para o Brasil teria de reforçar os cenários de confluência e evitar uma desgastante coabitação.

A coincidência entre eleições presidenciais e parlamentares para a Câmara de deputados seria uma solução pois um candidato vitorioso potenciará por arrasto a vitória dos partidos aliados no Parlamento. Outra solução próxima da francesa seria fazer anteceder a eleição presidencial em relação à parlamentar em ½ meses. Isso levaria ao mesmo efeito de arrastamento: viu-se com Macron. A ideia será levar o Chefe de Estado a ter uma maioria na Câmara que sustente o Governo. O poder do Presidente em nomear o Primeiro-Ministro deverá estar consagrado, bem como poderes especiais nas áreas de defesa, política externa e intervenção federal.

Uma reforma mais profunda do sistema eleitoral permitiria reduzir o número de partidos com expressão, no mínimo, a 1/5 dos existentes. E qualquer forma, para reforçar o Governo deveria ser consagrada a moção de censura construtiva à alemã. Para o Parlamento demitir o Governo seria necessário aprovar uma moção de censura por maioria absoluta com indicação de um candidato alternativo a Primeiro-Ministro. Isso impede que partidos dos extremos se aliem para derrubar o governo numa coligação negativa sem oferecer alternativas. Aqui devem ser capazes de constituir uma maioria e impô-la ao Presidente. Em regra este modelo tem dado grande estabilidade governativa à Espanha e Alemanha. Não havendo maioria Parlamentar absoluta depois de eleições para a constituição do Governo o Presidente pode nomear um governo minoritário que para exercer funções bastando que o seu programa não fosse rejeitado pela maioria absoluta dos deputados (como em Portugal).

Há aqui neste semipresidencialismo um certo regresso à Carta de 1824 sem o Imperador mas com um Presidente eleito. O Presidente tem em confluência, a par de uma presidência do Executivo co-dividida com um Primeiro-Ministro que o próprio nomeia, um poder moderador: pode nomear e demitir o Governo; dissolver uma das câmaras do legislativo; nomear membros do STF com acordo do Senado e conceder indultos. Contudo a divisão de funções executivas com um órgão colegial como o Governo evita e limita os abusos patrimonialistas no exercício do poder, o tráfico de favores e compensações com as bancadas e a designação tão livre de titulares. O poder fica mais limitado dentro do executivo com controlos interorgânicos. E o Parlamento com moção de censura e moções individuais fiscaliza mais o Governo.

A Carta funcionou? Sim, foi a constituição mais longa. O novo modelo funcionaria? Não sei, mas a reforma do sistema de partidos e a renovação da classe política são chaves-mestras para essa resposta.

PERSPECTIVAS DE REFORMA INSTITUCIONAL

José Fucs⁴³

Bom dia a todos. Ministro Gilmar Mendes, senhoras e senhores.

Gostaria inicialmente de agradecer o convite do ministro Gilmar Mendes para participar deste evento tão importante, voltado para o debate de temas fundamentais para o nosso futuro e para o bom funcionamento das políticas públicas e das nossas instituições.

É um privilégio ter a oportunidade de falar aqui, neste Congresso, do qual participaram grandes nomes das áreas política e jurídica, sobre as perspectivas da reforma institucional no País.

Diante da presença de tantas personalidades do mundo jurídico, peço vênica antecipada ao meu conhecimento limitado das questões jurídicas e à visão mundana que eu possa ter sobre o tema proposto aqui.

Como vocês sabem, sou jornalista. Desenvolvi a minha carreira principalmente na área de economia e negócios e também na área política. Vou fazer a minha apresentação, portanto, com um olhar alienígena, que pode parecer heterodoxo para muitos de vocês.

Como sou o último a falar, muitas das questões que vou tratar aqui já foram tratadas por outros palestrantes, mas espero, ao menos pela forma de agrupar os temas, dar uma pequena contribuição ao debate.

Na série de reportagens especiais *A Reconstrução do Brasil*, que produzi para o Estadão e que agora foram reunidas em livro, lançado ontem aqui em Brasília, no evento coletivo do IDP, mergulhei durante seis meses nos grandes desafios do Brasil e nas principais propostas em discussão para superá-los.

A série do Estadão procurou abordar os principais gargalos que travam o desenvolvimento do País: a reforma política, a reforma da Previdência, a corrupção, a burocracia, a abertura da economia, a reforma tributária, a reforma trabalhista e a reforma do Estado, entre outros temas relevantes.

O Brasil está numa encruzilhada e do encaminhamento dessas mudanças dependerá, em boa medida, o nosso futuro. Por incrível que pareça, a agenda das reformas está avançando até além das expectativas, apesar do conturbado cenário político do País.

⁴³Repórter especial de O Estado de São Paulo. Responsável pela produção da série *A reconstrução do Brasil*, sobre os grandes desafios do País pós-impeachment. Graduado em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Mas, embora todas essas questões sejam fundamentais para o Brasil alcançar o crescimento sustentável e a prosperidade social que todos almejamos, é provável que nenhuma outra reforma seja hoje tão necessária quanto a reforma constitucional, tema da primeira matéria da série publicada pelo Estado.

Primeiro, porque todas ou quase todas as outras reformas dependem de mudanças constitucionais, já que a Constituinte de 1988 “constitucionalizou” muitos pontos que poderiam ser tratados pela legislação ordinária.

Como diz o jurista Nelson Jobim, ex-presidente do Supremo e ex-Constituinte, a nossa Constituição precisa passar por uma “lipoaspiração”, para retirar todo esse “entulho” de seu texto.

Depois, porque, além de ter a ver com todas essas questões, a reforma constitucional envolve pontos que afetam a governabilidade do País e tumultuam a convivência entre os Poderes.

Com a sua fina ironia e a sua capacidade inigualável para sintetizar questões complexas, o ex-ministro e ex-embaixador Roberto Campos, cujo centenário de nascimento se completa neste ano, cunhou frases lapidares sobre a chamada “Constituição Cidadã”. Elas foram lembradas pelo ex-desembargador Nei Prado, presidente da Academia Internacional de Direito e Economia, num artigo publicado nesta semana no Estadão.

Disse Roberto Campos, na época da promulgação da Constituição de 1988: “Os estudiosos do Direito Constitucional aqui e alhures não buscarão no novo texto lições sobre a arquitetura institucional, o sistema de governo ou o balanço de Poderes. Em compensação, encontrarão abundante material anedótico.” E acrescentou: “A Constituição dos miseráveis, como diz o dr. Ulysses, é uma favela jurídica onde os três Poderes viverão em desconfortável promiscuidade.”

Como em muitas outras questões, Roberto Campos tinha razão. As seguidas crises entre os Poderes que assistimos nas últimas semanas, nos últimos meses e a rigor desde 1988, dão ares de profecia às frases do nosso querido “Bob Fields”.

Hoje, se a visão de Roberto Campos não se tornou um consenso, parece que, felizmente, passou a ser compartilhada por uma parcela crescente dos políticos e da população.

Os próprios constituintes previram a realização de uma reforma constitucional cinco anos depois da aprovação da Carta de 1988. Mas, talvez pela instabilidade política da época, logo depois do impeachment do ex-presidente Fernando Collor, a reforma de 1993 acabou ficando aquém do que seria desejável.

Hoje, quase 30 anos depois, o que ficou para trás está cobrando o seu preço, como podemos constatar pelas sucessivas crises políticas e na relação entre os Poderes. Curiosamente, alguns partidos que se recusaram a assinar a nova Constituição tornaram-se hoje os seus grandes defensores e rejeitam a ideia de promover mudanças, para tentar manter os privilégios e as distorções incluídos em seu texto. Isso dá bem a medida do oportunismo político que marcou o posicionamento desses grupos na ocasião, como em outros momentos decisivos da nossa História recente.

Porém, como diz Nelson Jobim, “a Constituição não é eterna. Você não pode pretender que a geração que fez a Constituição em 1988 resolva definir o que deve ser o Brasil pelos próximos 200 anos”.

A tarefa, porém, não é fácil. Alguns juristas, como o Prof. Modesto Carvalhosa, defendem a convocação de uma Assembleia Constituinte independente, para realizá-la, inclusive com a possibilidade de eleição de candidatos independentes de partidos políticos.

Na teoria, talvez essa fosse a melhor alternativa para garantir que a Constituinte ficasse livre do espírito de autopreservação dos políticos e de outras categorias interessadas em manter os privilégios obtidos na Carta de 1988, como o Ministério Público e o Judiciário.

Mas, com a demagogia e o populismo que costumam prevalecer nessas oportunidades, como aconteceu na Constituição de 1988, correríamos o sério risco de transformar o que em muitos aspectos já não é bom em algo ainda pior.

Na prática, o mais provável é que a reforma constitucional – ou as reformas constitucionais – tenha de ser feita mesmo pelos próprios parlamentares. Talvez, isso signifique que a reforma institucional não seja aquela que muitos desejamos. Mas não há outra solução. É assim que funcionam as coisas nas democracias e o resultado das mudanças será, se não o retrato da Nação, o espelho de suas escolhas políticas e do pensamento de seus representantes.

É possível, que, com a eleição de 2018, o perfil dos parlamentares sofra uma alteração significativa, caso se confirme a previsão dos cientistas políticos, de que haverá uma grande renovação no Congresso, diante da rejeição existente hoje na sociedade aos partidos e aos políticos tradicionais.

Muito do que irá acontecer nos próximos anos dependerá da eleição para a presidência da República e do Congresso no ano que vem e a esperança é sempre de que as coisas possam mudar para melhor. Mas o risco de a coisa desandar, com a escolha de parlamentares e de um presidente contrários às reformas, não pode ser desprezado.

Em vários momentos decisivos da História, quando foi preciso escolher os caminhos que iriam moldar o nosso destino, o Brasil entrou por atalhos que, ao final, se mostraram

equivocados. Talvez, desta vez, possamos, enfim, seguir pela trilha correta, como fizemos na Segunda Guerra Mundial, quando o então chanceler Oswaldo Aranha convenceu Getúlio Vargas a se aliar aos Estados Unidos, que acabou sendo o lado vencedor do conflito.

Em 2018, o mais provável, porém, ainda que ocorra uma grande renovação no Congresso, é que não haja uma única corrente política que conquiste a hegemonia. Isso significa que a reforma institucional, assim como todas outras, será aquela que for possível e não a que consideramos a ideal.

Como diz o diplomata e ex-ministro Rubens Ricupero, “é melhor não colocar o sarrafo muito alto, porque senão nem o Thiago Braz, que ganhou a medalha de ouro na Olimpíada do Rio de Janeiro no salto com vara, conseguirá superá-lo”.

À visão do nosso Embaixador acrescentaria a do ex-presidente Fernando Henrique, como complemento. Ele diz, com base em sua própria experiência como presidente da República, que, nas grandes questões, é melhor se concentrar em poucas mudanças, que sejam essenciais, ainda que os resultados demorem a aparecer, do que querer mudar tudo de uma vez e não conseguir mudar nada.

Também é preciso levar em conta, como diz o Prof. Joaquim Falcão, diretor da escola de Direito da FGV do Rio e ex-conselheiro do CNJ, que, hoje, “a Constituição não é só o que está escrito, mas, sobretudo, a interpretação que o Supremo tem dela”.

O papel do Supremo nesse processo, portanto, também será fundamental, tanto ou até mais que o do Legislativo. E, no quadro atual, não haverá muita margem para decisões equivocadas, como a que aconteceu, segundo o ex-ministro Jobim, quando o STF julgou inconstitucional a cláusula de barreira, em 2006, contribuindo para a pulverização de partidos políticos sem representatividade no País, um dos grandes problemas que enfrentamos hoje para garantir a governabilidade.

A primeira e grande tarefa, portanto, será definir quais são as principais mudanças que devem concentrar a nossa atenção. Como a lista de demandas é longa e varia conforme a coloração ideológica do freguês, definir o foco deverá exigir uma tremenda energia e uma costura política considerável, para alavancar o processo.

Ultimamente, voltou ao debate o parlamentarismo. Segundo os defensores da proposta, o sistema seria a saída para evitar as sucessivas crises entre o Executivo e o Legislativo, que resultaram em dois impeachments presidenciais em apenas 29 anos de Constituição, como já foi falado aqui. Dos quatro presidentes eleitos nesse período, dois sofreram impeachment.

De acordo com os apoiadores da proposta, o parlamentarismo seria a melhor forma também de rever essa jabuticaba chamada de “presidencialismo de coalização”, um sistema

híbrido criado pelos constituintes que mostrou suas limitações nos últimos anos e resultou nos maiores escândalos de corrupção de todos os tempos, o mensalão e o petrolão.

Mais uma vez, na teoria, é provável que essa proposta seja a mais sensata. Mas, como afirma o ex-presidente Fernando Henrique, é complicado imaginar que se possa instituir o parlamentarismo num País com 35 partidos, quase todos sem qualquer identidade ideológica, que nos conduziram a uma fragmentação insustentável de poder, como a que vemos hoje.

Depois de dois plebiscitos em que o parlamentarismo foi rejeitado, em 1963 e em 1993, é pouco provável que, desta vez, a proposta seja aprovada pela população. Talvez mais para a frente, com a possível depuração do sistema partidário, a partir da minirreforma política aprovada recentemente pelo Congresso, o parlamentarismo se torne mais viável.

No momento, em vez de dispendir uma enorme energia com essa questão e em vez vender a ilusão de que, com a mudança do sistema de governo, todas as nossas mazelas serão resolvidas, talvez seja mais conveniente se concentrar em questões práticas, que afetam a governabilidade no dia a dia e que podem ser melhor compreendidas e aceitas pela sociedade.

No âmbito do Judiciário, um ponto importante, que se tornou praticamente um consenso, é o resgate do STF como Corte Constitucional, deixando para o STJ e outras instâncias da Justiça as demais questões que hoje ocupam os ministros da Corte. Talvez, com a mudança no instituto do foro privilegiado, a ser avaliada em breve pelo Congresso, o STF possa, de forma progressiva, caminhar nesta direção.

Outro ponto relevante, como afirma o Prof. Joaquim Falcão, diz respeito às decisões monocráticas no âmbito do Supremo, uma anomalia à qual se tem recorrido com frequência e que deveria ser revista, para limitar a insegurança jurídica que as interpretações individuais dos ministros possam causar na sociedade.

Acredito também, como disseram aqui o senador José Serra e o ministro Gilmar Mendes, que é essencial rever a autonomia financeira do Poder Judiciário, incluindo o Ministério Público, e do Legislativo, que costumam legislar em causa própria, em prejuízo dos pagadores de impostos.

A rigor, como disse o senador José Serra, o caixa do setor público, composto pelos tributos pagos pela sociedade, é um só. Não é sustentável que, enquanto o País aperta o cinto e o Executivo procura conter os seus gastos, o Legislativo e o Judiciário possam ter uma postura descompromissada com as suas despesas e simplesmente repassem a conta para o Executivo pagar, como costuma acontecer.

No âmbito do Executivo, fala-se se muito na criação de algum tipo de mecanismo de recall para os cargos Executivos. Seria uma forma de a sociedade reavaliar a escolha feita nas urnas durante o exercício do mandato, para evitar processos traumáticos como o impeachment.

Aparentemente, essa proposta também faz certo sentido. Mas, diante do poder de mobilização de certos grupos da sociedade, poderíamos correr o risco de conferir a eles e às pesquisas de opinião um poder excessivo. Seria necessário estabelecer mecanismos de proteção contra o rolo compressor conduzido pelos movimentos mais mobilizados, em detrimento da maioria silenciosa da sociedade.

Muitas vezes, o presidente, em particular, tem de adotar medidas impopulares, mas necessárias para o País, cujos resultados positivos aparecerão mais adiante. O que seria feito nessas ocasiões? O mandato do presidente será interrompido por causa da queda de sua popularidade nas pesquisas? E, se, de repente, alguns grupos de oposição comessem a fazer campanha nas ruas pela saída do presidente, como ficaria a questão do recall?

Fala-se muito, também, em certos círculos, no “aprofundamento da democracia” e na criação de novos canais de participação popular no processo decisório. Certas correntes defendem uma administração plebiscitária, em que os eleitores seriam convidados a votar nas principais questões do País.

De fato, a ampliação dos canais de participação popular é um ponto que está em discussão nas grandes democracias do planeta. Mas é preciso muita cautela, para não reproduzir aqui o que as experiências bolivarianas têm de pior. Precisamos preservar e aperfeiçoar a nossa democracia representativa e avaliar o que pode ser feito para ampliar a participação popular, sem colocá-la em risco.

Por fim, será preciso discutir uma questão que também têm conquistado espaço na sociedade e no mundo político, o tal do pacto federativo, um nome pomposo que se refere à divisão do bolo tributário e das atribuições dos governos federal, estaduais e municipais.

Como diz o economista Paulo Guedes, temos de definir se queremos que o Brasil seja realmente uma Federação, com maior autonomia para os Estados e municípios legislarem em questões que lhes dizem respeito, ou se vamos manter a situação atual, em que eles apenas executam as políticas públicas decididas em Brasília.

Teremos de definir ainda qual será a nova repartição do bolo tributário que se pretende adotar. Como diz o jurista Nelson Jobim, ninguém viu até hoje uma única proposta concreta para a realização de um novo pacto federativo.

Para concluir, na esfera do Legislativo, além das questões já mencionadas, a grande questão institucional talvez seja a falta de proporcionalidade nas representações dos estados na

Câmara dos Deputados, que é um entulho autoritário do pacote de abril imposto pelo ex-presidente Ernesto Geisel.

De novo, aqui também, é difícil imaginar que as bancadas dos Estados que hoje são favorecidos pela legislação, em especial os do Norte e Nordeste do País, aceitem discutir o problema, apesar da evidente distorção no sistema, pelo qual um voto em São Paulo vale dez vezes menos que um de Roraima.

Como se pode observar, os desafios são imensos e as dificuldades para superá-los são proporcionais. Como diz a economista Maria Cristina Pinotti, diretora do Centro de Debates de Políticas Públicas (CDPP), “hoje temos consciência clara do que está errado”. O problema, segundo ela, é que “qualquer mudança institucional de qualquer amplitude provoca reações fortes de quem sai perdendo. Não existe mudança institucional neutra.”

A busca de consensos, para aprovar as mudanças, será talvez o maior desafio do novo presidente e dos parlamentares a serem eleitos em 2018. A eleição do ano que vem será um grande teste para o Brasil. Veremos a surpresa que as urnas vão nos revelar. Varemos se o Brasil quer andar para a frente, apoiando as reformas. Ou se quer andar para trás ou estacionar, mantendo os privilégios injustificáveis de certos grupos e boicotando a agenda de modernização do País.

Muito obrigado, mais uma vez, pela oportunidade.

SEPARAÇÃO DE PODERES, GOVERNABILIDADE E DESENHO INSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: significação e alcance da separação dos Poderes

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁴

Introdução

Recentes acontecimentos, inclusive deliberações judiciais, que têm suscitado acerba polêmica, envolvem, no fundo, a separação dos Poderes e seu alcance em face do direito constitucional brasileiro. Isto por si só justifica um estudo, *sine ira ac studio*, acerca deste instituto inscrito no âmago do constitucionalismo.

1 A separação dos poderes no constitucionalismo originário

1.1 O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Ao nascer, ou renascer, no final do século XVIII, o constitucionalismo erigiu em dogma a separação dos Poderes. Comprova-o o art. 16 da Declaração de 1789, peça ainda viva no constitucionalismo atual.

Nele está: art. 16. “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”.

1.2 A doutrina da separação dos poderes

Reflete-se nisto a lição de Montesquieu, exposta no *Espírito das Leis*, como essencial a uma Constituição que tivesse como objetivo a preservação da liberdade. É a constatação que extrai de sua visão da constituição inglesa.

1.3. A essência da separação dos poderes.

Para que tal garantia da liberdade – e com ela dos direitos fundamentais como apercebeu a Declaração de 1789 – conviria ser estabelecida uma divisão dos poderes que importa a

⁴⁴ Professor Emérito de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Doutor honoris causa da Universidade de Lisboa – Portugal. Doutor em Direito Constitucional e Instituições Políticas da Université de Paris 1 – Panthéon-Sorbonne – França. Professor visitante na Faculté de Droit et de Science Politique d’Aix-en-Provence: Université Paul Cezanne Aix-Marseille III – França. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno. Advogado.

governança, segundo um critério funcional, ou melhor, levando em conta as funções indispensáveis a um governo – leis, administração, justiça.

O que inspira Montesquieu não é uma pretendida visão científica de que as três funções são substancialmente diversas. Nem o posicionamento de que uma dessas funções não possa ter seu exercício partilhado por mais de um Poder. A demonstração disto mostra-se na elaboração da lei, função inerente ao Poder Legislativo, que envolve a participação do Executivo, pelo poder de veto.

A ideia de divisão do poder já fora apercebida, na Antiguidade, como obstáculo ao abuso. A originalidade de Montesquieu está na escolha das funções a serem levadas em conta. Nisto, é que está a prevalência de Montesquieu e não de Locke quanto à origem da separação dos Poderes.

1.4. A separação dos poderes como sistema de freios e contrapesos

A doutrina de Montesquieu é uma “receita de arte política”. Exprime a ideia de que a divisão funcional por ele proposta estabeleceria um sistema de freios e contrapesos, impedindo o abuso dos governantes. Isto porque somente o “poder detém o poder”.

Tal quadro, por outro lado, obrigaria os Poderes a atuarem harmonicamente, *de concert*, pois do contrário ocorreria a paralisia da governança.

1.5 O subentendido liberal da separação dos Poderes

Seria um mal esta paralisia?

Certamente, não seria um bem, mas um mal menor do que a opressão. Sim, porque na cosmovisão liberal implícita na doutrina a governança não tem por missão promover o bem dos cidadãos, a estes é que compete cuidar de si próprios, de seus interesses, de seu bem-estar, pelo esforço próprio, segundo as leis naturais. É o “*laissez faire, laissez passer que le monde vâ de lui-même*”.

O bloqueio na governança preservaria a liberdade, portanto, desde que houvesse a manutenção da ordem, pouco ou nenhum prejuízo traria. Desde que a ordem fosse mantida.

2 A evolução da separação dos Poderes do Estado liberal para o Estado de Bem-estar.

2.1 O impacto da realidade

Adotada a separação dos Poderes, primeiro nas constituições das antigas colônias inglesas da América do Norte, depois na Constituição de 1787 que, de todas as vigentes é a que mais de

perto segue tal modelo, um pouco depois na francesa de 1791, a prática da separação dos Poderes sofreu o impacto da realidade.

Sem pretende seguir os passos da história, mas apenas desenhar um panorama, observe-se que o primeiro destes impactos foi o conflito entre Poderes. Executivo e Legislativo nem sempre procuraram o concerto, mas a predominância. Aquele se punha como o herdeiro do poder dos reis, este como o reduto do liberalismo e da participação dos governados na direção governamental. Era ele, ou não, o poder em que militavam os representantes do povo?

2.2 A necessidade de um Poder moderador

Disto tirou Constant, logo nos primórdios do século XIX, a conclusão de que seria preciso um quarto Poder, o Poder neutro, ou moderador, que a Carta de 1824 iria adotar e que, segundo Duverger, teria renascido na Constituição francesa de 1958, sendo uma das bases do governo misto, semipresidencialista, semiparlamentarista.

2.3 A prevalência do Legislativo

Nesse conflito, o espírito do tempo favoreceu, numa primeira fase, o Legislativo, salvo nos Estados Unidos por peculiaridades políticas e históricas, contudo pela Europa constitucionalizada inteira.

A prevalência do Legislativo era a prevalência do “povo” que se confundia de início com a burguesia, mas que, com a extensão do sufrágio, paulatina na Inglaterra, radical na França em 1848, quando se consagrou o sufrágio universal, justificou falar-se em democracia representativa.

Também era a prevalência da lei, expressão da vontade geral. O que tinha por si a visão generalizada pelo positivismo jurídico de que a função executiva consiste em aplicar a lei e a função judicial, também, a de aplicar a lei, mas contenciosamente.

2.4 O embate do social

Esta prevalência do Legislativo foi posta em risco, abalada e depois suplantada, pelo embate da questão social, como até ontem se dizia, ou pela luta de classes, como querem os marxistas.

Com efeito, o capitalismo, desenvolvido sob as luzes do liberalismo, possibilitou um enorme desenvolvimento econômico, mas a curto prazo beneficiou uma minoria bem-sucedida e ocasionou o surgimento de um proletariado pobre e descontente. Com isto, suscitou a crítica ideologicamente socialista, mas aceita por outros núcleos, inclusive da Igreja Católica (*Rerum*

novarum). Aquela facilmente resvalou para propostas revolucionárias, entretanto, quando não o fez construiu fortes partidos de oposição ao liberalismo e por tabela contra a democracia representativa.

2.5 A intervenção no domínio econômico e social

Consequência dessa situação, foi a tomada de medidas de proteção aos malsucedidos, seja de ordem social, seja de ordem econômica. As primeiras para poupá-los da miséria, estas, sobretudo, para dar-lhes trabalho – o direito ao trabalho vem na França em 1848. E tudo isto ganhou ritmo, gerando a intervenção estatal nos domínios econômico e social, mesmo em Estados autoritários, como o Império alemão, sob a fêrula de Bismarck.

Ora, estas medidas de intervenção necessitam ordinariamente mais do que meras leis, importam em providências concretas que somente o Executivo pode tomar, mormente onde lhe é atribuído debelar as crises econômicas e financeiras, estimular e controlar o ritmo da economia, estimular o desenvolvimento.

Este papel, central para a opinião, crucial para o Estado, levou, conjugado com outros fatores, a uma prevalência do Executivo. Isto foi mais facilmente reconhecido no parlamentarismo, onde o Executivo pode ser visto como a cúpula comandante da maioria parlamentar. Também ocorreu no presidencialismo, embora mais tarde – na América do Norte, com o *New Deal*, nos anos 30 do século XX – no Brasil, depois de 1930, com o agigantamento do Presidente da República, erigido em monarca temporário com poderes demiúrgicos.

3 A separação dos Poderes no Estado de Bem-estar

Ao final da Guerra de 1914, pelo mundo inteiro se consagrou e rapidamente se difundiu uma nova concepção do papel do Estado, sem se falar no fenômeno soviético que, não prevendo nas instituições a separação dos Poderes, não cabe neste trabalho.

É o que se designa por *Welfare state*, por Estado-providência, e aqui de Estado de Bem-Estar.

Nesta visão, o Estado deve assegurar a todos o (mínimo) de Bem-estar. Para isto, ele deve garantir os direitos fundamentais, mas enfaticamente deve propiciar a todos os seres humanos uma boa condição de vida, o que equivaleria à “vida humana digna” da filosofia tomista, se enfatizasse como esta o elemento espiritual e não apenas o material.

Para tanto – reitere-se - ele deve, ao menos, controlar a economia e zelar pela sociedade, para o que bastaria quiçá a lei. Entretanto, assume o dever de dar a cada um bens e serviços concretos que se consideram imprescindíveis a bem viver, o que exige prestações positivas ou

materiais. Deve dar a cada um, não apenas o que é seu, mas aquilo de que ele precisa, ou deseja - como exagera o consumismo.

3.1 Uma nova separação dos Poderes

Neste contexto, o Executivo se tornou o Governo, já que a ele cabe definir, executar, controlar, as políticas que deem a todos o bem-estar, ao que se acrescenta o dever de prestar os serviços e fornecer o imprescindível para o bem-estar do povo. O que, num Estado de Direito – diga-se de passagem – importa em legiferar, seja por lei delegada, seja por decreto-lei, seja por medida provisória.

O Legislativo se tornou um Parlamento. Neste, controla-se o Governo, discutem-se as políticas de governo, referendam-se medidas tomadas, ou por tomar – e nisto se enquadra a legiferação - fazem-se ouvir os clamores populares, suas reivindicações, suas queixas.

O que se registrou, ocorre seja no presidencialismo, seja no parlamentarismo, embora variem nesses regimes, que têm diferentes espécies.

O Judiciário também teve mudado o seu viés. Assume o papel de construtor da Justiça, pela aplicação da Constituição. Sua tarefa não se limita a aplicar mecanicamente a lei, mas hoje é generalizada a ideia de que ele controla também a própria lei.

Isto se desenvolveu a partir do controle de constitucionalidade. Controle estes, antes restrito aos Estados Unidos e a pouquíssimos outros como o Brasil desde a República, mas que hoje se espalhou pelo mundo todo, a partir do momento em que Constituições europeias instituíram as Cortes constitucionais.

Desta tarefa resultou o alargamento de sua missão. Não, no aspecto formal – sempre o controle do ato normativo – mas pelo fato de que é feito em face de Constituições que não são apenas políticas e são também Constituições do econômico e do social. Em consequência disto, fixam metas, desdobram critérios de mérito das políticas a realizar, em nome da Constituição nisto interferindo na governança.

Estabeleceu-se assim uma nova separação dos Poderes – diga-se Governo, Parlamento, Justiça. Da velha, resta a tripartição dos Poderes, a sua indexação geral a funções que são, para um, a definição, em última instância da lei, para outro, a construção do bem-estar, para o terceiro, não político, a guarda da Constituição e a aplicação do direito aos cidadãos, ou seja, a justiça.

Entretanto, esta nova separação continua a ser uma receita de arte política. Ela não reserva funções de modo absoluto, mas promove a um sistema de freios e contrapesos, segundo a

desenha a Constituição. Esta é a suprema lei e a partir dela é que se define a separação dos Poderes.

A qualidade do sistema estabelecido, porém, deve ser aferido em face dos objetivos que Montesquieu visava ao estruturar a versão clássica. Impede o abuso do Poder? Garante os direitos fundamentais? Assegura o império do Direito? Com um *plus*, acrescentado pela finalidade do Estado contemporâneo: a boa governança em vista do bem-estar do povo?

4 O perfil da separação dos poderes na Constituição brasileira em vigor

4.1 A separação dos poderes como cláusula pétrea

A Constituição brasileira incluiu entre os pontos inalienáveis de seu conteúdo a separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III).

Sem dúvida, respeitou a doutrina ao estruturar os três Poderes “clássicos” – Legislativo, Executivo e Judiciário, que reconhece no art. 2º: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

E – sublinhe-se – claramente seguiu a lição também “clássica”: serem eles “independentes e harmônicos”.

4.2 A distinção política

Não se deixe passar silenciosamente, todavia, que, no parágrafo único do art. 1º, avançou uma distinção política relevante. Leia-se: “Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ora, do texto constitucional fica claro – e ninguém ousará contestá-lo – que o Executivo provém de eleição popular como o Legislativo, mas o Judiciário, não. Aqueles têm legitimidade democrática, este, não a possui. Tem legitimidade constitucional, o que não é pouco, mas só a possui quando cumpre a Constituição, não lhe sendo dado alterá-la, reconstruí-la.

Na verdade, a democracia moderna é um governo misto, em que a definição das ações políticas compete a Poderes eleitos, mas, a bem da segurança, um Poder de origem não democrática, mas “aristocrática” escolhida numa minoria de saber jurídico, há de controlar a atuação dos demais, a fim de que estes não firam o direito fixado pela Constituição.

4.3 A distribuição constitucional das funções

A Constituição, em princípio, distribui entre os Poderes as tarefas consentâneas com o critério funcional: ao Executivo, o administrador alargado para o governar no sentido amplo,

ao Legislativo, o legislar, ao Judiciário, julgar. E certamente pretende que esse critério funcional seja respeitado, na medida em que ela o quis. Sim, porque ela atribui a cada Poder funções que, pela sua índole, não seriam suas pelo critério funcional.

Sim, porque, nem é necessário lembrar que o Executivo, legifera pela medida provisória, o Legislativo processa e julga no *impeachment*, o Judiciário legifera nos casos omissos (e, hoje, pelas súmulas vinculantes).

4.4 A independência de cada Poder

Desta independência dos Poderes afirmada no art. 2º da Constituição defluem, ademais, consequências inafastáveis.

A principal, e essencial, é a de que, na esfera que lhes foi cometida e acordo com as condições constitucionalmente especificadas, cada Poder é soberano. Nela, o que ele decide há de prevalecer, sem necessidade da aprovação de outro Poder.

Outra é a de que, para propiciar esta independência, cada Poder há de gozar de autonomia na sua gestão interna. Cada um tem seu chefe, tem o seu regimento, comanda o seu pessoal, usa dos recursos financeiros que lhe confere o orçamento, exerce a polícia de seus membros e servidores. Etc.

4.5 A garantia da independência

A independência dos Poderes inclui a de seus integrantes, evidentemente nos limites da Constituição. Sem ela, a independência do Poder seria uma afirmação inócua. Tais limites são as garantias dadas a seus membros contra a ação de outros Poderes.

Haveria independência do Executivo se o Presidente da República estivesse à mercê de outro Poder?

Para assegurá-la, a Constituição não permite o seu afastamento senão cumpridas as exigências do processo dos crimes de responsabilidade (art. 85 e s.) e de autorização do Congresso Nacional no caso de crimes comuns (art. 86).

Quanto aos membros do Judiciário, a Lei Magna os protege pela vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 95).

No tocante aos membros do Legislativo, outorga-lhes a Constituição as imunidades (art. 53).

Estas, aliás, são o fruto de uma longa experiência histórica. O Executivo no Brasil já pretendeu usar a convocação de deputado para o serviço ativo nas Forças Armadas, para

silenciar opositor. O nazismo triunfou quando logrou a exclusão dos deputados, de esquerda das sessões e deliberações do *Reichstag*, alterando a relação de forças na casa, o que as imunidades impediriam. E não seria impensável que um tribunal o fizesse, declarando impedidos de exercer as atribuições do mandato parlamentar os que fossem acusados de delitos?

5 As interfaces da separação dos Poderes.

5.1 As interfaces dos Poderes

A separação dos Poderes envolve delicadas questões, dada a inexorável interface entre os Poderes. Qualquer problema pode cair de um certo ângulo no campo de mais de um Poder e consequentemente colocá-los em conflito.

Montesquieu já o previu e recomendava que agissem *de concert*. A Constituição lhes recomenda a harmonia. Constant reclamava um Poder neutro.

Vale examinar algumas dessas interfaces, que, por seu caráter jurídico, embora de grave repercussão política, põem em choque a Justiça em face de outros Poderes. São alguns casos dentre muitos.

5.2 A questão do controle de constitucionalidade

Desde o famoso caso *Marbury x Madison*, de 1803, a Suprema Corte dos Estados Unidos se entende capaz de nulificar uma lei, formalmente elaborada de pelo Poder Legislativo e devidamente sancionada pelo Poder Executivo, com fundamento na sua discrepância em relação à Constituição.

Isto não se fez, nem se aceitou, sem controvérsia. A aceitação por parte dos outros Poderes tem sido explicada por juristas americanos de valor, por lhes convir politicamente.

Na Europa, até o século XX – e pode-se dizer até a segunda metade desse século – isto pareceu inaceitável, porque um tribunal não eleito prevaleceria sobre a deliberação da representação popular. Denunciou-se até o “governo dos juízes”.

No Brasil, na República, com a pregação incansável de Rui Barbosa, esse controle se admitiu *in concreto* e com efeito *inter partes*. Para evitar a multiplicação de questões com a mesma base jurídica, a Constituição de 1934 deu ao Senado – nela órgão de coordenação entre os Poderes – o poder de:

Art. 91.
[...]

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

A previsão, como se pode ver na doutrina, não foi incontroversa e até hoje se provoca polêmica sobre seu alcance ou sobre sua necessidade.

Em face do texto de 1934 se apontava que, se o Senado podia suspender apenas em parte o ato julgado inconstitucional, isto não significaria que ele poderia continuar a ser executado na parte não suspensa? Evidentemente, com isto não se relativizaria o alcance da declaração de inconstitucionalidade?

No evoluir da controvérsia, veio a Carta de 1937 que previu que as declarações de inconstitucionalidade ensejariam nova deliberação do Parlamento que, por maioria qualificada, poderia confirmar a sua validade (art. 96, parágrafo único).

Por outro lado, a obrigatoriedade desta suspensão foi várias vezes rediscutida. Assim foi, quando, sob a Constituição de 1946, que previa a suspensão no art. 64, se introduziu o controle abstrato pela Emenda Constitucional nº 16/1965.

Na Constituição atual, a suspensão está presente no art. 52, X:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Em brilhante debate, todavia, foi essa norma apontada pelo Min. Gilmar Mendes, com apoio do Min. Eros Grau, e com sólidas razões, como tendo perdido eficácia em razão de uma mutação constitucional.

Mas a prática persiste. E não raro a polêmica se reinstaura.

5.3 Outros casos polêmicos

Destes, um é o do controle sobre políticas públicas em que decisões judiciais não só as impõem superando a problemática da oportunidade e da existência de recursos financeiros, como chega a definir o seu perfil. Não estaria isto no âmbito dos Poderes políticos? Não seria questão de conveniência e oportunidade? Em que medida a Justiça pode aí interferir, ditando o que se há de fazer?

Outra, a da omissão normativa. A Constituição prevê uma ação de inconstitucionalidade da omissão, mas em termos inócuos. A jurisprudência o tem feito, por meio de mandado de injunção, de modo pragmaticamente justificado, contudo juridicamente contestável. Volta a pergunta: não seria o caso de uma apreciação ao menos de oportunidade por parte do poder político, incumbido de legislar?

E o mais momentoso é a concessão de medidas obrigando a oferta, em nome do direito à saúde, de tratamentos a doentes, rompendo listas de prioridade, impondo o fornecimento de medicamentos não aprovados pelos órgãos competentes, ignorando as limitações orçamentárias, etc. A existência de um direito exclui a sua sujeição a um regime jurídico definido pela lei?

5.4 O poder punitivo da Justiça e a independência do Legislativo

Não se pode, sem fugir à atualidade, ignorar o mais grave dos entrecosques entre o Judiciário e outros Poderes, especialmente o Legislativo, travado a respeito do alcance do poder punitivo da Justiça em relação a parlamentares, mesmo em relação à chefia das casas do Congresso. Isto descabe quando destrói ou solapa a independência do Poder Legislativo.

Tais dissídios, com efeito, põem em causa a independência desse Poder e as imunidades de seus integrantes. Têm apoio amplo na população indignada com a corrupção no meio político, estimulada por meios de comunicação de massa também tomados por essa indignação e alimentada pelos meios digitais, às vezes por *fake news*, ou *trolls*, redundando não raro em manifestações de massa nas ruas.

Se se pode compreender essa indignação e dela partilhar, é preciso preservar aspectos jurídicos e políticos que decorrem da independência do Legislativo. Esta possui importância que transcende a fatos de momento. Tais aspectos não são, talvez, compreensíveis para a massa, talvez para muitos dos “intelectuais” ou “ativistas” e mesmo para juristas que renegam as normas da Constituição, em nome de um dito neo-constitucionalismo pós-positivista de insofismável caráter antidemocrático e elitista. Sim, elitista, porque pretendem impor o seu pensamento de elite sábia sobre a deliberação dos Poderes eleitos. Tal neo-constitucionalismo é antes um pós-constitucionalismo porque destrói ao cerne do constitucionalismo, abrindo terreno para um governo arbitrário de aplicadores da lei.

E não se pode esquecer que para a fragilização da independência do Legislativo muito contribuem parlamentares que, vencidos *interna corporis*, recorrem ao STF, abrindo flanco para a interferência do Judiciário, no que seria privativo do Congresso ou de suas câmaras.

A Constituição é clara e a história a aplaude quando ela impõe a independência dos Poderes, que importa na sua auto-direção e na sua autonomia nas deliberações. Não é dado a outro Poder, às vezes nem mesmo por sua cúpula, determinar quem dirigirá a casa, como se fará a deliberação, por voto público ou secreto, etc.

Igualmente, a independência de um Poder passa pela garantia da liberdade de atuação de seus integrantes. Não pode, por exemplo, o membro do Legislativo ter cerceada a sua participação nas deliberações da Casa que integra, nem ter sua liberdade restringida, pois ela é necessária para sua atuação. Admitida a prevalência do poder punitivo judicial este poderia a seu critério alterar a maioria da câmara, em ruptura com a decisão eleitoral democrática.

Para coibir ou prevenir malfeitos, a Constituição dá poderes suficientes à própria Casa. Esta, para preservar a sua dignidade e atender à moral republicana, é que deve fazê-lo. Na verdade, tem o dever de fazê-lo.

Muito obrigado pelo privilégio de tão honrosa companhia nesta ilustre bancada. A minha abordagem não tem caráter erudito nem acadêmico. É voltada para as minhas impressões e a minha vivência como analista político frente ao momento que vivemos no Brasil, que, de certa forma, tangencia a realidade global.

Recentemente, e provavelmente esse foi o motivo do convite para participar deste evento, publiquei um artigo no jornal *O Estado de S. Paulo* cujo título era “Desaprender o mal”. Nele tratei basicamente dos três temas que serão objeto desta nossa palestra hoje: a representação, a representatividade e a legitimidade. Na ocasião, referindo-me ao contexto atual, usei uma frase de La Fontaine a respeito da peste que se espalhou pela Europa medieval: “Nem todos morriam, mas todos estavam contaminados.”

A crise política que se estabeleceu no Brasil pode não inviabilizar todos os políticos, mas o mundo político está contaminado. E, ao lado da questão conjuntural, há outra, estrutural, de perda de legitimidade, já que parte das nossas lideranças políticas não é reconhecida pela população como legítima para cuidar dos negócios públicos.

Em diversos países ocorre o mesmo sentimento. Em diversos países para esse sentimento de perda de reconhecimento foi apontado pelo escritor venezuelano Moisés Naím em seu magistral livro “O fim do poder”. Diz ele que o poder está passando por uma transformação histórica, dispersando-se cada vez mais. Nesse processo, os atores tradicionais são confrontados com novos e surpreendentes rivais, alguns muito menores em tamanho e recursos.

Para ele, no século XXI, o poder ficou mais fácil de obter, mais difícil de utilizar e mais fácil de perder. Sendo mais fácil de obter e mais difícil de utilizar, torna-se mais fácil questioná-lo, em especial quando não atende às expectativas da sociedade. E as expectativas atuais são complexas. Discordo pontualmente de Naím quando ele diz que o poder produz menos resultados. Para mim, o poder produz resultados, o problema é que estes nem sempre são satisfatórios perante as crescentes expectativas. E, com a erosão do poder, temos, ao mesmo

⁴⁵ Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (1993), mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (1992) e doutor em Sociologia (Estudos Comparados Sobre as Américas) pela Universidade de Brasília (2000). Atualmente é doutor-presidente da Arko Advice – Análise Política e Pesquisas e membro do Instituto Brasília. Desde 2007 integra o CDES – Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social da Presidência da República. Autor dos livros “Grupos de Pressão no Congresso Nacional” (Maltese, 1994) e “Reforma Política – O Debate Inadiável” (Civilização Brasileira, 2014).

tempo, a aceleração das cobranças e a elevação das expectativas: como conciliar?

Por que falo em elevação das expectativas? Faço aqui uma analogia trivial: quando nasci, no final dos anos 1950, o brasileiro não tinha grandes aspirações de ir ao exterior. Só a elite, que já nesse tempo vivia pensando em Paris e Nova York, mas o povo, não. Agora, todos os brasileiros querem viajar para fora do país. Quase todos sabem o que é a Disneylândia, quem foi Walt Disney. Mas somente 5 milhões ou pouco mais de 5 milhões vão, de fato, ao exterior. Então as expectativas aumentaram muito, mas a capacidade de realização não acompanhou o aumento das expectativas.

E por que aconteceu isso? Porque a globalização criou um paradoxo: encolheu o mundo e alargou as expectativas. E o poder constituído não consegue promover a economia nem a distribuição de renda de forma a cobrir tais demandas. Isso está ocorrendo em todo o mundo. Em países menos desenvolvidos, como o nosso, a situação é mais dramática.

No fim, a política não reflete o que a sociedade gostaria, muitas vezes pela corrupção da política, outras vezes pela excessiva dependência de nossa sociedade de um poder público grande, poderoso e egocêntrico. O Brasil, diferentemente de outras nações, é uma invenção do Estado e não da sociedade. E a sociedade sempre foi subserviente ao Estado, desejosa de um emprego público, de verba pública, de uma aposentadoria estatal, de mordomias ou contratos privilegiados.

Não criamos um país onde o trabalho e a iniciativa individual são efetivamente valorizados. Criamos um país em que as relações de poder com o governo são sobretudo um instrumento de ascensão social e econômica. Mas por que a situação aqui é pior do que no resto do mundo? Porque no nosso país existe um sistema eleitoral defeituoso que tem sido, até recentemente, poluído pelo abuso do poder econômico, pelo abuso do poder sindical, pelo abuso da máquina estatal e pela doentia fragmentação partidária. Fora isso, a cidadania não se sente representada pelos políticos, nem o Congresso é uma fiel representação da sociedade, porque o sistema eleitoral, injusto e opaco, não expressa a vontade do eleitor e é desequilibrado quanto à representação.

Então, temos um problema de representação, que é a distribuição dentro do Congresso Nacional do número de assentos em relação à população, e temos um problema de representatividade. Quando dizem que o Congresso é uma fatia da sociedade, ou uma expressão da sociedade, é uma mentira. Como um sistema eleitoral em que empresas doavam milhões para campanhas pode expressar a realidade? Como uma coligação que engana e encobre os partidos pode expressar a vontade do eleitor? Claro que não. De certa forma,

vivemos uma fantasiademocrática.

No caso da representação, essas distorções vêm desde o tempo do regime militar, quando, para manter a maioria, aumentou-se a representação dos territórios. Tal distorção prosseguiu com a Constituinte. Alguns sabem que um voto do eleitor de Roraima vale 20 ou 25 votos do eleitor de São Paulo. Não funciona. Quer dizer, Roraima não poderia ter oito deputados federais, ou São Paulo teria de ter 140, 150 deputados federais. Temos de acertar essa conta.

Vivemos uma perigosa conjunção de fatores negativos em relação à representatividade, à representação e, obviamente, à legitimidade. Quando falo da questão da representatividade incluo aí a das coligações, que são uma expressão inconstitucional da política. Por que inconstitucional? Porque a Constituição estabelece que os partidos têm caráter nacional. Assim, não é possível admitir que uma legenda em São Paulo se coligue com outra e, em Minas Gerais, a mesma sigla concorra contra esse partido, e que ambos elejam deputados que vão agir na Câmara Federal nacionalmente.

Isso não funciona. Até porque existem partidos que são a favor de certos temas, por exemplo, o aborto, e outros contra, mas na coligação eles estão juntos. Então, quem é contra o aborto vota em seu deputado, que vai terminar elegendo outro deputado que é a favor do aborto. Tal situação mostra como as pessoas não se veem representadas por esse modelo.

No primeiro turno de 2014 tivemos 39 milhões de votos perdidos, entre nulos, brancos e abstenções, ou seja, quase 20% do eleitorado daquele momento. É uma prova da crise de legitimidade e de representatividade. E qual é o reflexo dessa situação? Na semana passada a Fundação Getúlio Vargas fez uma pesquisa com a pergunta: nas próximas eleições, o senhor

Agora, para agravar tudo isso, nós nos deparamos com os escândalos, o mensalão e as revelações oriundas das investigações da Operação Lava-Jato, que, no limite, já trouxeram enormes benefícios para o país. Em que pese a Lava-Jato ser conduzida algumas vezes de forma heterodoxa, motivada por um ativismo judicial que tenta tangenciar a lei, onde o juiz não quer ser apenas a expressão da lei, mas também a expressão da própria vontade, a Lava-Jato tem tido efeitos extraordinários. Primeiro, porque acabou com o sistema de financiamento eleitoral de campanhas por empresas. Segundo, porque destruiu o capitalismo tupiniquim que favorecia os campeões, aqueles que tinham acesso ao BNDES e a condições privilegiadas, em troca de doações eleitorais por dentro e por fora.

Aqueles que, muitas vezes, escondiam um discurso nacionalista para proteger seus privilégios. Refiro-me a empresas que multiplicaram 10, 20 vezes seu tamanho com verbas públicas, dos impostos. Isso foi desmascarado pela Lava-Jato. Contudo, não é suficiente. O

sistema é ruim e o mundo político não quer reduzir a sua previsibilidade. Quer dizer, não quer a imprevisibilidade, não quer que as regras imponham limites nem à sua mobilidade nem à sua autonomia. Como o Carnaval, as reformas políticas ocorrem todos os anos com a aprovação de regrinhas que mudam aqui e acolá, num caráter defensivo. O mundo político se protege. Não quer aprovar uma regra que limite seu raio de ação. Porque, paradoxalmente, além de regular a sociedade, o mundo político se autorregula, já que são os parlamentares que fazem as leis que terão de cumprir.

O mais adequado seria que as questões eleitorais e partidárias fossem tratadas fora do Congresso Nacional, por outros entes, a fim de se evitar a contaminação por interesses pessoais. Não à toa há tanta dificuldade de aprovar qualquer mudança no sistema eleitoral, como o fim das coligações, a cláusula de barreira... E esse sistema promoveu a maior fragmentação partidária da história do Brasil, talvez da história da civilização ocidental. Então os caminhos políticos para as reformas estão obstruídos, apesar da existência da Lava-Jato. Mas existem os caminhos da sociedade e os da judicialização. Judicializar a política não é bom, porque revela um desequilíbrio entre os Poderes, mas é o que nos resta. E a Justiça, de certa forma, tem respondido positivamente a questões importantes, por exemplo, ao acabar com o financiamento das campanhas eleitorais.

No entanto, a Justiça ainda precisa avançar: na questão da representação, redesenhando os assentos na Câmara dos Deputados; tendo a coragem de declarar que as coligações, em eleições legislativas, são inconstitucionais, por afrontarem o caráter nacional dos partidos; revendo a decisão que proibiu a verticalização, porque se um partido vai se coligar nacionalmente tem de se coligar também no estado e no município.

Não vejo como aperfeiçoar o processo político sem a participação da Justiça e da sociedade. Quanto a isso, felizmente, o Brasil de hoje mostra alguns sinais positivos. Existem quase 10 ou 12 movimentos eleitorais, não partidários, que tentam mobilizar a juventude para atuar politicamente. São movimentos que vão desde a direita até a esquerda, inclusive com “franjas” radicais, alcançando a extrema direita e a extrema esquerda. Revelam o desejo de maior participação dos cidadãos. Os 29% dos pesquisados que dizem que não vão votar em nenhum candidato tradicional estão aí se enganando. Ainda é pouco, mas é um bom sinal.

Portanto, vejo que a questão da representação, da representatividade e da legitimidade no Brasil não vai ter um final feliz imediato, teremos ganhos incrementais. E talvez seja até utopia acreditar que existirá um final feliz para esse debate, porque mesmo em países desenvolvidos, institucionalmente fortes, há um imenso desgosto com a política. Lembro-me de

uma pesquisa, feita nos Estados Unidos nos anos 1950, em que entre 60% e 70% dos cidadãos diziam confiar no governo. Hoje, o número baixou para menos de 20%. Isso antes de Donald Trump, ou seja, independentemente de desempenho. A bolsa americana nesse ínterim dobrou de tamanho e o desemprego está em 4%, mas o desencanto com a política continua elevado.

Além do citado fim das doações empresariais, que vai tirar parte do “doping” das campanhas eleitorais, outro sinal positivo no Brasil de hoje é o limite de gastos por candidatura, que cria até um paradoxo. Por exemplo, na eleição para a Presidência da República, estabeleceu-se um teto de R\$ 70 milhões, ou seja, menos do que a ex-presidente Dilma Rousseff gastou com o marqueteiro João Santana. Sem contar o “por fora” que dizem que ele recebeu, foram pagos R\$ 78 milhões por seu serviço de marketing. Quer dizer, a falta de recursos nas campanhas deste ano será um desafio para os políticos.

O engajamento da sociedade é igualmente um sinal positivo. A ascensão do “compliance” também merece destaque, porque a globalização da economia tem empurrado o “compliance” porta adentro do Brasil. De certa forma, o “compliance” traz a transnacionalidade da Justiça: atos executados por empresas daqui podem ser objeto de ação judicial no exterior. Assim, os grandes “players” da economia terão que se comportar.

Como vimos, estamos ainda em meio a um processo que apresenta vários pontos negativos com relação à representação, à representatividade e à legitimidade. Porém, sem dúvida, o futuro pode ser melhor, por conta dos sinais positivos que acabei de mencionar.

Muito obrigado pela oportunidade.

OS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE⁴⁶

Por Néviton Guedes⁴⁷

“Ser bom é fácil, o difícil é ser justo”
Victor Hugo

I – O JUIZ ENTRE A BONDADE E A JUSTIÇA

Em passagem muito conhecida de Victor Hugo, no seu insuperável romance *Os Miseráveis*, o inspetor Javert, levando ao extremo o seu senso de justiça, contestou a incapacidade do *Maire* (prefeito) Madeleine — na verdade, disfarce do herói Jean Valjean — de tomar uma decisão difícil com o famoso lamento crítico: “Meu Deus! Ser bom é fácil, difícil é ser justo” (*Mon Dieu ! c’est bien facile d’être bon, le malaisé, c’est d’être juste*). O mais impressionante no caso, como se sabe, é que a decisão cobrada por Javert era, nada mais nada menos, do que a sua própria demissão do cargo de inspetor de polícia por ter levantado suspeita contra uma autoridade superior, no caso, de que o próprio prefeito seria, de fato, um criminoso — desconfiança, aliás, depois comprovada verdadeira.

Não obstante seja outro o lugar e o tempo, nada parece ter diminuído essa dificuldade aparentemente atávica do ser humano de preferir tomar decisões simpáticas e amistosas, geralmente casuísticas, em detrimento de decisões antipáticas e desagradáveis, ainda que, do ponto de vista da generalidade do direito e da isonomia com outros casos, sejam mais adequadas e, por isso mesmo, mais legítimas.

Não quero mascarar a dificuldade que qualquer juiz enfrenta quanto se vê na condição de tomar uma decisão antipática — como, por exemplo, negar um tratamento de alto custo que, não obstante a inexistência de qualquer prova de suas qualidades terapêuticas, muitas vezes, é a única esperança que resta a um doente terminal.

Em qualquer situação, é sempre difícil tomar decisões que possam trazer sofrimento aos nossos semelhantes. Por isso, quem quer que considere a questão com um mínimo de honestidade de propósito terá que reconhecer que nem sempre é fácil ser magistrado, pois, ao cumprir os seus deveres, obviamente, muitas vezes a decisão judicial legítima — em conformidade com o Direito — revelar-se-á desagradável às nossas convicções pessoais, muitas vezes causando sofrimento a alguém e quase sempre implicando custos a serem suportados por indivíduos ou pela comunidade.

Em síntese, nem sempre uma decisão judicial, para ser justa, poderá ser agradável.

Não é sem razão que se fala hoje, com alguma regularidade, em “covardia institucional” para descrever situações em que as instituições, autoridades de todos os níveis, inclusive do Poder Judiciário, se negam a tomar decisões impopulares, especialmente aquelas decisões que, inevitavelmente, trarão sério sofrimento às pessoas concretas, não obstante estejam em conformidade com as escolhas feitas pelo legislador.

II - O ESPAÇO DE AVALIAÇÃO DO JUIZ

Além da postergação de decisões, que vai se tornando bastante comum, não raramente, como se sabe, decisões judiciais se refugiam atrás de princípios constitucionais para negar vigência às escolhas legitimamente feitas pelo legislador, nomeadamente, quando tais escolhas possam revelar incontornáveis incômodos com o senso de justiça do órgão jurisdicional. Ocorre que,

⁴⁶ Texto tem como base coluna publicada na Revista Consultor Jurídico – Conjur, de 7 de julho de 2014, sob o título “O juiz entre a bondade e a justiça”.

⁴⁷ Desembargador no TRF da 1ª Região, professor de Pós-Graduação em Direito Constitucional no IDP e da graduação em direito no Uniceub. Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra.

segundo o que até então se sabia, a partir da teoria da separação de Poderes, compete ao Poder Legislativo, em primeiro lugar, concretizar os princípios da Constituição, e não ao Poder Executivo e muito menos ao Poder Judiciário.

Para melhor compreensão do problema, talvez fosse necessário considerá-lo à luz de questões mais específicas, a saber:

até que ponto deve o Poder Judiciário ter a prerrogativa de conferir prestações concretas ao cidadão à revelia das escolhas do legislador e da Administração?

Temos nós, os magistrados, sempre e de forma ilimitada, o poder de realizar diretamente a Constituição, isto é, a despeito das escolhas feitas pelos demais Poderes?

É a Constituição um texto que se coloca — e sempre — à disposição e à possibilidade de execução direta dos juízes?

Ainda esta outra: qual papel remanesceria aos representantes do povo num quadro em que suas decisões não seriam mais obrigatórias, mas apenas uma alternativa às escolhas políticas dos magistrados, essas sim, tornadas preponderantes?

Em resumo, quem tem a primazia na concretização do texto constitucional, o juiz ou o legislador?

É certo que o Poder Judiciário tem a precípua função de guardar a Constituição, mas pode e deve tomar essa atitude mesmo quando o legislador fez uma escolha compatível com a Constituição, apenas com a finalidade de privilegiar uma opção, a do próprio Judiciário, e apenas por considerá-la mais eficiente ou mais adequada?

Todas essas são questões que há muito constroem a teoria e o Direito constitucional, sobretudo quando se sabe que, ao contrário do magistrado, que tem ao seu favor o fato de se preocupar — como regra — com casos isolados, no caso especial do legislador, suas decisões devem abranger a abstração dos casos e a generalidade dos cidadãos a que se destina a norma então editada.

Valho-me do grande jurista colombiano Rodolfo Arango, a partir de sua tese intitulada “O conceito de direitos fundamentais sociais” (*Der Begriff der sozialen Grundrechte*), para resumir de forma didática o problema da concretização dos direitos sociais inseridos em textos constitucionais, distinguindo, de um lado, direitos que emergem das disposições constitucionais de tal modo que podem ser concretizados consoante uma única opção, numa *relação de um-para-um*, ou seja, situações em que a disposição constitucional só permite uma alternativa para a concretização do direito; de outro, disposições constitucionais que permitiriam mais de uma opção ao órgão encarregado de concretizar os direitos delas emergentes, numa relação em que uma disposição constitucional oferece várias formas de concretização do direito, ou seja numa *relação de um-para-um + n*.⁴⁸

Não é difícil perceber que os direitos sociais normalmente se presdispõem a mais de uma opção para sua concretização, de tal forma que, por exemplo, ao estabelecer a saúde ou a educação como direitos fundamentais, o constituinte não impôs ao Poder Legislativo ou ao Executivo uma fórmula única, definitiva e exclusiva, para concretizá-los.

Entretanto, não se pode negar: quando o Poder Judiciário permite-se interferir na escolha feita pelo legislador, o que de regra estará a afirmar é que o direito social previsto na Constituição só poderia ser realizado segundo uma única possibilidade de concretização — aquela intuída pela interpretação do próprio órgão jurisdicional, numa *relação de um-para-um* (*Die eins-zu-eins Relation*) —, o que, convenhamos, no caso de prestações positivas, por exemplo, dos direitos sociais, será sempre uma tese muito difícil de se argumentar racionalmente.

III - O ESPAÇO DE AVALIAÇÃO DO LEGISLADOR

⁴⁸ Rodolfo Arango. *Der Begriff der sozialen Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p. 105 e seguintes.

Não obstante esteja cada vez mais popular entre nós a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, especialmente no que tange ao direito de saúde (entrega de medicamentos, procedimentos cirúrgicos e internações hospitalares de alto custo) e de educação (matrículas em disciplina e cursos sem requisitos necessários), se o princípio da separação e harmonia entre os Poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição, guarda ainda algum significado em nossa ordem jurídica, só excepcionalmente, com fundamento na própria Constituição, é que o magistrado poderia substituir-se às escolhas feitas pelo legislador.

Em primeiro lugar, normativamente, o legislador, como representante do povo, no exercício do poder constitucional que dele emana, conforme o artigo 1º, parágrafo único da própria Constituição, deve ter a primazia na concretização de políticas públicas. Mas não é só.

Além disso, numa análise factual, enquanto o magistrado não precisa e, por isso, não tem o hábito de se confrontar com as consequências difusas de suas decisões, já que a lei o obriga a concentrar sua atenção e julgamento no caso concreto, o legislador, observado e periodicamente censurado pelos contribuintes e eleitores, deve considerar uma série de fatores (orçamentários, administrativos, econômicos e políticos) que ultrapassam em muito as circunstâncias restritas do caso concreto.

As circunstâncias de nossa realidade político-institucional apenas complicam as dificuldades dos atores políticos quando têm que concretizar as políticas públicas. A Constituição brasileira de 1988, como tantas outras que tiveram origem na segunda metade do século passado, como sabemos, foi pródiga em promessas. Não foram poucos os juristas que se viram obrigados a advertir contra os perigos de um texto constitucional que, de forma expressa, pretende salvaguardar os seres humanos contra praticamente toda espécie de infortúnio que a natureza, a sociedade, ou próprio indivíduo pudessem dar origem.

Se como querem alguns, os direitos sociais exigem do Estado uma concretização em níveis absolutos, devendo oferecê-los sempre em seu nível ótimo, o artigo 6º da Constituição, apenas para ficar num exemplo, praticamente imporia ao Estado a instauração do paraíso na terra. Cito: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Ora, trabalho, saúde, lazer, moradia e segurança em níveis ótimos: o que poderia faltar ao nosso imponderável destino humano?

De fato, se, como pretendem algumas ilustradas vozes, os direitos sociais só admitem a eficácia máxima de seu âmbito de proteção, então, basicamente, o Estado estaria condenado a constitucionalmente converter-se num garantidor universal contra qualquer espécie de desventura que o homem, seja por viver em sociedade, seja por motivos naturais ou, o que é o mais frequente, até mesmo por suas próprias trágicas escolhas, acaba por ter que confrontar.

Infelizmente, como bem demonstrado por Marius Raabe,⁴⁹ para os que padecem desse excessivo otimismo constitucional, que pretendem converter a Constituição em um código total dos afazeres estatais, o que na verdade existe normativamente nas democracias, como também disposto no próprio texto constitucional, é um modelo de separação de Poderes em que prepondera sempre uma margem de avaliação e de conformação do legislador. Nesse modelo, para julgar a adequação da atividade legislativa quando se cuida de concretizar direitos fundamentais, deve-se sempre considerar um adequado *sopesamento entre um princípio material e um princípio formal*.⁵⁰ Enquanto o *princípio formal* se afirma favorecendo a liberdade de conformação do legislador, deferindo-lhe competência para interferir num direito

⁴⁹ M. Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos Verl. Ges., 1998, p. 207.

⁵⁰ M. Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos Verl. Ges., 1998, p. 207.

fundamental, o *princípio material* contrasta com ele, protegendo o direito fundamental eventualmente atingido pela ação do legislador.⁵¹

É certo que a liberdade de conformação (espaço de avaliação do legislador) não pode implicar, de forma absoluta, uma vinculação do aplicador do direito (por exemplo, o magistrado) à escolha de premissas empíricas, como a promovida pelo legislador no momento de criação da lei, de tal ordem que aquele que aplica o direito estivesse, sempre e sempre, totalmente vinculado às premissas de fato adjudicadas pelo legislador.

Uma tal opinião, que afasta completamente o controle jurídico-constitucional sobre os fatos legislativamente impostos como premissas de julgamento, obviamente, é inaceitável, uma vez que uma hipotética competência assim conferida ao legislador acabaria por aniquilar completamente a sua vinculação à Constituição.⁵²

Em outras palavras, não se pode desconsiderar a hipótese em que a própria Constituição tenha imposto limites positivos estritos às escolhas políticas e econômicas do legislador no momento em que deva concretizar normas constitucionais, como no caso dos direitos sociais. Em tais situações, o Poder Judiciário, é certo, poderia exercer controle sobre a vinculação positiva no legislador. Mas insisto que não é comum que o poder constituinte vincule o legislador de forma estrita e fechada quanto às escolhas e caminhos que possa tomar ao concretizar direitos fundamentais, especialmente, direitos fundamentais sociais.

De fato, se para além de estabelecer os direitos fundamentais, o Constituição estipulasse uma forma específica e, mais do que isso, *exclusiva* de concretizá-los, à moda de um código, isso significaria que todas as relações jurídicas (conflituosas) dos cidadãos poderiam ser sempre reconduzidas e observadas, de igual modo, sob o ponto de vista constitucional, fazendo a ordem jurídica prescindir de legislação ordinária, isto é, de qualquer outra lei, pois para todas as situações surgidas nas relações sociais bastaria aplicar diretamente a Constituição. (totalitarismo constitucional).

Aqui, a consequência denuncia o absurdo da premissa, fazendo legítima a suspeita de Claus Schmitz, traduzindo a preocupação de muitos, quando se questiona se, nesse contexto, "a Constituição não se transformaria num superdireito, no qual a parte dos direitos fundamentais é apresentada ou preconcebida já como solução para todas as relações jurídicas".⁵³

Legitimamente também se poderia questionar sobre qual margem é que, nesse quadro, remanesceria ao legislador ordinário. De fato, deve-se perguntar se, num contexto assim tão amplo de vinculação do legislador, onde lhe incumbiria, como querem alguns, *apenas relatar o que na Constituição está declaradamente preestabelecido*, insisto, é de se perguntar se, para além de assegurar um amplo e rígido controle de constitucionalidade, esse raciocínio não transformaria as cortes constitucionais em *superlegisladores*.⁵⁴

Se essas questões assim formuladas, em termos absolutos, parecem merecer respostas negativas, deve-se então tomar a sério, no âmbito de nossa democracia, a discussão da margem de apreciação do legislador no que tange à restrição e conformação de direitos fundamentais, tendo já como certo que, se a ampliação de sua competência de intervenção pode ameaçar as garantias dos direitos fundamentais, por outro lado, um grau muito elevado de redução dessa competência, tendente à eliminação, pode, em todo o caso, estimular a insegurança, uma vez que a falta de clareza, indeterminação e mesmo ausência de pressupostos (premissas) de fato, na avaliação dos casos que suportam a aplicação de normas de direitos fundamentais, deixada ao puro arbítrio do aplicador do direito, acaba por vir em prejuízo desses mesmos direitos fundamentais.⁵⁵

⁵¹ M. Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, *ibidem*.

⁵² M. Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, p. 208.

⁵³ C. Schmitz, *Grundrechtskollisionen zwischen politischen Parteien und Bürgern*, p. 21.

⁵⁴ C. Schmitz, *Grundrechtskollisionen zwischen politischen Parteien und Bürgern*, p. 21-22.

⁵⁵ M. Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, p. 208.

Naturalmente, respostas adequadas a essas questões transbordaram necessariamente a discussão sobre a margem de avaliação e de vinculação do legislador, ou sobre a correta solução para o conflito entre a necessidade de uma intervenção legislativa e a proteção adequada e otimizada de um direito fundamental⁵⁶ e dizem respeito diretamente ao *modelo de democracia* que efetivamente queremos construir em nosso país: de um lado, o modelo de democracia representativa clássica, que designaremos *de tipo 1*, que, malgrado suas dificuldades, coloca o cidadão em primeiro lugar, além de propiciar permanentemente o controle e a substituição de seus representantes; de outro lado, haveria um sistema diverso de democracia, aqui designado *de tipo 2*, segundo alguns, já em gestação, consistente num modelo de características mais aristocráticas, em que ao Judiciário, de regra imune ao voto e ao controle popular, seria confirmado o poder não apenas de intervenção negativa, mas de formulação positiva das políticas públicas.

Quem espera e exige que o Poder Judiciário tenha a prerrogativa e primazia na promoção positiva de políticas públicas deve, logicamente, preparar-se para esse novo modelo, *de tipo 2*. De minha parte, ao contrário do que muitos acreditam, mas com base no que ficou acima sugerido, suspeito que esse *modelo de tipo 2*, a longo prazo pelo menos, nos remeterá a um quadro de conformação institucional em que a cidadania tem muito a perder, e a Justiça muito pouco a ganhar.

⁵⁶ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1238-1240.

REPRESENTATIVIDADE E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

Tercio Sampaio Ferraz Junior⁵⁷

Para o senso comum jurídico, formado num conceito elaborado desde o século XIX, a existência de atos imperativos (vinculantes para toda a sociedade) decorreria, presumidamente, da exclusividade detida pela *constituição* enquanto organização do Estado. Esse senso comum tinha a ver com uma concepção teórica, constitucionalismo, enquanto uma inovação surgida no último quartel do Século XVIII⁵⁸. Nas suas características básicas estava a herança do Iluminismo, em que constituições foram percebidas como conjunto de normas reguladoras do exercício do poder político e na configuração do chamado Estado de Direito. Nos quadros do constitucionalismo tradicional, aquela imperatividade última de qualquer decisão vinculante (obrigatória para todos) decorreria do poder soberano enquanto um atributo constitutivo do Estado, que permeia e modela uma sociedade dentro de um território.

Havia, nessa percepção, um certo artifício. Muitos percebiam que esse poder não existiria antes e independentemente da sociedade, pois admitida essa tese teríamos de presumir um Estado que tivesse poder supremo mesmo na ausência de uma sociedade. Na verdade, um poder supremo pressupõe uma pluralidade de poderes reais e atuantes, diante dos quais o poder soberano seria qualitativamente diferente. Essa diferença qualitativa é que não deixava de ser um artifício: o poder soberano seria um poder que combina, centraliza e incorpora as capacidades da coletividade; ou, dito de uma forma paradoxal, o poder soberano é dotado de império não apenas porque é o poder de uma comunidade (soberania popular), mas, ao mesmo tempo, uma entidade é uma comunidade (povo) porque tem poder soberano.

Está aí presente o cerne da questão a ser discutida, centrada, assim, na representação popular, enquanto democrática, e na identidade que a fundamenta: o povo.

Regime representativo

⁵⁷ Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Professor titular da PUC-SP. Professor aposentado da Faculdade de Direito da USP e professor emérito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP-USP. Doutor em filosofia – Johannes Gutenberg Universität de Mainz (1968). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (1970). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de São Paulo (1964). Graduado em Filosofia Letras e Ciências Humanas pela Universidade de São Paulo (1964).

⁵⁸ Cf. Dieter Grimm: *The Achievement of Constitutionalism*, em *The Twilight of Constitutionalism?*, org. Petra Dobner e Martin Loughlin, Oxford, 2012, p. 3 ss.

O Brasil é uma república federativa, cuja Constituição (1988) foi promulgada pelos representantes do povo brasileiro.

No art. 1º, parágrafo único, lê-se: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O regime representativo significa que os poderes públicos se exercem por delegação. Exige-se, portanto, a distinção burocrática entre indivíduo e função, não atuando o cidadão investido em cargo público na qualidade de dono ou senhor do cargo, mas em nome e por conta de outrem.

À primeira vista, o enunciado parece claro. Mas há aspectos problemáticos que inevitavelmente merecem a atenção. Na verdade, não só o conceito de representação não é unívoco, mas também está conectado a um outro, do qual é inseparável e com o qual mantém relações ora compatíveis ora incompatíveis.

Trata-se do conceito de identidade política, isto é, sentimento de participação comunitária nas ideias, nas crenças e na vontade comum, a unir governantes e governados, que Rousseau expressou no seu conceito de *volonté generale* e que na Constituição se apresenta como o povo brasileiro.

Representação não é fórmula política unívoca. A esse respeito pode-se distinguir entre um antigo e um moderno sistema representativo.

O antigo corresponde à chamada representação estamental, própria dos monarcas absolutos e dos senhores feudais.

Trata-se da concepção ritualística da realeza, cuja legitimidade se baseava na herança transmitida pelo sangue. Assim como a terra de onde vem a seiva que alimenta as plantas, é o sangue que transmite o poder, donde as séries hereditárias que legitimam a autoridade. O rei é como o tronco da árvore, enterrada no solo, cuja seiva alcança e alimenta a todos. É o que permite ao monarca falar do *seu* povo.

O moderno é a representação burocrática referida acima, na qual se distinguem a representação nacional e a representação popular.

O conceito de representação nacional se enraíza na Revolução Francesa. Aí o Parlamento representa a *nação* como uma unidade indissolúvel, cada parlamentar sendo visto como um porta-voz e um intérprete do bem comum. Segue-se que, nesse modelo, o mandato conferido ao representante é livre, pois sua vinculação é com o todo da nação e não com os indivíduos nela agrupados, cujos interesses particulares, portanto, não entram em conta. Daí a presunção necessária do princípio da discussão livre, racional e pública no Parlamento, sob a égide do princípio da maioria.

Presume-se, nesse sistema, que o representante, para representar, tem de ter um valor próprio, uma dignidade e uma autoridade próprias, ou seja, as qualidades de um senhor e não de um serviçal. Por isso ele se distingue, no exercício do cargo, dos demais cidadãos, que exige distinções especiais, como a inviolabilidade civil e penal por opiniões, palavras e votos, a imunidade formal, o foro privilegiado etc.

Já representação popular se enraíza na Revolução Americana e postula, ao contrário da anterior, que o mandante não é um ente ideal, abstrato, como aquele consubstanciado na *nação*, mas o *povo* enquanto povo real, constituído de seus cidadãos ativos e que agem em grupos. Nessa concepção, o representante se atém não só e eventualmente, até mesmo não se atém ao interesse do bem comum genericamente concebido, mas está vinculado aos interesses particulares dos eleitores, razão pela qual a ação partidária é menos ideologicamente impregnada e mais interessadamente percebida, donde a presença de *lobbies* admitida e encorajada.

Nesse caso, a eleição adquire o caráter de mandato direto, perdendo o mandato livre a sua aura valorativa, sendo então, funcionalizado. As discussões de mérito legislativo, salvo temas de grande repercussão, não ocorrem no *plenum* do Congresso, deslocando-se para as comissões e até para o âmbito dos grupos sociais representados (as chamadas bases). A publicidade das decisões é obtida em termos de mídia massificada e o princípio da maioria se torna objeto de uma manipulação ou composição de interesses legitimamente admitidas.

Como se nota, nos dois tipos de representação, o papel do representado é diferente. Na representação nacional, quanto maior é a percepção de participação do indivíduo ou do grupo, mais frágil é o papel e o valor do todo. Na representação popular, a vinculação aos grupos de apoio é posta em relevo. Essa diferença, expressa pelas noções de mandato livre e mandato popular, o primeiro fundado num vínculo direto com a nação, o segundo, no indivíduo e no grupo, mostra que por de traz da representação está o problema de identificação entre governante e governados.

Trata-se do tema da identidade política. O tema é antigo e se reporta a Rousseau (distinção entre vontade de todos e vontade geral). Kelsen (*Wesen und Wert der Demokratie*) aí percebe a questão de definição do princípio democrático. “Democracia, diz ele, significa identidade de governante e governado, de sujeito e objeto do domínio, significa domínio do povo sobre o povo”. Identificação ou identidade entre governante e governado envolve, assim, o tema do *consenso* e sua obtenção, donde o problema da legitimidade da representação.

Embora representação e identidade sejam conceitos interligados e mutuamente referidos, é possível perceber que não são implicados na forma de uma justaposição. Assim,

uma crise na representação pode provocar uma ruptura na identidade e mostrar a assintonia dos conceitos. Veja-se, por exemplo, o que ocorreu na década de 60 do século passado, na Europa, no Japão e nos Estados Unidos, quando, em nome das exigências da identidade, a representação foi nitidamente posta em questão. Isso sucedeu sobretudo na famosa crise de maio de 1968, na França e, depois, em todo o mundo (no Brasil, inclusive), quando o regime representativo foi questionado em nome da “participação autêntica do povo”.

Percebe-se aí, do ângulo teórico, uma contraposição entre a chamada *democracia representativa* e democracia, por assim dizer, identitária (com o perdão do neologismo), pura e imediatamente consensual, controvérsia visível nas proclamações de insatisfação com a representação (nacional ou popular), em movimentos de massa que não são, necessariamente antidemocráticas, embora atinjam a legitimidade do regime.

No Brasil, cuja vida constitucional resulta de um amálgama entre o modelo da Revolução Francesa e da Revolução Americana, percebe-se, atualmente, que a identidade política implicada nessa noção difusa de povo/nação, parece deslocar-se para outras formas participação “representativa”, mediante o incentivo às iniciativas de movimentos de massa, crescendo em relevo o significados de organizações “da sociedade civil” em contraposição a “partidos”, como sociedades de bairros, distritos eleitorais, ou de entidades civis *ad hoc* (“Sem Terra”, “Sem moradia”) ou de profissionais (OAB, CFM), intensa participação da “imprensa livre” etc. Donde certa crise da legitimidade da representação. Com o favorecimento da participação midiática institucional e das redes sociais.

ENTRE OS NOVOS COMPORTAMENTOS SOCIAIS E AS VELHAS FERRAMENTAS REGULATÓRIAS: UMA ANÁLISE SOBRE A TRAJETÓRIA DA REGULAÇÃO DO UBER NAS CAPITAIS BRASILEIRAS.

BETWEEN NEW SOCIAL BEHAVIORS AND OLD REGULATORY TOOLS: AN ANALYSIS OF THE UBER REGULATION STORY IN THE BRAZILIAN CAPITAL CITIES.

Alceu Fernandes Neto⁵⁹

Data da submissão: 04/10/2017

Data da decisão editorial: 16/10/2017

Data da comunicação ao autor: 16/10/2017

RESUMO

A pesquisa analisa o processo de regulação do aplicativo UBER no Brasil. Através da técnica metodológica da Construção da Teoria Fundamentada, verificamos a trajetória da plataforma nas 27 capitais brasileiras e encontramos padrões regulatórios e sociais de modo a descrever como as autoridades do país estão enfrentando os desafios que esse cenário tecnológico impõe ao mercado dos transportes. Apontamos (i) comportamentos regulatórios nas cidades; (ii) a importância do poder judiciário e (iii) os problemas que ocorrem mesmo quando a empresa está regulada. Concluimos sobre a importância de uma regulação mais complexa que considere o serviço e não apenas o aplicativo.

Palavras-Chave: UBER; Economia Compartilhada; Regulação; Cidades Brasileiras, Construção da Teoria Fundamentada.

ABSTRACT

The research analyzes the process of UBER regulation in Brazil. We used the Construction of Grounded Theory to verify the trajectory of the platform in all Brazilian capitals. We've found regulatory and social standards capable of showing how the country's authorities are facing the challenges that this technological scenario imposes on the transport market. We point out (i) regulatory behavior in the cities; (ii) the importance of the judiciary and (iii) the problems that occur even when the company is regulated. We conclude on the importance of a more complex regulation that considers the service and not only the app.

Keywords: UBER; Sharing Economy; Regulation; Brazilian cities; Construction of Grounded Theory.

1 INTRODUÇÃO

⁵⁹ É graduando em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; Bolsista CNPq na modalidade de Iniciação Científica (2014 – 2018) e Iniciação Científica Tecnológica (2015 – 2018); É estagiário no Gabinete do Min. Edson Fachin, na Suprema Corte do Brasil (2016 – 2018); Foi estagiário no Ministério da Justiça do Brasil (2015 – 2016); Obteve menções honrosas no Prêmio IBRAC - TIM 2017 e nos 21º e 23º Congresso de Iniciação Científica do Distrito Federal (2015 e 2017); Pesquisador cadastrado nos grupos de pesquisa: Direito Sociedade Mundial e Constituição - DISCO; Laboratório de Estudos da Cidadania, Administração de Conflitos e Justiça - CAJU e Percursos, narrativas, fragmentos: história do direito e do constitucionalismo. Atua nas áreas de Epistemologia Constitucional; Teoria do Estado com ênfase em Direito e Política; Teorias da Democracia com ênfase no Controle de Constitucionalidade; Constitucionalismo Comparado, Globalização e Direitos Humanos.

Os esquemas jurídicos existentes têm enfrentado dificuldades em emoldurar o novo modelo econômico conhecido como economia compartilhada. No Brasil, a plataforma que intermedia e gerencia serviços de transporte UBER tem se beneficiado desse argumento para se esquivar das normas locais que regulamentam o setor de transporte individual urbano, majoritariamente dominado pelos táxis. Políticas regulatórias municipais têm surgido para comportar efeitos nesse nicho.

Passados três anos desde que chegou o país, a plataforma digital já alcançou todas as capitais brasileiras e em cada uma delas têm causado fortes impactos sociais, econômicos e políticos. Nesse sentido, parece importante entender como cada cidade tem enfrentado os desafios regulatórios que aparecem nesse cenário. Seja porque (i) o UBER é a empresa que mais representa esse modelo econômico e por isso a regulação destinada a ele deverá repercutir em situações análogas; (ii) seja porque o caráter expansivo da economia compartilhada demanda uma compressão completa dos dados a fim de que Estado atue de maneira estratégica na regulação ultrapassando problemas anteriormente existentes; ou ainda (iii) porque, o ambiente demanda alternativas eficientes capazes de preservar os direitos constitucionais que lastreiam a ordem econômica brasileira, mas com a preservação e o estímulo a inovação e para isso é preciso conhecer os processos regulatórios que têm sido fomentado.

O problema de pesquisa, que gira em torno da regulação do UBER nas capitais brasileiras, será enfrentado sob a seguinte estrutura: em primeiro lugar a pesquisa deverá, por meio de uma revisão de literatura, identificar o que tem se compreendido como economia compartilhada e porque esse modelo tem sido considerado uma inovação a ponto de contestar a legislação vigente. Em segundo plano, verificaremos quais as soluções regulatórias que as cidades brasileiras têm apontado no caso do aplicativo UBER. As cidades escolhidas foram apenas as capitais. Categorizaremos e descreveremos essas soluções apresentando as vantagens, desvantagens e consequências dessas regulações, destacando as principais questões. Também investigaremos o percurso e os impactos sociais que o aplicativo tem causado nessas cidades.

Os resultados permitirão indicar a trajetória do UBER no Brasil, para a partir desse ponto perceber como o poder público reage diante de inovações como essas. Não se pode esquecer que a trilha da economia compartilhada cada dia toma rumos novos e não parece estratégico enfrentar essas inovações ignorando as transformações sociais que elas representam.

Assim, esse trabalho é dividido em quatro partes. Após a metodologia e a revisão bibliográfica, trazemos os resultados e discussões e por fim, temos algumas reflexões conclusivas.

2 METODOLOGIA

Esse relatório apresenta resultados de uma pesquisa desenvolvida sobre o processo de regulação da empresa de tecnologia UBER, no Brasil. Essa pesquisa se interessa, enquanto campo, pelas capitais brasileiras. Essa escolha se lastreia em três critérios gerais. (1) Critério de representatividade espacial-cultural: pesquisar capitais garante uma amostragem qualitativa de todos os estados brasileiros, para uma investigação mais precisa que leve em consideração possíveis discrepâncias sócio-regionais. Uma pesquisa por todas as unidades da federação é capaz de retratar diferentes perspectivas regulatórias levando em consideração grande parte das diferenças sociais existentes no Brasil. (2) Critério de comparação temporal: O UBER chegou às cidades pesquisadas em tempos e estágios diferentes. Assim, a pesquisa pode avaliar se os processos mais recentes são influenciados pelas trajetórias anteriores, e quais os níveis dessas influências. E se é possível observar um padrão seguido nos percursos regulatórios. (3) Critério de relevância local: em tese, regras instituídas nas capitais tendem a repercutir nos municípios próximos e contíguos pois juntos formam um só complexo urbano ou região metropolitana.

A pesquisa foi tematizada sob o aspecto de três variáveis de análise: [processo social]; [justiça e poder judiciário] e [normas regulatórias]. O processo social foi investigado por meio do

levantamento e análise de 347 reportagens, disponíveis na internet, sobre o UBER em cada uma das 27 capitais. Essas reportagens derivaram as informações para localizar decisões judiciais e as opções regulatórias. A partir dessa primeira leitura, fui em busca das fontes primárias. Através do website dos tribunais de justiça locais, localizei as decisões judiciais pertinentes e por meio dos diários oficiais dos municípios, encontrei as leis e/ou decretos instituídos com a finalidade de regular o aplicativo.

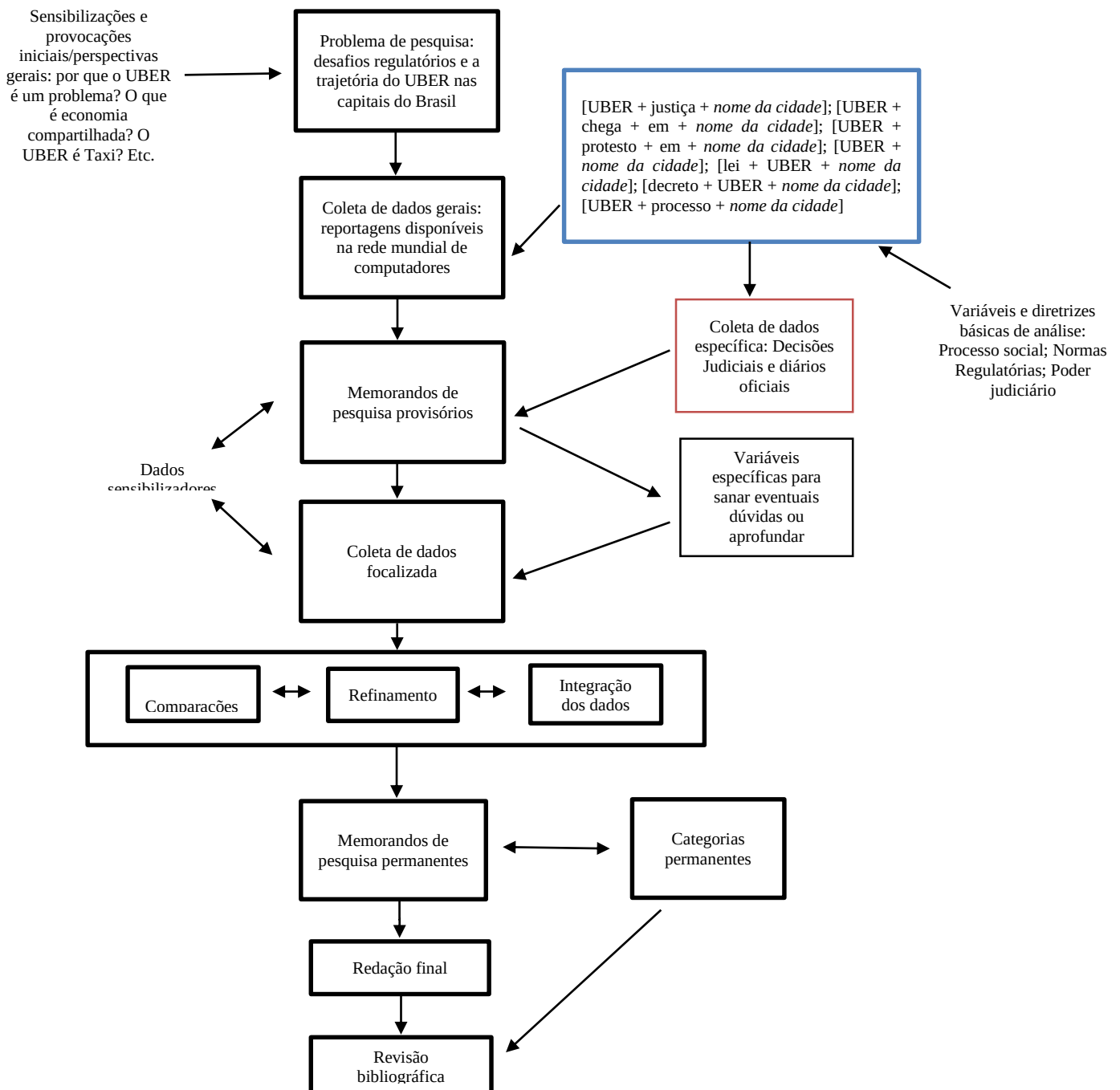
A técnica empírica utilizada para a análise das reportagens, sentenças e regulamentos se baseou na Teoria Fundamentada como sugere Kathy Charmaz (2009). A lógica dessa técnica consiste em um processo gradual, mas não linear, que se inicia com a coleta de dados e se encerra com o relatório final. A abordagem específica aqui utilizada foi a análise textual. Como forma predominantemente empírica-qualitativa, nesse cenário não há hipóteses, mas apenas um problema claro de pesquisa. A inexistência de hipóteses se justifica pelo fato de o pesquisador procurar suas categorias a partir da análise, sem as intenções ou vieses bem definidos. Os dados depurados trarão os conteúdos que serão selecionados conforme o estudo se amplia. O problema de pesquisa gravita sobre o processo de regulação do aplicativo UBER. Assim, obedecendo o que sugere Charmaz (2009) em primeiro lugar deve-se realizar a coleta de dados relevantes. A fonte primária desses dados foram reportagens disponíveis da rede mundial de computadores. As primeiras variáveis colocadas nos mecanismos de busca para encontrar os conteúdos foram [UBER + justiça + nome da cidade]; [UBER + chega + em + nome da cidade]; [UBER + protesto + em + nome da cidade]; [UBER + nome da cidade]; [lei + UBER + nome da cidade]; [decreto + UBER + nome da cidade]; [UBER + processo + nome da cidade]. A partir desses resultados foram feitos bancos de dados que resultaram em cinco categorias temáticas provisórias divididas em cada capital: [vínculo entre o motorista e a empresa]; [o que acontece após a regularização]; [o mercado ficou saturado]; [a empresa a lei proibitiva/restritiva]; [trajetória legal]. Quando as reportagens revelavam existência de normas (leis/decretos) ou decisões jurisprudenciais íamos nos arquivos dos Tribunais de Justiça dos estados, bem como nos diários oficiais municipais para ter acesso aos documentos in natura. Assim, também fiz um banco de dados legislativo e jurisprudencial que não foram categorizados, apenas arquivados por cidade, esses dados estão sendo trabalhados para um segundo volume que abará especificamente a relação entre o poder judiciário e a regulação neste caso, um pouco dessas primeiras perspectivas podem ser vistas, todavia, nas discussões deste relatório.

Essas categorias temáticas se tornaram os primeiros memorandos onde os dados sensibilizadores, isso é aqueles que despertaram meu interesse, passaram a ser depurados. Sem conceitos claros procurei selecionar situações que divergiam do cotidiano como: o desrespeito da empresa as regulações restritivas, a interferência do ministério público e da defensoria pública nas ações favoráveis ao aplicativo, os protestos dos motoristas parceiros, o argumento dos juízes nas sentenças e decisões que tive acesso e também porque as autoridades municipais passavam de restrição para autorização?

Em seguida fiz uma nova coleta de dados com o objetivo de sanar ou aprimorar aspectos específicos como a migração de motoristas de uma cidade para outra, a saturação nos mercados, os caminhos escolhidos por cada Tribunal de Justiça para solucionar a questão entre outras provocações que surgiram das primeiras análises.

Após o refinamento da pesquisa, os memorandos provisórios foram reduzidos a três permanentes que foram: [PROCESSOS: DO INGRESSO DO UBER ATÉ A REGULAMENTAÇÃO]; [A REGULAÇÃO NÃO É O FIM DOS PROBLEMAS]; [O PODER JUDICIÁRIO É O GARANTIDOR DO UBER NO BRASIL]. Ali eu uni as informações das cidades, realizando comparações entre os dados coletados o que resultou na redação do manuscrito. Apenas após esse processo é que realizamos a revisão bibliográfica de modo a explicitar quais os nossos pontos de partida e qual o caráter inovador do trabalho que segue.

2.1 MAPA METODOLÓGICO⁶⁰



3 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Em função dos intensos impactos causados na agenda econômica mundial (EUROPEAN COMMISSION, 2016; DAVISON; INFRANCA, 2016), a Economia Compartilhada (Sharing Economy) se tornou um dos tópicos mais relevantes do ambiente regulatório (KATZ, 2015; COHEN; ZEHNGEBOT, 2014). Com algumas variações (MARTENS; CODAGONE, 2016), a metodologia dessa transição comercial consiste na aquisição ou troca de bens e serviços entre

⁶⁰ Consulte esse mapa para entender, interpretar e replicar essa pesquisa em outros municípios/regiões do Brasil ou do mundo. Inspira-se no quadro sugerido por Charmaz (p. 27, 2009)

pares (pessoas ou empresas) por intermédio de uma plataforma digital (DUBOIS, et al, 2014). Esse modelo exige, portanto, (a) a existência de um intermediador, um provedor, hospedado na rede mundial de computadores; (b) dois atores, ofertante e demandante, que interagem por meio da plataforma; (c) a diminuição dos custos de transação⁶¹ (BOTSMAN; ROGERS, 2010). Em função do caráter inovador, a economia compartilhada frequentemente tem sido considerada um caso típico de disrupção (KAPLAN, 2014). Exatamente por essa área de incerteza, haveria um desafio aos Estados na regulamentação dessas iniciativas (SHANNON, 2014)⁶². Já que uma norma a fim de regular a economia compartilhada deverá enfrentar inúmeros aspectos específicos nas áreas de flexibilização de normas laborais (DEPILLIS, 2014; FRAZÃO, 2016), interação com o ambiente concorrencial (COHEN; ZEHNGEBOT, 2014), fixação de tributos (DICKERSON; SYLVIA, 2014), delimitação da responsabilidade dos aplicativos e dos prestadores de serviço (KOOPMAN; MITCHELL; THIERER, 2014) e isso tudo sem criar bloqueios à inovação e ao desenvolvimento tecnológico (RANCHORDÁS, 2015). Tamanha a complexidade do tema, tem se defendido que as respostas mais adequadas estariam relacionadas a autorregulação do setor (COHEN; SUNDARARAJAN, 2015).

O universo não adequadamente definido e estruturado (DERVOJEDA et al, 2013) da Economia Compartilhada comporta aplicativos dos mais diversos (SCHOR, 2014). Alguns são, de fato, mobilizados pelo ideal do compartilhamento, sendo o lucro uma questão secundária (ORSI, 2013). Há outros, no entanto, que são verdadeiras empresas multinacionais altamente especializadas atuando nichos econômicos específicos (LUBIAN, 2015; KOOL; KULP, 2015). Esse último formato tem recebido muitas críticas (MALHOTRA; VAN ALSTYNE, 2014), sendo a mais contundente a de que na verdade algumas plataformas intermediadoras estariam utilizando o argumento teórico do compartilhamento para, na prática, oferecer serviços tradicionalmente regulados, sem se submeter a devida disciplina legal em função do suposto aspecto disruptivo (FRAZÃO, 2017). Esse cenário descreve, em síntese o contexto do aplicativo UBER (NOWAG, 2016; TOLLINI, 2016). A empresa fundada na Califórnia, que conecta passageiros e motoristas por meio de um aplicativo que funciona por georreferenciamento, está presente em 720 cidades de 84 países no mundo⁶³. Na maior parte deles tem causado conflitos sociais de todas as ordens (CRAGGS, 2017), destacadamente por

⁶¹ Em linhas gerais, a diminuição dos custos de transação ocorre pelo fato de que as plataformas funcionam como depositárias, fiadoras da confiança dentre os seus usuários. O aplicativo é quem administra um complexo sistema de ranqueamento capaz de encorajar desconhecidos a celebrar contratos de trocas, compra-venda, serviços sem a necessidade de um aparato regulatório estatal (SUNDARARAJAN, 2012). Esse paradigma, teorizado por Coase (1937) pode ser sintetizado como “lastro garantidor e fomentador do mercado”. Negócios custariam mais caros ou não existiriam se não houvesse diminuidores de custos de transição. Portanto os agentes realizam negócios que provavelmente não se concretizariam se não houvesse a intermediação da plataforma digital. Seja porque, por um lado, ela conecta a oferta e a demanda, encontrando potenciais clientes e fornecedores, seja porque, por outro, ela sedimenta a relação entre eles. Esse processo não foi imediato. Durante duas décadas, entre os anos 90 e 00 o amadurecimento das redes sociais, da evolução tecnológica, a aceleração da internet e a disseminação dos smartphones e tablets contribuíram para essa conjuntura (LAMBERT, 2014). Daí é possível se inferir que não foi apenas uma questão que fomentou a economia compartilhada, senão um conjunto de fatores atuando associadamente (SCHOR, 2014).

⁶² Determinar se tecnologias por compartilhamento podem ser consideradas como modelos disruptivos não tem sido uma tarefa simples. Em primeiro lugar pela indeterminação do conceito em si. Em segundo pela existência de vários modelos, com vários centros de atividades, sendo operadas sobre o guarda-chuva da economia compartilhada e, em nossa opinião, porque a cada dia empresas multinacionais, notadamente o UBER e o AIRBnB têm se aproximado mais das atividades comerciais já reguladas, que em questão são as atividades de transporte individual de pessoas e hotelaria (FRAZÃO, 2017). Mesmo assim, genericamente, boa parte dos estudos anteriores a massificação desses aplicativos, quando eles ainda não tinham demonstrado efeitos danosos tendiam a considerar todo o modelo como uma disrupção tecnológica e regulatória (RANCHORDÁS, 2015).

⁶³Dados disponíveis no próprio site da empresa: <https://uberestimator.com/cities>

ingressar no burocrático e regulado mercado de transporte individual, geralmente destinado a taxistas (DEMARY, 2014).

A proposta tem sido elogiada, em parte, por fomentar empregos, promover benefícios e externalidades ambientais, em função de uma modalidade de comércio sustentável, alimentar a competitividade do mercado, diminuindo os preços e ampliando a variedade naquele setor econômico (STEMLER, 2016). Por outro lado, avaliações mais negativas apontam que o aplicativo se furta da legislação em vigor de modo a flexibilizar de maneira indesejável possíveis relações empregatícias. Além disso, a metodologia operacional da plataforma poderia estar mascarando práticas concorrenciais desleais (FRAZÃO, 2016a). Em todo caso, a tensão competitiva entre UBER e Taxistas provoca os Estados a reavaliação do sistema regulatório para comportar as complexidades que envolvem o caso. O grande desafio que se coloca é o de criar normas regulatórias que sejam, em parte, rígidas o suficiente de modo a proteger as redes de táxis existentes e preservar direitos fundamentais nas áreas trabalhistas e consumeristas e, em parte, flexível de maneira a estimular a inovação e a liberdade do mercado. Tudo isso com um certo grau de justiça tributária (OEI; RING, 2016).

Algumas tentativas de regulação começam a aparecer em âmbito internacional (LEAPHART, 2016), impulsionadas pelo estado da Califórnia, nos Estados Unidos que foi o primeiro a redefinir o setor (PFEFFER-GILLET, 2016). Assim, enquanto uma parte da literatura tem se ocupado em sugerir modelos, parâmetros e mesmo princípios à regulação do UBER (MILLER, 2015) a outra tem buscado comparar reações regulatórias que tem sido produzida pelos governos de cidades globais (DE PAULA; ZANATA; ZIRA, 2015). Inspirado nesse contexto, a nossa análise tem o objetivo de descrever o processo de construção do modelo brasileiro de regulação do UBER e, conseqüentemente, dos demais aplicativos concorrentes análogos. Embora haja pesquisas consistentes sobre alguns cenários específicos do país (RIBEIRO, 2016), ainda não há uma investigação mais abrangente que busque demonstrar como vários entes federativos espalhados por todo território nacional tem respondido aos problemas colocados. Essa lacuna é o nosso foco. A nosso estudo se destina a uma descrição das alternativas regulatórias que as cidades brasileiras têm utilizado.

Ao direcionar uma observação analítica para o estudo descritivo, este trabalho amplia dados existentes sobre a evolução da trajetória do UBER no país e destaca os principais eventos sociais em torno do ciclo do aplicativo. A exploração acadêmica chama atenção ainda para a importância do judiciário nas modulações regulatórias adotadas nos locais estudados. A maior parte da análise se preocupa com a trajetória social, exatamente porque não encontramos pesquisas que estabeleçam conexões capazes de criar um sistema de previsão. Ter um consistente sistema de dados amparados no fato social auxilia não só a compreender o fenômeno, como encontrar as melhores soluções adaptativas para as questões futuras. Nesse ponto reside nosso caráter inovador.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

4.1 PROCESSOS: DO INGRESSO DO UBER ATÉ A REGULAMENTAÇÃO

A contabilidade mais recente aponta que o Brasil é o segundo maior centro de operações do UBER no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos em volume de negócios (BRIGATTO, 2017). No país, essa expansão ocorreu de maneira estratégica e gradual. Primeiramente a empresa disponibilizou o serviço às capitais mais populosas e somente após algum nível de estabilização regulatória, se estendeu aos menores centros urbanos. O processo, iniciado no boom dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro (RJ) em 2014, demorou pouco mais de 3 anos e se completou no dia 28 de junho de 2017 quando a plataforma chegou na última das capitais, Macapá (AP). Em função dessa descontinuidade, pode-se dizer que em algumas cidades a

trajetória do aplicativo iniciou antes mesmo do efetivo funcionamento. Nos municípios de Maceió (AL), Belém (PA), Macapá (AP), João Pessoa (PB) e Teresina (PI), os poderes legislativos locais estabeleceram normas restritivas ao UBER, antecipadamente, a fim de impedir seu ingresso e consequente funcionamento em suas jurisdições. Entretanto essa precaução se mostrou inútil uma vez que a empresa adentrou nos territórios, ainda que à margem das leis locais. Esse contexto apenas evidenciou uma das características mais marcantes do UBER no Brasil, o desafio às autoridades regulatórias municipais.

A análise dos dados reunidos na pesquisa destaca que a regulamentação do UBER ocorreu de forma variada, conforme as forças tecnopolíticas e sociais de cada uma das cidades. Nesse campo bastante instável poucas conclusões puderam ser generalizadas, mas uma delas merece destaque: o poder público brasileiro não conseguiu deter o aplicativo, a pesar dos inúmeros esforços fiscalizatórios, legais e judiciais. Nesse ponto deve-se ressaltar que nas 27 capitais houve registro de alguma ação estatal visando proibir o serviço.

O insucesso pode ser justificado por duas razões mais genéricas. A primeira delas é que o UBER não deixa de funcionar porque está proibido. O setor jurídico da empresa exerce sua própria interpretação sobre a constitucionalidade dessas normas. Alega que regulamentações que venham proibir ou restringir drasticamente o serviço são inconstitucionais. Segundo as notas divulgadas, essas ações atentam contra a ordem econômica e ao princípio da livre iniciativa. Além disso, supostamente ferem a Política Nacional de Mobilidade Urbana, instituída através da lei 12.587/2012. Essa justificativa é reproduzida pela assessoria de comunicação da empresa quase que como uma

Tabela 01: Fases de ingresso do UBER nas cidades do Brasil
FONTE: da própria pesquisa

	CAPITAIS BRASILEIRAS	QUANTIDADE
1ª Fase (2014-2015): Ingresso do Aplicativo UBER no Brasil	Rio de Janeiro (RJ); São Paulo (SP); Belo Horizonte (MG); Porto Alegre (RS); Brasília (DF)	5
2ª Fase (2016): Consolidação e expansão	Maceió (AL); Salvador (BA); Fortaleza (CE); João Pessoa (PB); Recife (PE); Teresina (PI); Natal (RN); Aracaju (SE); Goiânia (GO); Cuiabá (MT); Campo Grande (MS); Vitória (ES); Curitiba (PR); Florianópolis (SC)	14
3ª Fase (2017): Expansão final	Rio Branco (AC); Manaus (AM); Belém (PA); Porto Velho (RO); Palmas (TO); Boa Vista (RR); Macapá (AP); São Luiz (MA)	8
Total do número de capitais		27

fórmula. Por isso, independente de fiscalizações, apreensões e multas, permanece em funcionamento. Nesse contexto, a força da empresa foi lastreada ao longo dos três anos através de poderosos mecanismos de marketing associados a pareceres jurídicos favoráveis ao serviço⁶⁴.

A segunda razão está na intensa judicialização do processo regulatório. Em 20 capitais, o poder judiciário se pronunciou sobre assunto. Apenas em Palmas (TO) e Teresina (PI) permanecem

⁶⁴ Dentre os pareceristas, encontram-se: SARMENTO, Daniel. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. **Parecer**. Rio de Janeiro: Daniel Sarmento Adv, 2015; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Parecer**, Coimbra, 26 de out. de 2015. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> > acessado em 23 de abril de 2017.

decisões que aderem as opções regulamentares restritivas propostas pelos poderes executivo e legislativos. Outra conclusão possível – que será discutida posteriormente – é que no Brasil o UBER só está em funcionamento porque o poder judiciário é seu garante.

O que ficou patente é que vencidos pela justiça, pela pressão social ou pela ineficácia das proibições normativas, os órgãos municipais acabam reeditando normas permissivas até que o aplicativo possa funcionar quase livremente, sem imposições regulatórias. Em Campo Grande (MS), 3 decretos foram editados em poucos meses suavizando as limitações impostas pela prefeitura. Ainda assim, a câmara daquele município já estaria negociando projetos de leis mais abertos para substituir as regras administrativas. Em Vitória (ES) e Brasília (DF) leis duras e restritivas foram aprovadas, mas vetadas pela prefeitura e pelo governo distrital. No município de São Paulo, a Lei 16.279/2015, que proibia o aplicativo, foi declarada inconstitucional em 2016 e logo deu espaço à regulação por meio de decreto da prefeitura que embora permitisse o aplicativo também impunha alguns efeitos fiscalizatórios, mas eles permaneceram suspensos por liminar até maio de 2017.

Por um lado, não se pode negar a benéfica aquisição para o direito regulatório brasileiro de momentos institucionalmente dialógicos. A completa interrupção do serviço, como buscaram todas as cidades, poderia ter efeitos colaterais nocivos ao mercado, ao direito do consumidor, a livre iniciativa e ao incentivo à inovação. Assim, uma reavaliação institucional que busque compatibilizar o aplicativo com o sistema existente, buscando comportar os interesses, ao invés de suprimir um a outro, parece incorporar melhor a complexidade da inovação conservando as externalidades positivas do processo. Afinal, nesse ambiente de indústrias inovadoras e modulares, o ambiente regulatório tem que aprender a lidar com um espaço de grandes restrições, já que os antigos mercados, integrados verticalmente, passam a se desagregar criando zonas difíceis de prever, o que dificulta a implementação de uma regulamentação que garanta melhor os comportamentos dos agentes econômicos (BROUSSEAU; GLACHANT, 2011, p. 47).

Porém, não se pode deixar de questionar os procedimentos do UBER, quanto ao descumprimento das leis ainda vigentes. Se a empresa pode acionar o poder judiciário ou mesmo pressionar os poderes executivos e legislativos através de mecanismos democráticos, o que supostamente legitimaria o descumprimento das normas que ela considera inconstitucionais? Nesse mesmo contexto, como uma jurisdição poderia se compreender enquanto soberana, caso todas as vezes que um agente empresarial entendesse que determinado ato por ser inconstitucional não deve ser cumprido? Esse é o cenário atual do UBER no país. A empresa não considera a soberania e a competência municipal quando esta vai em desacordo com os seus interesses. Em grande medida essa ação fomenta anomalias no mercado, relacionadas a igualdade competitiva. Por que o UBER pode ignorar os atos do Estado e outras empresas não? Se há mecanismos institucionais legítimos para contestar a validade e a constitucionalidade de uma norma, a empresa deve, na verdade seguir os parâmetros e rituais que todos estão submetidos, não simplesmente ignorar um fundamento do Estado Moderno, que é a presunção de validade e constitucionalidade dos seus atos, bem como a imperatividade de suas ações. Cabe destacar que nessa rede de conexões apenas a empresa acaba tendo o direito de interpretar a Constituição à sua forma. Os motoristas individualmente considerados, ainda que se apropriem do idêntico discurso, não têm os mesmos recursos da multinacional e por isso tem seus automóveis apreendidos. Em São Luís (MA), até o dia 30 de agosto de 2017, quando a lei nº 429 foi declarada inconstitucional, o UBER era considerado irregular. A empresa nunca deixou de funcionar naquele município, mas os motoristas-parceiros eram multados e tinham seus carros apreendidos pela fiscalização. As medidas sancionatórias, nesse caso, eram suportadas justamente sobre o elo mais fraco, que não dispunha condições sociais e econômicas para questionar a Constitucionalidade da lei local.

De qualquer forma, isso demonstra que as administrações públicas não têm encontrado respostas adequadas para esse fenômeno e insistem em realizar as mesmas práticas, que para esses casos se mostram ineficientes. Frequentemente motoristas vinculados ao UBER são intitulados como piratas, em alusão aos transportes irregular de passageiros existente há muito tempo nas grandes cidades do Brasil. Mamani (2004) detecta a informalidade nos transportes como um traço marcante das cidades brasileiras na década de 90. Vans e carros populares e mesmo motocicletas fazendo chamadas nos pontos de ônibus, já algum tempo disputam um cenário marginal na mobilidade urbana. O controle, até a chegada da carona paga pelo intermédio dos aplicativos, sempre esteve associado molduras binárias simplórias: formal-informal, legal-ilegal. Utilizando esses padrões, as secretarias de transporte municipais realizavam operações rotineiras, apreendiam alguns transportes alternativos e sentia-se de alma lavada. O problema em si não estava resolvido. Mas quem se importava? Entretanto o contexto não é mais o mesmo. A capilaridade social promovida pelo UBER, associada as facilidades tecnológicas e a disseminação do smartphone, criou um problema mais amplo que não se mostra solucionável apenas com legislações completamente restritivas, tampouco com fiscalização esporádica.

4.2 A REGULAÇÃO NÃO É O FIM DOS PROBLEMAS

O nascimento da economia compartilhada está associado a crise econômica global propagada em 2008. Aquele foi o cenário ideal para reavaliações no comportamento de consumo. Do lado da oferta, havia recursos ociosos no mercado, incluídos aí o tempo e a mão de obra – muitas vezes desempregada – à prestação de serviços. Em relação a demanda, os consumidores se mostravam estimulados pelo preço competitivo e encorajados pelo sistema de autorregulação e ranqueamento, característicos desse setor (SCHOR, 2014). Considerando a perspectiva brasileira, a crise econômica, agravada pela crise política, foi solo fértil para a proliferação do UBER, especialmente porque a flexibilização laboral que existe na relação entre motorista e o aplicativo facilitou o acesso rápido a algum nível de renda, mitigando para muitas pessoas o índice de desemprego que chegou ao patamar histórico de 12% no ano de 2017. Assim, é crescente o número de usuários que utilizam a função motorista-parceiro como meio principal de renda, não mais como mero complemento financeiro. É possível conectar esse raciocínio com um fato que tem tomado relevância no cenário pós-regulação: o protesto dos motoristas-parceiros contra o próprio aplicativo.

Independentemente de estar regularizado ou não, é possível verificar que motoristas vinculados ao aplicativo passaram a reivindicar demandas da multinacional. Os protestos se concentram basicamente em três pleitos principais (i) renegociação das tarifas e dos valores pagos à empresa pelo serviço de intermediação;⁶⁵ (ii) o pedido para que sejam limitados os números de novos motoristas cadastrados, já que em muitos centros urbanos a oferta estaria mostrando pontos de saturação, barateando os preços e consequentemente diminuindo a margem de lucro dos motoristas, que passam a trabalhar mais tempo para manter a estabilidade dos rendimentos; isto é que haja uma regulação sobre a quantidade da oferta⁶⁶ e (iii) o fortalecimento de políticas de segurança mais rígidas, que podem ser implementadas através da seleção mais criteriosa de novos usuários demandantes⁶⁷.

⁶⁵ Identificamos essas tendências nas seguintes cidades: Salvador (BA); Teresina (PI); Brasília (DF); Goiânia (GO); Cuiabá (MT); São Paulo (SP); Belo Horizonte (MG); Porto Alegre (RS)

⁶⁶ Identificamos essas tendências nas seguintes cidades: Fortaleza (CE); São Luís (MA); Curitiba (PR); Brasília (DF)

⁶⁷ Identificamos essas tendências nas seguintes cidades: Curitiba (PR); Goiânia (GO); Recife (PE); João Pessoa (PB)

O que se verificou é que a tendência é que esses protestos passem a ocorrer fomentados através de instituições associativas. Foram encontradas quatro associações que representam o setor, a Associação dos Motoristas Parceiros das Religiões Urbanas (AMPARU), Associação dos Motoristas por Aplicativos (AMPA), a Associação dos Motoristas de Aplicativos de Mobilidade Urbana (AMU-CG) e a Associação Paraibana dos Motoristas e Transporte Privado Individual. Esses protestos evidenciam efeitos colaterais que desestruturam o modelo do UBER enquanto parte de um sistema de economia compartilhada. Isso porque os motoristas-parceiros estão reivindicando a revisão pilares fundamentais como a irrestrita liberdade de ingresso no sistema e o preço modulado pela conexão dinâmica entre oferta-demanda.

Com efeito, o fato da empresa concentrar a maior parte das atividades financeiras cria o aspecto de que a relação na cadeia Uber-Motorista é bastante verticalizada, já que quem dirige não pode estabelecer os preços e nem mesmo tem sido chamado a negociá-lo. Apenas deve acatar e repassar os valores tabelados. Esse é um fator questionador do grau de autonomia entre as partes nessa relação e que motiva argumentos que buscam qualificar tal interação como uma relação de emprego dissimulada (FRAZÃO, 2017). Porém, a resposta reiterada da empresa é que ela é uma mera intermediadora, sendo que os motoristas parceiros devem ser encarados como clientes, assim eles optam por utilizar a plataforma ou não (LUBIAN, 2015, p. 20). Em outras palavras, quem não estiver satisfeito que não utilize o aplicativo. É de se mensurar se um modelo com um nível tão baixo de proteção é desejável e compatível com os princípios da valorização do trabalho humano e a existência digna que norteiam a ordem econômica brasileira conforme o art. 170 da Constituição.

Das 27 cidades pesquisadas, 20 possui alguma forma de regulação. Em apenas 3 delas, Brasília (DF), São Paulo (SP) e Vitória (ES) o aplicativo não tem grandes problemas restritivos ou opera normalmente sem atual presença do poder judiciário. Assim, o protesto dos motoristas parceiros, que em um primeiro momento é utilizado para adquirir o direito de ter o aplicativo regulado, funciona em um segundo instante como ferramenta de mobilização coletiva em prol de condições mais favoráveis no serviço. Independentemente da existência de regulação, os conflitos sociais permanecem. Seja porque os taxistas continuam insatisfeitos, seja porque os motoristas parceiros se percebem como sujeitos no processo e passam a pleitear melhores condições de trabalho.

A conclusão é de que regular não pacifica. Por quê? Ocorre que todas as 20 regulações, se atentam em sanar um único problema: a concorrência entre UBER e taxi de maneira superficial e localizada. Frequentemente os taxistas pedem que o aplicativo seja equiparado aos taxis, isso é, sejam gravados de burocracia. Legislações extremamente restritivas como a de Campo Grande (MT) que exige o pagamento de impostos retroativos ou a de Maceió (AL) que obriga o pagamento de uma taxa de R\$ de 120,00 mensais, se mostram ineficazes porque buscam comparar um serviço a ao outro. Em nenhuma das 27 cidades foram propostas formas de modernização regulatória dos taxis, para que eles possam oferecer preços mais competitivos. Ao contrário, em Porto Alegre (RS), durante o processo de construção normativa, se cogitava a existência de uma placa vermelha. A gestão de São Paulo (SP), nessa mesma tela, quer exigir que os motoristas se enquadrem em regras de vestimentas, dando espaço para exigências que descaracteriza ainda mais o modelo de compartilhamento. Essas regras são problemáticas especialmente para os usuários que de fato utilizavam o serviço nos moldes da economia compartilhada. Se bem estejamos observando parcela considerável parte dos motoristas tenham no UBER uma relação quase que empregatícia, por outro lado, não se pode esquecer que há pessoas que utilizam o aplicativo apenas de maneira eventual, esporádica, para complementar a renda ou descolar um trocado para o fim de semana. Essas pessoas, por exemplo, não têm espaço nessas regulações.

Porto Alegre (RS) é o cenário padrão da trajetória de normatização do UBER. Em geral, o executivo municipal envia um projeto de lei para o legislativo. Aprovado, o projeto é convertido

em lei, retorna à prefeitura para ajustar detalhes através de decretos. Florianópolis (SC) deve seguir um caminho parecido. Essa parece uma boa saída institucional, pois une os poderes legislativo e executivo e, ao mesmo tempo que cria uma lei genérica dando anteparo para normas conjunturais e flexíveis do poder executivo. Mesmo assim, a discrepância do que ocorre em cada território não é favorável, especialmente porque regiões metropolitanas, que não foi objeto do nosso estudo, concentram um grande número de unidades municipais. É possível que venha existir, se é que já não existem, cidades contíguas com regulamentações completamente opostas. Esse caso criaria um caos regulatório, onde um motorista poderia estar legalizado e alguns minutos depois ter seu carro apreendido ou multado porque entrou em na jurisdição vizinha. Exatamente por esse motivo, a existência de uma lei federal dando diretrizes principiológicas e atribuindo competências específicas seria uma solução adequada para minorar essas discrepâncias.

Também não encontramos nas discussões, debates claros sobre a importância do modelo do aplicativo para a mobilidade urbana. Apesar de se notar a existência de debates públicos em torno da regularização, os temas giram em torno da discussão sobre a rivalidade entre os prestadores de serviço. Questões importantes como novos modelos de mobilidade, sustentabilidade, fruição da cidade não tem sido pautadas, com exceção das audiências ocorridas na capital paulista.

4.3 O PODER JUDICIÁRIO É O GARANTIDOR DO UBER NO BRASIL

Não há como negar a importância do poder judiciário no processo de regularização do UBER no Brasil. Das 27 cidades pesquisadas, em termos regulatórios 20 delas tentaram regularizar o serviço e todas elas foram diretamente influenciadas pelo poder judiciário. A maior parte desse número está localizado no Nordeste. Na região, todas as capitais tiveram interferência de juízes.

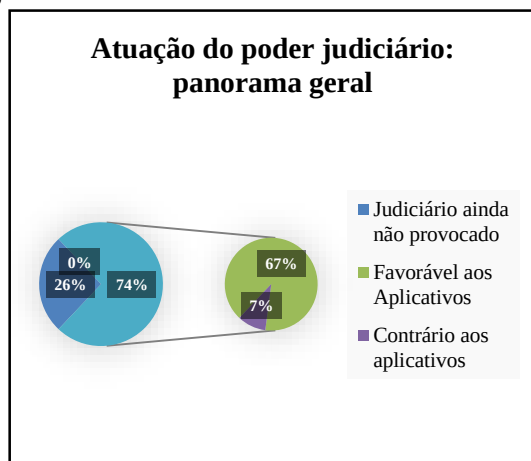


Gráfico 01: Atuação do poder judiciário: panorama geral

FONTE: da própria pesquisa

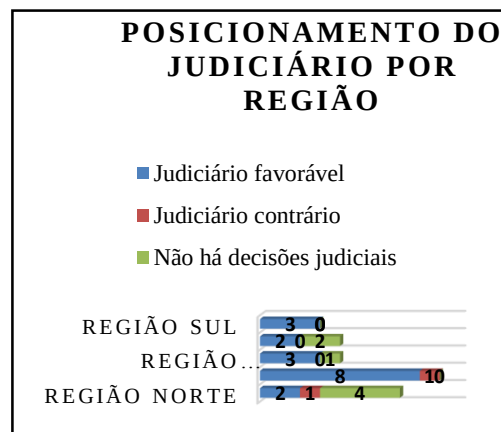


Gráfico 02: Fases de ingresso do UBER nas cidades do Brasil

FONTE: da própria pesquisa

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (RJ) é o epicentro desse ativismo em prol da tecnologia. O Rio foi a primeira megacidade brasileira que declarou uma lei municipal restritiva sem efeitos. Essa decisão aparece como base para diversas outras sentenças, como aquelas proferidas por juízes das comarcas de Fortaleza (CE) e Curitiba (PR). Três argumentos centrais parecem guiar os juízes (i) livre iniciativa econômica, (ii) livre iniciativa laboral e (iii) o serviço oferecido pelo UBER não se confunde com aquele prestado pelo táxi.

Diferente do que possa parecer a priori, a empresa não é sempre o polo ativo nas ações contra as normas municipais. Nesse quadro, a capilaridade social do UBER teve seu lado mais

evidente. Em São Luís (MA) e em Campo Grande (MT), as ações civis públicas foram patrocinadas pelo o Ministério Público Estadual. Porto Alegre (RS), Fortaleza (CE), Maceió (AL), Belém (PA) e Palmas (TO), foram algumas das cidades cujo ajuizamento foi feito pelas Defensorias Públicas locais. Muitas vezes, as ações são ajuizadas individualmente, e pouco a pouco os juízos deliberam favorável ao aplicativo em mandados de segurança que asseguram a proteção ao motorista do caso específico. O Tribunal de Justiça de Belo Horizonte (MG) chegou a contabilizar mais de 80 demandas individuais e por isso instituiu um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) que assegurou o serviço naquele município. Essa é a primeira decisão desse tipo no país. Associações de taxistas também figuram como polo ativo de ações civis públicas, a exemplo da cidade de João Pessoa (PB). O problema é que muitas vezes essas ações acabam tendo efeito contrário. Os juízes ao invés de proibir o UBER, acabam convalidando o seu funcionamento. Ainda é necessário destacar que o Diretório Acadêmico da Universidade de Brasília realizou uma denúncia contra os taxistas no CADE, autoridade da concorrência brasileira.

Merece destaque a importância das decisões liminares, independente da classe da ação ou do polo ativo. Ao proibir a vigência de normas restritivas, muitas vezes por tempo indeterminado por meio de liminares, o aplicativo é liberado para atuar no espaço aberto, o que força as prefeituras e câmaras a refazer normas permissivas. Foi o caso de Porto Alegre (RS) e deve ser o futuro do Rio de Janeiro (RJ). Portanto, decisões precárias estão influenciando a produção normativa de uma política pública extremamente relevante. Esse é um ponto que deve aprofundamento às pesquisas futuras.

Deve-se evidenciar a decisão referente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, que possibilitou o serviço da plataforma na capital daquele estado. Ela levou em consideração a crise econômica brasileira destacando não somente os argumentos padrões relacionados a defesa da concorrência, mas incorporando uma questão problemática que é o desemprego naquele município.

Nem sempre se pode ganhar todas. Em dois municípios, Palmas (TO) e Teresina (PI), a empresa não levou a melhor nos embates judiciais. A decisão do juiz do TJPI é importante na medida em que ela reconhece as limitações do judiciário para detectar um problema que é político-legislativo. Segundo o magistrado, a indefinição das competências permite que o legislativo municipal esteja livre para estabelecer suas diretrizes que precisam ser respeitadas, de modo que até o Congresso Nacional venha resolver, não seria possível a afastar normas.

Assim, podemos concluir, neste ponto, que a existência do UBER no Brasil tem sido, em grande parte garantida pelo poder judiciário, evidenciando uma anomalia tendo em vista que esse deveria ser um problema eminentemente de política pública, onde o judiciário quando eventualmente se pronunciasse deveria ser uma exceção e não uma regra. Outra questão que merece destaque é que o poder judiciário brasileiro tem sido ativista, em oposição ao judiciário de países da União Europeia, que tem tendido a suspender a plataforma (DERVOJEDA et al, 2013).

5 CONCLUSÃO

(...) a economia pode ser bem ou mal dirigida. Economia mal dirigida é pior do que a economia livre. (...) Se a planificação não obedece aos propósitos de igualdade econômica maior, é inevitável que a intervenção de forças plutocráticas, para conservar o que lhes interesse e desfazer o que lhes não permite ou lhes impede de dar lucro (PONTES DE MIRANDA, 1945 634 – 635)

As opções regulatórias adotadas pelo Brasil devem estar lastreadas no texto constitucional de 1988. A Carta destaca a importância de se coibir condutas e práticas que resultem em abuso de poder econômico (art. 173, §4º da CRFB/1988). O UBER atua em um nicho econômico altamente regulado no Brasil. Estrategicamente inserido no ambiente indefinido da economia compartilhada, utilizou o argumento da inovação para desbloquear entraves regulatórios de modo a competir diretamente com taxistas e mototaxistas, agentes já estabelecidos no ambiente do transporte individual, mas sem arcar com os mesmos ônus.

Embora no início houvesse uma zona jurídica indefinida na distinção dos serviços, o que se percebe é que com a gradual possibilidade de regularização e permanência no país, a multinacional passa a oferecer um maior leque de serviços deixando clara sua intenção de concorrer antigos mercados. A categoria UBERX (UBERPOP), que redimensionou a ideia inicial dos transportes executivos e a possibilidade de transações em dinheiro e não mais por cartão de crédito demonstram o contínuo movimento da startup rumo a equiparação com os serviços de táxis convencionais. Assim, o UBER está sendo um semelhante do transporte pirata combatido duramente no Brasil. Por isso um primeiro estímulo às pesquisas futuras é no sentido de avaliar como categorias extrajurídicas, nesse caso a engenharia social estratégica e o poder econômico do UBER foi fundamental para sua regulação no Brasil. Vale ressaltar que esse êxito não se repete em outras partes do globo, notadamente na Europa.

Outro aspecto relevante é que a regulação, por si só, não põe fim às tensões sociais. Uma boa pista pode estar conectada ao fato de que o direito, na forma atual, está desenhado para regular relações competitivas e adversariais, por isso os sistemas colaborativos ainda seriam mal diagramados. Nessa linha, as regulações que estão emergindo têm o fito de conformar a polarização taxi-uber, mas não buscam encontrar meios cooperativos e eficientes. Em nenhuma das capitais, por exemplo, se propôs a diminuição do arcabouço burocrático que envolve a regulação dos táxis, para que se alcançasse preços mais agradáveis para o consumidor. Tampouco se estimulou que os antigos taxistas pudessem ingressar nos aplicativos e migrando entre uma ou outra opção, acumulando as vantagens das duas situações.

Importa ressaltar que as 20 regulações são feitas especificamente para um serviço que, em que pese as variações, são denominados como “serviço de transporte privado remunerado”. Encontramos grandes problemas em dimensionar o fenômeno em termos tão pouco complexos. Tipificar o UBER e não o enfrentar o problema do serviço, estimula a mutação do DNA da empresa de modo a escapar da legislação posta. Esse é um processo comum do mundo empresarial. Assim, a empresa se assemelharia a uma superbactéria que quando exposta a um antibiótico, que nesse caso seria o equivalente funcional das normas regulatórias, se modificaria forçando às autoridades a tomar novas e novas medidas. Justamente por esse motivo que modelos normativos estruturados em torno do poder regulamentar do executivo e, portanto, aptos a operacionalizar respostas mais imediatas são mais eficientes. Porém, nada impede que haja leis municipais principiológicas como pano de fundo e norte dialógico às medidas das prefeituras. A existência de leis é igualmente importante porque no parlamento local é onde acontecem as audiências públicas, que absorvem parte das tensões sociais que rodeiam o tema, mas através de regras democráticas.

Não se tem percebido que o fenômeno demanda um sistema criativo que seja capaz de acoplar novos modelos, sem encará-lo como adversarial do que já é existente. O problema maior é que inovações surgem. Surgem todos os dias. Então, uma regulação pontual para apagar os incêndios (que nós mostramos que não apagam) não resolve a crise regulatória. A palavra ‘uber’ passou a ser sinônimo de um modelo e já é largamente reproduzida, adaptando os serviços. Já é possível encontrar o ‘uber’ das empregadas domésticas, o ‘uber’ da saúde e tantos outros. Como o Estado enfrentará? Realizando mais regulações setoriais e engessando os sistemas de inovação? Essa não parece ser uma saída inteligente em um país com altos índices de desemprego e numa conjuntura de recessão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOTSMAN, R.; Rogers, R. What's mine is yours: The rise of collaborative consumption. New York: Harper Collins, 2010.
- BROUSSEAU E. and Glachant J.M. Regulators as Reflexive Governance Platforms, *Journal Competition and Regulation in Network Industries*, v. 12 n.3 p. 194 – 209, 2011.
- CARFAGNA, L; DUBOIS, E.; Schor, J. New Cultures of Connection in a Boston Time Bank. In SCHOR, J.; THOMPSON, C. (orgs.), *Practicing Plenitude*. New Haven: Yale University Press, 2014.
- CHARMAZ, Kathy. A construção da teoria fundamentada: guia prático para análise qualitativa. Bookman Editora, 2009.
- COASE, R. H. The Nature of the Firm. *Economica*, Londres, v. 4, n. 16. p. 386-405, nov. 1937.
- CODAGNONE, C.; MARTENS, B. Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions , Impact and Regulatory Issues. JRC Technical Reports: Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper, Bruxelas, n. 01, set. 2016 p. 1–58.
- CRAGGS, R. Whwrrw Uber is Banned Around the World. Condé Nast Traveler, California, abr. 2017. Disponível em <<https://www.cntraveler.com/story/where-uber-is-banned-around-the-world>> Acesso em 28 de agosto de 2017.
- COHEN, Molly; ZEHNGEBOT, Corey. What's Old Becomes New: Regulating the Sharing Economy, *Boston Business Journal*, Boston, v. 06, n. 56, 2014.
- COHEN, Molly; SUNDARARAJAN, Arun. Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 86, n. 116, 2015.
- DEMARY, V. Competition in the Sharing Economy: Contributions to the political debate by the Cologne Institute for Economic Research. Koln: Institut der deutschen Wirtschaft Köln, 2015.
- DAVIDSON, Nestor M; INFRANCA, John J. The Sharing Economy as an Urban Phenomenon. *Yale L. & Pol'y Review*, Cambridge, v. 34, n. 215, 2016.
- DEPILLIS, Lydia. At the Uber for Home Cleaning, Workers Pay a Price for Convenience. *Washington Post*, Washington, Set. 2014). Disponível em <<http://www.washingtonpost.com/news/storyline/wp/2014/09/10/at-the-uber-for-home-cleaning-workers-pay-a-price-for-convenience> [<http://perma.cc/B2ML-L444>> Acesso em 24 de junho de 2017.
- DERVOJEDA, K.; VERZIIL, D.; NAGTEGAAL, F.; LENGTON, M. The Sharing Economy. Accessibility Based Business Models for Peer-to-Peer Markets. Bruxelas: European Commission, Directorate-General for Enterprise and Industry, 2013

DICKERSON, Thomas A.; SYLVIA O. Hinds-Radix, Taxing Internet Transactions: Airbnb and the Sharing Economy. New York. St. Business Journal, Nova Iorque, v. 86, n. 49, 2014

EUROPEAN COMMISSION. Communication from the comission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Comitte of the Regions - A European agenda for the collaborative economy. Brussels: European Commission, 2016.

FRAZÃO, A. A decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber. Portal Jota, São Paulo, Nov. 2016. Disponível em <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/decisao-reino-unido-sobre-os-motoristas-da-uber-o-que-temos-aprender-com-ela-01112016>> Acesso em 10 de janeiro de 2017.

FRAZÃO, A. Dilema antitruste: o Uber forma um cartel de motoristas? Por definir preço de corrida, aplicativo também influenciaria adoção de conduta uniforme?. Portal Jota, São Paulo, 12 dez. 2016a. Disponível em: <<https://jota.info/concorrencia/dilema-antitruste-o-uber-forma-um-cartel-de-motoristas-12122016>> Acessado em 14 de abril de 2017.

FRAZÃO, Ana. Economia do compartilhamento e tecnologias disruptivas. Portal Jota, São Paulo, 14 de Jun. de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economia-do-compartilhamento-e-tecnologias-disruptivas-14062017>> Acesso em 23 de junho de 2017

KAPLAN, Roberta A., Perspective, Regulation and the Sharing Economy. New York Law Journal, Nova Iorque, v. 6, n. 7, 2014.

KATZ, Vanessa. Regulating the Sharing Economy. Berkeley Tech. Law Journal, Berkley, v 30 n. 1067, p. 1084 -1892, 2015.

KOOPMAN, Christopher; MITCHEL, Matthew; THIERER, Adam .The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy. The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law, Malibu, v.8, n. 2, 2015.

KULP, Heather Scheiwe, and Amanda L. Kool. New Directions in Community Lawyering, Social Entrepreneurship, and Dispute Resolution: You Help Me, He Helps You Dispute Systems Design in the Sharing Economy. Washington University Journal of Law & Police. Chicago, v. 48, n. 179, 2015.

LEAPHART, Jennifer M. Sharing Solutions: An Analysis of Taxing the Sharing Economy in the United States and Europe. Tulane Law Review. Nova Orleans, v. 91, n. 189, 2016.

LAMBERT, P. Social Networking: Law, Rights and Policy. Dublin: Clarus Press, 2014.

LUBIAN, F. Uber and the Law. Dissertação de Mestrado. Master of Law in Cross Cultural Business Practice. Friburg: University of Fribourg, 2015.

MALHOTRA, A.; VAN ALSTYNE, M. The dark side of the sharing economy ... and how to lighten it. Communications of the ACM, Santa Clara, v. 57, n. 11 2014.

MAMANI, Hernán Armando. Alternativo, informal, irregular ou ilegal? O campo de lutas dos transportes públicos. *El Rostro Urbano de América Latina*. Buenos Aires: Clacso, v. 1, p. 321-346, 2004.

MILLER, Stephen R., *First Principles for Regulating the Sharing Economy*. Cambridge, harvard journal on legislation, v. 53, n. 147, fev. 2016.

OEI, Shu-Yi; RING, Diane M. Can sharing be taxed? *Washington University Law Review*. Washington, v. 93, n. 989, 2015.

ORSI, J. *Practicing Law in the Sharing Economy: Helping People Build Cooperatives, Social Enterprise, and Local Sustainable Economies*. Chicago: American Bar Association, 2013.

PFEFFER-GILLET, Alexi, When “Disruption” Collides with Accountability: Holding Ridesharing Companies Liable for Acts of Their Drivers. *California, California Law Review*, v. 104, n. 233, 2016.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967, com emenda n. 1, de 1969, Tomo VI, 2ª ed.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1972.

RANCHORDÁS, Sofia. Does Sharing Mean Care? Regulating Innovation in the Sharing Economy. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Minneapolis, v. 16, n. 413, 2015

RIBEIRO, B.S., 2016. Princípios e desafios para regulação da economia do compartilhamento, com substrato da teoria responsiva e enfoque na atuação do aplicativo Uber. *Dissertação de Mestrado*. Brasília: UnB, 2016.

SCHOR, J. *Debating the Sharing Economy*. Great Transition Initiative, Boston, out. 2014. Disponível em < <http://greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>> Acesso em 30 de fevereiro de 2017.

SHANNON, Robert T., *Disruptive Innovation Demands Delicate Regulation*. Law 360, Nova Iorque. Nov. 2014. Disponível em <<https://www.law360.com/articles/595081/disruptive-innovation-demands-delicate-regulation?>> Acesso em 11 de março de 2017.

STEMLER, Betwixt and Between: Regulating the Shared Economy. *Fordham. Urban Law Journal*, Nova Iorque, v. 43, n. 19, 2016.

SUNDARARAJAN, Arun, Why The Government Doesn’t Need to Regulate the Sharing Economy. *Wired*, Boone, set. 2012. Disponível em < <http://www.wired.com/2012/10/from-airbnb-to-coursera-why-the-government-shouldnt-regulate-the-sharing-economy/>> Acesso em 12 de junho de 2017.

ZANATTA, Rafael A. F.; PAULA, Pedro do Carmo B. de; KIRA, Beatriz. *Contribuições para o debate sobre regulação do aplicativo Uber no Brasil*. São Paulo: InternetLAB, 2015

O IMPEACHMENT BRASILEIRO E SUAS PECULIARIDADES BRAZILIAN IMPEACHMENT AND ITS PECULIARITIES

Claudio Roberto Barbosa Filho⁶⁸

Data da submissão: 04/10/2017

Data da decisão editorial: 16/10/2017

Data da comunicação ao autor: 16/10/2017

RESUMO

Em decorrência da pouca utilização do *impeachment* no Brasil até a segunda metade da década de 1990, o assunto é pouco tratado pela doutrina nacional. Em termos práticos e recentes, os estudos relativos ao tema têm, muitas vezes, partido de matrizes ideológicas a fim de moldá-lo à realidade posta e não o contrário. Desta forma, este artigo objetiva à realização de uma análise *in abstracto* dele no Brasil, a fim de se questionar e pormenorizar alguns de seus meandros. Partindo da definição de que “o *impeachment* é o instrumento constitucional através do qual o Poder Legislativo, utilizando a toga do Judiciário, processará e julgará altos agentes públicos por condutas reprováveis – não necessariamente criminosas – tendo como consequência o afastamento do cargo e a inabilitação para exercício de função pública durante prazo limitado”, seus principais pontos serão detalhados e analisados sob ótica da teoria constitucional, enfatizando as peculiaridades trazidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: *impeachment*, Direito Constitucional, *checks and balances*.

ABSTRACT

Due to the limited use of impeachment in Brazil until the second half of the 1990s, the matter is little studied by Brazilian scholars. In practical and recent focus, the studies related to the subject often have some ideological matrices to mold it to the reality and not the opposite. Thus, this paper aims at the accomplishment of a summary analysis the impeachment in Brazil *in abstracto*, in order to question and detail some of its meanders. Based on the definition that “impeachment is the constitutional instrument through which the Legislative Branch, wearing a Judiciary toga, will prosecute and judge high-level public officials for reprehensible - not necessarily criminal - conduct that results in the removal from the Office and disqualification by exercise of public function during a limited term”, its main points will be detailed and analyzed from the perspective of the constitutional theory, emphasizing the peculiarities of the Brazilian legal order.

KEYWORDS: *impeachment*, Constitutional Law, *checks and balances*.

1 INTRODUÇÃO

O *impeachment* permanece como um dos mais interessantes, complexos e radicais mecanismos do sistema de *checks and balances*.⁶⁹ Isso se deve por inúmeros motivos, sendo destacados, entre eles, o alto teor simbólico – mormente ao se tratar de *impeachment* de Presidente da República – o seu caráter totalmente excepcional e, principalmente, as dúvidas e incertezas sobre ele. Quanto ao último ponto, as opiniões de dois membros do Poder Legislativo sobre o tema exemplificam: Michel Temer, na Assembleia Constituinte de 1988 chegou a afirmar que o *impeachment* era uma peça de museu, de antiquário, não sendo utilizado em

⁶⁸ Acadêmico do 5º ano de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e integrante do Programa de Educação Tutorial (PET – Direito). claudiorb@ufpr.br

⁶⁹ Nesse sentido: “A visão contemporânea da separação de poderes, ou divisão de funções entre os órgãos de soberania do Estado, impõe o reconhecimento do exercício de parcela da função típica de um órgão por outro”. SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. Curitiba, 2010. 356 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 299.

qualquer esfera governamental⁷⁰; o *Representative* Robert Michel, afirmou, em 1957, que o *impeachment* nunca esteve na agenda da Casa [*House of Representatives*], e que “nós nem sequer pensamos nisso”.⁷¹

De maneira singela, o *impeachment* é um instrumento constitucional que visa a impedir um detentor de cargo público de alto nível de continuar sua função pública e inabilitá-lo, temporariamente, para futuras funções públicas em virtude de condutas graves.⁷² Por trás de simples definição, contudo, existem inúmeras incertezas que dificultam sua utilização, além, é claro, do forte peso político, o qual ocasiona, muitas vezes, no seu desuso.

O *impeachment* esteve presente, formalmente, em toda em todas as Constituições Brasileiras – embora com formato bastante diferente no período da Monarquia.⁷³ Seu histórico, contudo, é tenebroso. No início da República ele foi contexto para o primeiro golpe do país pós-1889 ocasionando no fechamento do Congresso Nacional.⁷⁴ Seu segundo uso foi para, através de ameaça militar, afastar dois presidentes sem possibilidade de nenhuma garantia processual.⁷⁵ Anos depois, em 1964, o país passaria por um novo golpe militar e, obviamente,

⁷⁰ BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, ano II, nº 196. Ata da 215ª sessão, 03 mar. 1988. p. 133.

⁷¹ KYVIG, David E.. **The age of impeachment**: American constitutional culture since 1960. Lawrence: University Press of Kansas, 2008. p. 5. No original: “when Representative Robert Michael of Illinois came to Congress in 1957 to begin what would become a thirty-eight-year career in the House, he recalled that impeachment was not even on the agenda. “Gosh no, we didn’t even think about it. All we knew was what we’d read about it in history”.

⁷² “[Impeachment is] a constitutional process for the remove of public officials before the end their designate term” in KYVIG, David E.. **The age of impeachment**...*Op. Cit.*, p. 9.

⁷³ Conquanto o acusado fosse julgado pelo Senado, era um processo criminal, inclusive com pena de morte para crimes [de responsabilidade] de traição. Desta origem é que a *juridicamente equivocada* terminologia *crimes de responsabilidade* persiste até hoje. Opta-se, aqui, por substituí-la, sempre que possível, por *impeachment*.

⁷⁴ A Constituição de 1891 previa a existência do *impeachment*, mas destinava ao Congresso Nacional pormenorizá-lo. Os parlamentares viram, na necessidade de elaborar uma lei de *impeachment*, a possibilidade de criar um mecanismo constitucional que permitisse afastar o presidente em virtude da desastrosa política econômica adotada. Destarte, elaboraram oito incisos específicos no artigo relativo a “dissipar ou gerir mal os bens da União”, os quais seriam nefastos para a continuidade do Presidente no poder. A resposta de Marechal Deodoro foi o Decreto nº 641, de 3 de novembro de 1891: “art. 1º Fica dissolvido o Congresso Nacional eleito em 15 de setembro de 1890”. O *impeachment*, mesmo antes de ser sancionado, causou o primeiro golpe da recém-instaurada República dos Estados Unidos do Brasil. Após a Revolta da Armada, na qual a Marinha ameaçou bombardear o Rio de Janeiro caso Deodoro não reabrisse o Congresso, o primeiro presidente brasileiro renunciou, passando a Chefia do país ao também marechal Floriano Peixoto, o qual já de início anulou os decretos de Deodoro e, menos de dois meses depois, promulgou o Decreto nº 27, de 7 de janeiro de 1892 e o Decreto nº 30, de 8 de janeiro de 1892, referentes, respectivamente, ao processo e julgamento do Presidente da República e define os crimes de responsabilidade.

⁷⁵ Após suicídio de Vargas, seu vice, Café Filho assume. Em novembro de 1955, contudo, o presidente adoece, licenciando-se do governo e assumindo, então, Carlos Luz, Presidente da Câmara de Deputados. O país passava por um dos momentos politicamente mais turbulentos de sua história, sendo ameaças de golpes constantes. General Lott inicia um movimento para impedir que o novo presidente continuasse no poder, alegando que ele visava a um golpe de Estado. Temendo um golpe militar por parte de Lott, em 11 de novembro de 1955 a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ignorando completamente as determinações traçadas pela Lei nº 1.079/1950, aprovam o *impeachment* de Carlos Luz, o qual ficou apenas 3 dias no poder. Assume, então, Nereu Ramos, presidente do Senado Federal. Café Filho, já recuperado, afirmara que desejava retornar à presidência do país, ocorre, porém, que ele também desagradava a Lott, o qual cria que ele impediria a posse do já eleito Juscelino Kubitschek. Com receio de novo golpe, mais uma vez, o Congresso Nacional *rasgou* a Lei nº 1.079/1950 e a

o *impeachment* seria olvidado, transformando-se, não numa peça de museu, mas num objeto, por medo, ignorado até a Nova República, período no qual ele ganha um novo peso.

Em decorrências do ocaso vivido pelo *impeachment* durante tantas décadas, o assunto ainda é pouco tratado pela doutrina nacional. Em termos práticos e recentes, os estudos relativos ao tema têm, muitas vezes, partido de matrizes ideológicas a fim de moldá-lo à realidade posta e não o contrário. Desta forma, este artigo objetiva à realização de uma análise *in abstracto* do instrumento constitucional no Brasil, a fim de se questionar e pormenorizar alguns de seus meandros.

2 O IMPEACHMENT NO BRASIL

O modo como detentores do poder público são, em determinados casos, impedidos de manter seu cargo é uma expressão de soberania do país, devendo, por óbvio, respeitar os demais princípios constitucionais, tendo, aqui, como guia a clássica colocação de Eros Grau de que direito não é interpretado em tiras e pedaços, devendo sê-lo a partir de uma ideia de harmonia e unicidade.⁷⁶ Não obstante, existem algumas características que identificam o *impeachment* como tal, diferindo-o, por exemplo, de uma cassação, *recall* ou afastamento por decisão judicial.

O termo *impeachment* na doutrina brasileira é polissêmico, devendo merecer uma análise acerca do seu sentido. Em termos semânticos, o verbo *to impeach* significa acusar.⁷⁷ O *impeachment*, neste sentido, seria a acusação a ser votada pela Câmara Baixa. Em termos técnicos, pautado no vernáculo anglicano, seria *a acusação formulada pela representação popular, ou seja, a primeira fase do processo de responsabilidade, que, no sistema brasileiro, termina com o afastamento provisório da autoridade processada*.⁷⁸ No Brasil, no entanto, a palavra ao ser incorporada à língua⁷⁹, passou a designar todo o processo, englobando a acusação feita por qualquer cidadão, a primeira votação na Câmara dos Deputados e o posterior

Constituição Federal e em 21 de novembro a Câmara aprovou o impeachment e dia 22 o Senado condenou Café Filho. Tal período ficou conhecido como Novembrada.

⁷⁶ GRAU, Eros Roberto **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

⁷⁷ BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 6. ed. St. Paul: West Publishing Co, 1990. p. 753

⁷⁸ PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 5-6.

⁷⁹ A própria Academia Brasileira de Letras reconhece a existência da palavra, conforme é possível extrair em consulta ao VOLP (Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa), embora seja estrangeirismo, por isso, no presente trabalho, ela sempre é grafada em itálico: *impeachment*. s.m. ing. Estrangeira. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/nossa-lingua/busca-no-vocabulario>>. Acesso em: 02 out. 2017.

julgamento pelo Senado Federal.⁸⁰ É mister trazer um terceiro sentido para *impeachment* que, erroneamente, se traduz como impedimento⁸¹, ou seja, a pena oriunda do processo. Não se pode querer fixar um conceito que, na construção jurídico-social passou ser fluido, o presente trabalho, no entanto, se volta mais para o segundo sentido, do *impeachment* como processo. Quando se utilizar de outro significado, indicará.

É trabalho da doutrina delimitar os contornos do *impeachment*, apontar suas principais características e evidenciar seus limites. Para tal, define-se-o como o *instrumento constitucional através do qual o Poder Legislativo, utilizando a toga do Judiciário, processará e julgará altos agentes públicos por condutas reprováveis – não necessariamente criminosas – tendo como consequência o afastamento do cargo e a inabilitação para exercício de função pública durante prazo limitado*.

Destarte, cinco aspectos merecem maiores explicações: (i) *impeachment* como instrumento constitucional; (ii) *impeachment* como julgamento político; (iii) *impeachment* contra altos cargos públicos; (iv) *impeachment* somente para condutas reprováveis; (v) *impeachment* visando ao afastamento do cargo e inabilitação por período limitado.

2.1 IMPEACHMENT COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL

A Constituição, entre outros conceitos, define de que forma o poder político se organizará em um Estado, ora servindo como reflexo da realidade posta, a *Constituição como folha de papel*; ora como instrumento de limitação do poder, possuindo exemplificação na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “art. 16: Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”. Neste último contexto, encontra-se a chamada *força normativa da Constituição*.

Ferdinand Lassale define a Constituição como *a soma dos fatores reais do poder que regem um país*.⁸² Para o autor, desta forma, haveria, de um lado, a Constituição citada e doutro uma Constituição jurídica, as quais, por sua vez, relacionam-se. Lassale traz, no caso da Prússia,

⁸⁰ Gilmar Mendes, por exemplo, utiliza-se deste segundo sentido: “no caso do *impeachment* [processo de] do Presidente Collor, houve por bem o acusado apresentar a renúncia após iniciado o julgamento perante o Senado Federal”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 958.

⁸¹ O próprio Senado Federal, por vezes, utiliza tal falsa tradução: “Senado aprova impedimento de Dilma Rousseff: O Plenário do Senado aprovou nesta quarta-feira (31) o afastamento definitivo da presidente Dilma Rousseff por crimes de responsabilidade. Os 81 senadores votaram, sendo 61 favoráveis ao impeachment e 20 contrários”. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2016/08/senado-aprova-impedimento-de-dilma-rousseff>>. Acesso em 02 out. 2017.

⁸² LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Leme: CL EDIJUR, 2014. p. 27.

como exemplo de fatores reais do poder a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária. Todos eles – em especial suas relações – formam a *Constituição* do Estado. De outro lado, eles são colocados em *folha de papel*, são escritos, e, a partir de então, “incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atenta contra a lei”.⁸³ Desta forma, a possibilidade do *impeachment* seria uma relação de tais poderes: desde a derrocada do Absolutismo e ascensão da burguesia através de revoluções – sociais ou culturais – o chefe do Executivo não possui poder ilimitado e tal fato é incorporado à folha de papel.⁸⁴

Konrad Hasse contrapõe a teoria de Lassale. Para ele, é inegável a existência do embate entre as relações de poderes na sociedade, contudo, a Constituição não é um reflexo dele, mas sim um elemento autônomo na teia social, a qual ganha força normativa quando determinados elementos históricos estão presentes. O autor, neste sentido, afirma que *a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente*.⁸⁵ Assim, a Constituição tem uma *vontade* a qual deve ser preservada. Desta forma, a possibilidade do *impeachment* seria uma relação de tais poderes: a Constituição determina que o chefe do Executivo não possui, em determinado tempo histórico, poder ilimitado e que tal preceito deve ser garantido.

O *impeachment*, principalmente de um chefe do Executivo, representa grande choque à estabilidade do poder político, de forma que possui a necessidade de respaldo constitucional. É evidente que normas infraconstitucionais podem detalhar a vontade do constituinte original a fim de corrigir imperfeições e adaptar situações, contudo, a determinação deve partir do *topo da pirâmide*. Cretella Júnior, neste sentido, inicia seu estudo definindo *impeachment* como “o procedimento jurídico-político de direito público, tendente a afastar do cargo público ou de governança aquele que cometeu crimes comuns ou de responsabilidade capitulados taxativamente na Constituição”. Conquanto se concorde com a obrigatoriedade constitucional, é importante ressaltar que se discorda de tal definição por entender que *impeachment* é cabível

⁸³ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**...*Op. Cit.* p. 28.

⁸⁴ Deve-se ressaltar que até hoje alguns Estados continuam a se basear num conceito de soberania do Parlamento. A Constituição do Reino dos Países Baixos, por exemplo, determina que: article 120 The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts. Disponível em: <<https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

⁸⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 18.

unicamente no caso dos ditos crimes de responsabilidade, não possuindo, ao menos de forma imediata, relação com crimes comuns, conforme será detalhado no item 2.4.⁸⁶

O que se expôs não encontra muita dificuldade de se afirmar em aspecto federal. É o que ocorre, por exemplo, no Brasil. A Constituição de 1988 traz normas específicas sobre o *impeachment*⁸⁷ e a Lei nº 1.079/1950 as pormenoriza. É de ressaltar, contudo, que em Estados federais como Argentina, Estados Unidos da América, Itália e Brasil, o mesmo deve ocorrer nos estados autônomos.

Desta forma, o *impeachment* nos entes federados deve ser trazido pelas Constituições estaduais como exercício da autonomia gozada, podendo, eventualmente, ser pormenorizado em lei específica. Deve-se ressaltar, inclusive, que tal instrumento não é forma única e inequívoca de garantia de democracia, podendo, inclusive, não existir. Neste diapasão, Paulo Brossard entende que o processo para destituir os Governadores é matéria de autonomia estadual. Afirma que tal entendimento é consequência da lógica da organização federativa, dado

⁸⁶ É de se ressaltar que, ao fim do livro, o autor contradiz a própria definição ao afirmar que “se um Chefe de Governador pratica um crime comum, será submetido a julgamento, cuja natureza é – e sobre isso não paira a menor dúvida – penal. Fica, pois o crime comum fora da área abrangida pelo *impeachment*, instituto de natureza política, nunca de índole penal”. CRETELLA JÚNIOR, José. **Do impeachment no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 62-63.

⁸⁷ O esqueleto do direito material e processual do *impeachment* para Presidente da República está presente nos artigos 85 e 86 da Constituição Federal:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

- I - a existência da União;
- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;
- VI - a lei orçamentária;
- VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

- I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;
- II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

§ 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

§ 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

que a própria Constituição não expressa o contrário. Isto ocorre, repisa o autor, em decorrência da natureza política do *impeachment*.⁸⁸

2.2 IMPEACHMENT COMO JULGAMENTO POLÍTICO

A natureza do processo de *impeachment* é tema intrigante e que origina uma importante característica. Fala-se em julgamento político não por *parcialidade partidária*, mas em virtude daquilo que o Ministro Teori Zavascki chamou, em *obiter dictum*, de *Juiz Constitucional*:

Submete-se a exame do Supremo Tribunal Federal questão relacionada a processo por crime de responsabilidade da Presidente da República (*impeachment*), que, **como se sabe, não é da competência do Poder Judiciário, mas do Poder Legislativo** (art. 86 da CF). Sendo assim, **não há base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que, direta ou indiretamente, importe juízo de mérito** sobre a ocorrência ou não dos fatos ou sobre a procedência ou não da acusação. **O juiz constitucional dessa matéria é o Senado Federal**, que, previamente autorizado pela Câmara dos Deputados, assume o papel de tribunal de instância definitiva, cuja decisão de mérito é insuscetível de reexame, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. Admitir-se a possibilidade de controle judicial do mérito da deliberação do Legislativo pelo Poder Judiciário significaria **transformar em letra morta o art. 86 da Constituição Federal**, que atribui, não ao Supremo, mas ao Senado Federal, autorizado pela Câmara dos Deputados, a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.⁸⁹

Da seguinte decisão, é possível extrair as duas vertentes de tal característica: (a) o processo de *impeachment* possui uma natureza única, a qual é particularizada por (b) membros do Legislativo agindo como juízes. Resumidamente, afirma-se que embora o processo de *impeachment* possua alguns elementos de direito penal, ele é basicamente um processo político concebido para lidar com a má conduta de altos funcionários públicos, conforme será mais bem detalhado por itens seguintes. O aspecto político é decorrente do fato de que os juízes não são membros do Poder Judiciário, mas sim membros que foram eleitos como representantes do

⁸⁸ “Dado que os impropriamente chamados crimes de responsabilidade, enquanto infrações políticas, não são crimes, mas ilícitos de natureza política, como política é a pena a eles cominada, cujos efeitos não extravasam da esfera provincial, nada mais condizente com a lógicas das instituições federativas que, no círculo dos Estados, o direito local regulasse o *impeachment*”. PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment... Op. Cit.** p. 113. Este não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no entanto, dada a edição da Súmula Vinculante nº 46: a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.193, Relator Min. Teori Zavascki. Pedido Liminar. Decidido em 11.05.2016. Grifo nosso. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.341, Relator Min. Teori Zavascki. Pedido Liminar. Decidido em 08.09.2016. Grifo nosso.

Poder Legislativo.⁹⁰ Por isso se fala em utilização da toga do Judiciário, afinal, o Legislativo fará as vezes do Legislativo, podendo sua decisão, inclusive, transitar em julgado.⁹¹ Neste diapasão, é essencial lembrar o ensinamento de Pontes de Miranda de que “não há julgamento político, *sensu stricto*, do Presidente da República. Há julgamento jurídico”.⁹² Conquanto possa parecer redundante, os juízes políticos, no caso de *impeachment*, conduzem um julgamento jurídico.

No sistema estadunidense tal afirmação é ainda mais evidente visto que o processo de *impeachment* não assume forma de *processo judicial*, mas sim de projeto de lei, o qual, através de um quórum qualificado será votado por ambas as casas do Congresso Nacional. No Brasil, optou-se por dar vestes judiciais ao procedimento político, mormente através do formato – aspecto formal – e da incongruente situação em que a sessão de julgamento será presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.⁹³

O processo de *impeachment* para os chefes de cargos executivos – e que por consequência possuem um mandato – deve ser pautado na celeridade, tendo, neste caso, uma lógica diversa do processo penal. Evidentemente que essa *instância* específica continua a trazer garantias e direitos ao acusado, um processo kafkiano⁹⁴ jamais encontra respaldo no

⁹⁰ Alexander Hamilton afirmava que o Senado seria o melhor órgão para julgamento de *impeachment* em virtude de sua natureza deliberativa e independência frente às *paixões do momento*. “What other body would be likely to feed confidence enough in its own situation to preserve, unawed and uninfluenced, the necessary impartiality between an individual accused, and the representatives of the people, his accusers?” HAMILTON, Alexander. Federalist Paper nº 65: The Powers of the Senate Continued. In: ROSSITER, Clinton (Org.). **The Federalist Papers**. New York: Signet Classics, 2003. p. 396.

⁹¹ É necessário repisar que o entendimento de julgamento político adotado neste trabalho é derivado não do processo em si, mas sim da natureza dos julgadores. Sob outra perspectiva, Egon Bockmann Moreira afirma que: “Daí que se falar do impeachment como “mero julgamento político” diz tudo e nada ao mesmo tempo. Diz tudo por que o conteúdo da escolha a ser feita pelos julgadores – o Poder Legislativo – não é jurídico, mas político. [...] Além disso, o processo de impeachment também é marcadamente jurídico: o devido processo legal, com todos os seus desdobramentos, precisa ser prestigiado à risca”. MOREIRA, Egon Bockmann. Impeachment: político ou jurídico?. **Jornal Gazeta do Povo**, Curitiba, PR, p. 1 - 1, 14 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/impeachment-politico-ou-juridico-6tfpfpu2tc9wrqfz0vd58o6vq>>. Acesso em: 02 out. 2017.

⁹² MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomo III. 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963. p. 137.

⁹³ Nos Estados Unidos da América, o Vice-Presidente da República também é o Presidente do Senado. Diante disto, para garantir a imparcialidade do julgamento de *impeachment* do Presidente da República, o Chefe de Justiça dos Estados Unidos (*Chief Justice of the United States*) assume a presidência temporária, afinal, o Vice-Presidente teria interesse direto no julgamento. Nos casos de *impeachment* de outros cargos, a presidência do Senado continua sendo exercida pelo Vice-Presidente. Destarte, o fato do chefe do Poder Judiciário assumir a presidência do processo é única e exclusivamente para garantir a imparcialidade e não a *juridicidade* do *impeachment*, o que não haveria necessidade no Brasil, mas acabou por se tornar um costume. Até a Constituição de 1967, no Brasil, vigia a mesma regra: “o Vice-Presidente da República exercerá as funções de Presidente do Senado Federal, onde só terá voto de qualidade”.

⁹⁴ Remete-se, aqui, à obra *O Processo* de Franz Kafka, na qual K., o protagonista, é preso e julgado sem nem saber a causa que levou a isto, tampouco a natureza dos procedimentos judiciais.

constitucionalismo. A Constituição deve ser interpretada sistematicamente, ou seja, as garantias processuais de ampla defesa e contraditório continuam existindo, porém, visando à celeridade, alguns princípios clássicos do direito processual são mitigados ou até afastados. O melhor exemplo para o que se afirmou é a irrecorribilidade da decisão do Senado.⁹⁵ O juiz constitucional do *impeachment* é supremo em aspecto de direito material, não havendo espaço para recursos ou indagações a nenhum outro órgão. Ao assumir o papel de juízes, os membros do Poder Legislativo passam a ter o *poder do trânsito em julgado* mesmo que em função atípica.

Neste sentido, o aspecto formal utilizado pelos Estados Unidos da América demonstra que o entendimento que se deve ter sobre o controle judicial no procedimento de *impeachment* é o mesmo dado no controle de constitucionalidade de projetos legislativos, ou seja, mínimo e exclusivamente formal. É certo que, contemporaneamente, o Supremo Tribunal Federal tem tido uma postura mais ativista no que se refere ao controle de constitucionalidade de projetos de lei, mas isso não é mérito a ser seguido, mormente por usurpar competência do Poder Legislativo, inclusive no que se refere ao controle de constitucionalidade preventivo.⁹⁶

O Direito contemporâneo não é dividido de forma estanque em instância criminal, civil ou administrativa. Há várias situações que ultrapassam a clássica divisão e que devem ser estudadas de forma específica, criando hermenêutica e doutrina para cada caso. No direito brasileiro, o tema da improbidade administrativa é o que mais gera discussões no que tange ao debate de instâncias, querer definir sua natureza como penal ou civil, em verdade, apenas empobrece a discussão sobre seus mecanismos e características únicas. O mesmo ocorre para o *impeachment*. Determinada conduta pode não violar nenhuma lei penal, mas pode, pelos

⁹⁵ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero elencam os seguintes direitos fundamentais processuais: (a) direito fundamental ao processo justo; (b) direito fundamental à colaboração no processo; (c) direito fundamental à tutela adequada e efetiva; (d) direito fundamental à igualdade e paridade de armas; (e) direito fundamental ao juiz natural e ao promotor natural; (f) direito fundamental ao contraditório; (g) direito fundamental à ampla defesa; (h) direito fundamental à prova; (i) direito fundamental à publicidade; (j) direito fundamental à motivação das decisões; (k) direito fundamental à segurança jurídica no processo; (l) direito à assistência jurídica integral; (m) direito fundamental à duração razoável do processo. Os autores afirmam, contudo, que “a nossa Constituição não consagra o direito ao duplo grau de jurisdição no processo civil. [...] A mesma solução, contudo, não pode ser aplicada ao processo penal. É que a Convenção Interamericana de Direitos do Homem prevê expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal, de modo que é possível afirmá-lo como elemento essencial para a conformação do processo justo no âmbito penal. [...] É óbvio que o direito ao duplo grau não se aplica em caso de *competência penal originária* do Supremo Tribunal Federal”. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 801.

⁹⁶ Recentemente, duas decisões monocráticas de Ministros do Supremo Tribunal Federal determinaram que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, respectivamente, reanalisassem o mérito de determinados Projetos de Lei. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.530, Relator Min. Luiz Fux. Pedido Liminar. Decidido em 14.12.2016. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.562, Relator Min. Alexandre de Moraes. Pedido Liminar (Min. Luís Roberto Barroso). Decidido em 04.02.2017.

juízes constitucionais, ser passível de *impeachment*.⁹⁷ Por sua vez, também é possível que uma mesma conduta seja passível de um processo de *impeachment* e outro criminal sem caracterização de *bis in idem*.⁹⁸

Neste contexto, Paulo Brossard é categórico ao afirmar que “com a sanção criminal nada tem a ver com a sanção política a que está sujeita esta ou aquela autoridade”. Destarte, ao afirmar que elas efetivamente são distintas, o autor ratifica o posicionamento de que ambas “sem incorrer na pecha de *bis in idem*, podem conviver e efetivamente convivem ambas as penas, que são ajustadas a ilícitos autônomos e diferentes”.⁹⁹

Assim sendo, sua natureza é única, não se o podendo confundi-lo com direito penal sob risco de esvaziar o instrumento jurídico caracterizado pelo *juízo político*¹⁰⁰, o qual se caracteriza pela extensão do Poder Judiciário aos membros do Poder Legislativo em decorrência de uma permissão/exigência constitucional.

Um último ponto apontado por Paulo Brossard e que merece atenção especial se refere a abusos, discricionariedade e arbítrio. Três são os possíveis abusos apresentados pelo autor: (a) acusar e condenar alguma autoridade *inocente*, mesmo cumprindo as formalidades; (b) a Câmara abster-se de decretar acusação e (c) Senado absolver em casos flagrantes de culpa. Para os três casos, o jurista mitiga os abusos e afirma que “quando, porém, tal situação ocorresse, haveria ela de ser tomada como tributo pago à natureza do homem e à precariedade de suas

⁹⁷ Nesse sentido: “an impeachment standard transcending criminal-law technicalities made good structural sense. A president who ran off on a frolic in the middle of a national crisis demanding his urgent attention might break no criminal law, yet such gross dereliction of duty imperiling the national security and betraying the national trust might well rise to the level of disqualifying misconduct”. ” in AMAR, Akhil Reed. **America’s constitution: a biography**. New York: Random House, 2006. p. 200.

⁹⁸ Deve-se reforçar, nesse sentido, a necessidade de respeito aos direitos fundamentais, afinal, “o Estado viola o interesse público qualificado pela Constituição não apenas quando descuida do interesse geral da comunidade, mas também quando, no desenvolvimento de suas funções, avança sobre o particular sem respeito aos seus direitos fundamentais”. GUEDES, Névilton. O princípio da congruência. In MARQUES, Mauro Campebell (coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 289.

⁹⁹ PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment... Op. Cit.** p. 74.

¹⁰⁰ Deve-se ressaltar, ainda, o cuidado que se deve ter para que o Poder Judiciário não se torne autoritário, afastando, por exemplo, um Chefe de Estado. Para um julgamento eminentemente político, pautado, inclusive, na *conveniência*, o Poder Legislativo é quem possui legitimidade democrática. “A judicialização da política, em maior ou menor grau, é um fenômeno verificável em todos os ordenamentos jurídicos aqui estudados [América Latina]. A questão principal é saber até que ponto isto é legítimo e justificável. [...] Seria a expansão da jurisdição constitucional somente mais uma forma de autoritarismo que impregna a política latino-americana, apenas com uma mudança do centro do poder, ou seria ela, enfim, um caminho para a tão almejada estabilidade política e justiça social?”. SCHINEMANN, Caio César Bueno. “Estado de Coisas Inconstitucional” e Diálogo no Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 7, 2016. p. 123.

instituições”.¹⁰¹ Para autor, desta forma, a Câmara e o Senado podem praticar abusos, excessos, erros ou violência. Neste sentido, Saulo Ramos, em parecer no caso Collor, afirmou que *não sendo observado o processo legal, a história registrará a eventual sentença condenatória como ato de deposição*.¹⁰²

2.3 IMPEACHMENT CONTRA ALTOS CARGOS PÚBLICOS

O *impeachment* é, antes de tudo, uma exceção que visa ao afastamento e inabilitação. Sua natureza não é eleitoral, não devendo, por consequência, ser restringindo àqueles que possuam cargos eletivos. Nos Estados Unidos da América, o *impeachment* é possível contra *all civil Officers* (artigo II, seção 4), incluindo juízes. No Brasil, a Lei nº 1.079/1950 em conjunto com a Constituição Federal, aceita o *impeachment* contra Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República, Governadores e Secretários de Estado.

Ao fim e ao cabo, quem estará sujeito ao processo de *impeachment* será uma escolha que caberá ao constituinte ou ao legislador infraconstitucional, devendo ser, em concordância com sua natureza, voltado àqueles cargos que efetivamente sejam detentores de *poder público*.¹⁰³ O *impeachment*, nesta seara, é uma forma de controle, é a possibilidade de represálias por condutas não condizentes com o cargo. Optou-se por denominar de *altos cargos públicos*, contudo, ressalta-se, aqui, que não se trata de hierarquia.

Repisa-se que os cargos passíveis de *impeachment* são reflexos da soberania do Estado, sendo característico de cada país. A Polônia, por exemplo, optou por um Tribunal específico para julgamento de altos cargos – o que, na presente definição não se caracteriza

¹⁰¹ “Alegue-se que a imaginação carregou nas cores do quadro. Talvez. Mas ela serve para mostrar que, se grave é o abuso do Senado ao condenar injustamente, não menos grave é o Senado absolver a autoridade que devia ser despejada no governo, como imperativo de salvação nacional.

Da mesma forma, se por erro, prepotência, espírito de vingança ou mesquinho facciosismo, a Câmara decreta a acusação do Presidente, e o Senado a julga procedente, a autoridade injustamente acusada e destituída injustamente não tem recurso algum, nem Corte de justiça, ante a qual possa pleitear e haver reforma ou revisão da iniquidade de que tenha sido vítima. Recurso ou ação judicial não existe, como tribunal competente não há, através do qual a autoridade condenada em processo de responsabilidade possa pleitear reforma ou revisão. A lei não estabelece o recurso nem instituiu tribunal.

Não existe remédio legal para a decisão do Senado, seja ela contrária à autoridade, seja contrária à Nação”. PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment...** *Op. Cit.* p. 176-179.

¹⁰² BENEVIDES, Mauro (org). **O impeachment no Senado Federal**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1993. p. 88.

¹⁰³ Utiliza-se a expressão *poder* aqui de maneira lata. Lukes possui uma teoria tridimensional do poder, dividindo-se em: um ator social tendo poder sobre o outro que cumpre sua ordem; poder oriundo de omissão e poder estrutural de atores sociais cujos interesses são protegidos por regras jurídicas. LUKES, Steven. **Power: A Radical View**. New York: Palgrave MacMillan, 2005. p. 25-29.

como um processo de *impeachment* propriamente dito – quais sejam o Presidente da República, o Primeiro Ministro, os membros do Conselho de Ministros, o Presidente do Banco Nacional da Polônia, o Presidente da Suprema Câmara de Controle, membros do Conselho Nacional de Rádio e Televisão, pessoas as quais o Primeiro Ministro concedeu poderes de gestão a um ministério e o Comandante-Chefe das Forças Armadas.¹⁰⁴

O Chile, por exemplo, permite a *acusación constitucional* em face do Presidente da República, Ministros da República, magistrados dos Tribunais Superiores, Controlador Geral da República, Generais ou Almirantes das Forças de Defesa Nacional, Delegados Presidenciais Regionais, Delegados Presidenciais Provinciais e autoridade que exerça governo de territórios especiais.¹⁰⁵ Ou seja, é um total exercício de soberania estatal.

2.4 IMPEACHMENT SOMENTE PARA CONDUTAS REPROVÁVEIS

Indo ao encontro da característica anterior, as condutas passíveis de processo de *impeachment* devem ser oriundas de reprovação, de acordo com a Constituição. Desta forma, é importante reforçar que o *impeachment* não se relaciona diretamente com baixos índices de popularidade.

Alguns países optam pela adoção do sistema de *recall* ou revogação de mandato, o qual é um *instituto de direito político, de caráter constitucional ou não, possibilitando que parte do corpo eleitoral de um ente político (País ou a União Federal, Estados, Províncias, Distritos ou Municípios) convoque uma consulta popular para revogar o mandato popular antes conferido*.¹⁰⁶ Assim, o *recall* é uma espécie de direito de arrependimento na medida em que os próprios eleitores podem rever a confiança depositada em um agente público, sendo seus requisitos, também, um exercício de soberania do Estado. O *impeachment*, por sua vez, não envolve confiança ou arrependimento, mas sim condutas reprováveis, não condizentes com a função pública exercida, as quais podem ou não estar em concordância com a vontade popular.

¹⁰⁴ Artigo 198, disponível em: <<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>>. Acesso em: 04 out. 2017

¹⁰⁵ Artigo 52, disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>. Acesso em: 04 out. 2017.

¹⁰⁶ CORDEIRO, Vinicius. **O controle dos mandatos populares pelo Legislativo no Direito Brasileiro**. Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7200/o-controle-dos-mandatos-populares-pelo-legislativo-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 04 out. 2017. Em sentido semelhante: ÁVILA, Caio Márcio de Brito. **Recall – a revogação do mandato político pelos eleitores**: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro. São Paulo, 2009. 152 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo. p. 55.

Nos Estados Unidos da América, a linguagem aberta da Constituição no que tange ao *impeachment* acabou¹⁰⁷, mormente na segunda metade do século XX, a ser utilizada de forma partidária e inconsistente, adequando as interpretações a contextos específicos e que variam de acordo com o réu.

No ano seguinte ao julgamento do Presidente Bill Clinton, Frank O. Bowman III e Stephan L. Sepinuck se focaram no estudo de problemas a serem considerados ao definir os *High Crimes and Misdemeanors*. Iniciam os autores com a já referida colocação de Gerald Ford, ao trazer o monopólio da interpretação de significado ao Congresso. Os autores, para a devida interpretação, partem de cinco premissas: (a) *impeachable offenses*¹⁰⁸ não são limitadas a crimes: os autores apresentam que, na cultura jurídica inglesa predominante à época da elaboração da Constituição, *high misdemeanor* era um comportamento não criminoso de abuso de poder, negligência, invasão das prerrogativas do Parlamento e quebra de confiança. A conclusão, por certo, é que a *criminalidade* não é um pré-requisito do *impeachment*. Os autores citam, como exemplo, a recusa de Presidente em organizar a defesa do país contra invasão estrangeira; (b) há distinção entre condutas criminais *impeachable* (passíveis de *impeachment*) e *non-impeachable* (não passíveis de *impeachment*): as condutas devem ser lidas de forma conjunta (suborno, traição e outros altos crimes). Infere-se disto, para os autores, que as *impeachable offenses* se tratam de ofensas públicas que afetam o sistema democrático. O exemplo dado pelos juristas seria o Presidente que oferece suborno para admissão de seu filho num colégio. Conquanto seja uma conduta tipicamente criminosa, seria *non-impeachable*; (c) nem toda conduta criminal terá como consequência o *impeachment*¹⁰⁹: dirigir um ônibus ou trem intoxicado seria, por exemplo, uma *felony*, mas não uma *impeachable offense*. Não existe uma divisão prévia entre eles, cabendo-a ao Poder Político. A principal conclusão, no entanto, é a de que a recusa de um *impeachment* não é sinônimo de não punição, a qual poderá ocorrerá através de outras formas; (d) distinção entre *impeachable crimes* de *non-impeachable crimes*: para tal, Bowman III e Sepinuck trazem quatro critérios a serem analisados, quais sejam: (i) a relação entre a gravidade moral e o caráter político, o que leva, como consequência, ao

¹⁰⁷ Article II, Section 4: The President, Vice President and all Civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.

¹⁰⁸ Na língua inglesa, há o verbo *to impeach*, o substantivo *impeachment* e o adjetivo *impeachable*. Mormente quanto à última, a tradução mais próxima seria *passível de impeachment*. Os autores se referem com constância à *impeachable offenses*, as quais seriam condutas passíveis de *impeachment*. Optar-se-á, aqui, por usar, predominantemente, o termo em inglês em virtude da insuficiência da tradução.

¹⁰⁹ No direito estadunidense, usualmente as condutas criminais são divididas entre *felonies* e *misdemeanors*. As primeiras de maior potencial ofensivo, as segundas de menor potencial ofensivo. No item (c), os autores estão tratando de *felonies*.

entendimento de que uma *impeachable offense* é uma mistura entre ambos. Deve haver, assim, um nexo entre a conduta praticada e os deveres presidenciais. Como exemplo, os autores trazem o assassinato de um político rival ou a venda de estratégias militares para terroristas; (ii) a severidade dos crimes *aos olhos do direito penal*; (iii) os elementos da conduta criminosa e as suas circunstâncias; (iv) perjúrio e obstrução à justiça, devendo ser observado o *fórum* onde a mentira foi dita o seu assunto, o exemplo de *non-impeachable crime* neste caso seria o caso de Bill Clinton, ao mentir sobre assuntos envolvendo matéria sexual; (e) categoria de *impeachable offense*, a qual não deve ser iniciada pela *House of Representatives* e nem jugada pelo Senado: nesse sentido, os congressistas, segundo os autores, devem observar se o *impeachment* servirá de exemplo para evitar que futuros presidentes o repitam, se o afastamento do Chefe de Estado é necessário para proteger a República e, principalmente, se será bom ou ruim para o país a longo prazo.¹¹⁰

A Lei nº 1.079/1950 elenca mais de sessenta condutas passíveis de *impeachment*. Destaca-se, contudo, que algumas possuem uma vagueza muito grande como, por exemplo, “proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo” (art. 9º, 7). Nos Estados Unidos da América, conforme já analisado, também há uma espécie de *cláusula de abertura*, o que levou o Gerald Ford a afirmar que “uma ofensa passível de *impeachment* é aquela que a *House of Representatives* considera que o seja durante um determinado momento na história”.¹¹¹ Conquanto haja tal elasticidade, repisa-se que os direitos e garantias do acusado devem ser garantidos, de modo que qualquer processo kafkiano deve ser considerado nulo.

Ao redor do mundo, as Constituições tendem a possuir *cláusulas de abertura*. A Federação Russa, por exemplo, afirma que o *impeachment* poderá ocorrer em caso de alta traição ou graves crimes, sem, contudo, especificá-los.¹¹² O sistema da Coreia do Sul, por sua vez, traz como critério material a violação da Constituição ou outras leis no exercício de função oficial.¹¹³ Ou seja, o mais comum é dar autonomia ao órgão julgador à determinação da conduta

¹¹⁰ BOWMAN III, Frank O. Bowman, SEPINUCK, Stephen L. High Crimes & Misdemeanors: Defining the Constitutional Limits on Presidential Impeachment. **Southern California Law Review**, vol. 72, 1999. p. 1517-1565. Disponível em: <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=facpubs>>. Acesso em: 04 out. 2017.

¹¹¹ "An impeachable offense is whatever a majority of the House of Representatives considers it to be at a given moment in history" in UNITED STATES SENATE. **Impeachment**. Disponível em: <https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Senate_Impeachment_Role.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

¹¹² Artigo 93, disponível em: <<http://www.constitution.ru/en/10003000-05.htm>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

¹¹³ Artigo 65, disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/icl/ks00000_.html>. Acesso em: 09 abr. 2017.

passível de *impeachment*, conquanto ela deva sempre observar garantias previstas na Constituição.

2.5 IMPEACHMENT VISANDO AO AFASTAMENTO DO CARGO E INABILITAÇÃO LIMITADA

Essa característica é, também, a função do processo de *impeachment*. Conforme já explicado, não se trata de um caso de quebra de confiança entre cidadãos e oficial público, mas sim de conduta reprovável, a qual deverá ter como consequência o afastamento de quem a cometeu e uma *punição* de inabilitação para ocupar cargos durante prazo limitado de tempo.

No caso dos chefes do Poder Executivo, é necessário fazer um breve comentário acerca da democracia, afinal, um corpo político afasta um membro democraticamente eleito do exercício de poder. Para Eneida Desiree Salgado, o Estado contemporâneo possui como bases a democracia, a limitação do poder pelo Direito e a força normativa da Constituição, de modo que “a validade da atuação do Estado brasileiro depende, ainda e enquanto este for o fundamento do poder, do consentimento do povo, titular da soberania”.¹¹⁴ A estrutura do *impeachment* permite tal afirmação, afinal, principalmente no Brasil, “a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal” (art. 45, CF), de modo que a população, através de eleições, dá a permissão aos Congressistas para que, eventualmente, sejam os juízes constitucionais nos casos de *impeachment*.

É justamente neste sentido que o afastamento de um Governador ou do Presidente da República é feito, juridicamente, por juízes que foram eleitos, quais sejam os membros do Poder Legislativo. Assim, a pena passa a ser única: em caso de culpa, deverá a autoridade ser afastada e inabilitada, sem possibilidade de nada além disso.

Essa pena única, todavia, não afasta a possibilidade de outras condenações nas demais searas do direito. Um Presidente da República que, por exemplo, seja chefe de uma organização criminosa que regula preços de determinado produto no mercado poderá sofrer *impeachment* sendo afastado do seu cargo e inabilitado por oito anos, sofrer processo criminal e perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

¹¹⁴ SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 27.

Ao partir do entendimento de que o *impeachment* possui uma natureza política, é possível considerar a duplicidade dos processos e, por consequências, das penas. Paulo Brossard chega a mesma conclusão exemplificando que *algo semelhante ocorre quando, pela mesma e única falta, conforme seja ela, o funcionário público responde a processo administrativo e a processo penal, sujeito assim a pena disciplinar e a pena criminal*. O autor explica, então, que o sujeito com o *status* de funcionário poderá sofrer sanção disciplinar, enquanto que seu *status* de ser humano, capaz e responsável gera a possibilidade de sanção penal. *Dessa forma, em razão de um só fato, sanções administrativas podem coexistir com sanções penais, cada qual, é ocioso salientar, em sua órbita.*¹¹⁵ O Presidente da República, sob esse prisma, que comete delito sem qualquer relação com o cargo, estaria sujeito a processo penal, mas não político, o que Frank O. Bowman III e Stephan L. Sepinuck chamam de *non-impeachable offenses*. Brossard afirma, também, ser possível o oposto, havendo processo político que não permita ação penal. Por fim, é possível, para o Presidente, também haver dupla sanção.

O *impeachment* do Presidente Fernando Collor, neste sentido, exemplifica o exposto. O Senado Federal considerou-o culpado, acarretando em seu afastamento e inabilitação para o exercício de cargos públicos durante oito anos. O Supremo Tribunal Federal, todavia, inocentou-o, alegando falta de provas. Por serem dois sistemas com hermenêuticas e finalidades diferentes, os resultados completamente opostos (condenação-absolvição) não significam *per se* nenhuma incongruência. É certo que Collor renunciara antes do julgamento definitivo do *impeachment* pelo Senado Federal visando a evitar a inabilitação, o órgão, contudo, condenou-o da mesma forma:

8. Tendo ficado extinto, pela renúncia o mandato presidencial do acusado, encerrou-se, no Senado, o processo de **impeachment**, por ter ficado prejudicado, quanto à sanção que poderia impor a mesma extinção (art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal.)

9. No mais, atingido que foi o **quórum** de dois terços, pela condenação do acusado, declaro que o Senado o condenou à inabilitação, por oito anos, para o exercício da função pública, nos termos do mesmo dispositivo constitucional.¹¹⁶

¹¹⁵ PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment...** *Op. Cit.* p. 72.

¹¹⁶ BRASIL. Senado Federal como Órgão Judiciário. Processo de *Impeachment*, Relator Sen. Elcio Álvares. Julgado em: 30 dez. 1992.

Por outro lado, deve-se criticar a decisão do Senado Federal, no *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff. O órgão julgador, sob a presidência do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, decidiu por *fatiar* a condenação¹¹⁷, conquanto a Constituição Federal seja clara em afirmar que “nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”. Ou seja, a inabilitação é uma consequência constitucional da perda do cargo. Observe-se a sentença:

III. Dispositivo

O Senado Federal entendeu que a Senhora Presidente da República DILMA VANA ROUSSEFF cometeu os crimes de responsabilidade consistentes em contratar operações de crédito com instituição financeira controlada pela União e editar decretos de crédito suplementar sem autorização do Congresso Nacional previstos nos art. 85, inciso VI, e art. 167, inciso V, da Constituição Federal, bem como no art. 10, itens 4, 6 e 7, e art. 11, itens 2 e 3, da Lei nº 1.079, de 10 de abril 1950, por 61 votos, havendo sido registrados 20 votos contrários e nenhuma abstenção, ficando assim a acusada condenada à perda do cargo de Presidente da República do Brasil.

Em votação subsequente, o Senado Federal decidiu afastar a pena de inabilitação para o exercício do cargo público, em virtude de não se haver obtido nesta votação 2/3 dos votos constitucionalmente previstos, tendo-se verificado 42 votos favoráveis à aplicação da pena, 36 contrários e três abstenções.¹¹⁸

Não se faz, aqui, juízo de valor acerca da hipótese trazida por Saulo Ramos de eventual abuso do Poder Legislativo ocasionando deposição, mas sim, critica-se o avilte constitucional patrocinado pelo Presidente da Suprema Corte do país ao violar a norma constitucional que determina, como condenação em caso de *impeachment*, a perda do cargo e a inabilitação política.

3 CONCLUSÕES

Após a redemocratização do país, houve sete eleições, dentre as quais três reeleições. Dos quatro presidentes eleitos (Fernando Collor de Mello, Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff), dois sofreram impeachment, dando origem ao que pode

¹¹⁷ Repisa-se que embora o Senado seja entendido como órgão Supremo para a decisão material do *impeachment*, o fatiamento – não obstante ter sido votado pelos Senadores como Destaque - para votação em separado de perda de mandato e inelegibilidade é compreendido como inconstitucional por violar o processo de *impeachment* em aspecto formal. Neste sentido, seria possível judicializar a questão.

¹¹⁸ BRASIL. Senado Federal como Órgão Judiciário. Denúncia nº 1/2016, Relator Sen. Antonio Anastasia. Julgado em: 31 ago. 2016.

se chamar de Era do *Impeachment*. Foram apresentados à Câmara dos Deputados 29 pedidos de *impeachment* em face de Collor, 24 em face de Fernando Henrique, 34 em face de Lula, 68 em face de Dilma Rousseff e, até junho de 2017, 18 em face de Michel Temer.¹¹⁹ Destarte, conquanto o andamento de um pedido dependa diretamente do Presidente da Câmara dos Deputados, é evidente que o *impeachment* passou a ser utilizado como forma de pressão contra o Presidente da República.

Quando a Constituição estadunidense estava sendo traçada, muito se discutiu acerca do *impeachment*. A principal discussão se referia ao Chefe do Executivo: poderia o Presidente da República ser afastado? Muitos problemas foram apontados, o principal consistia na alegação de que o Presidente poderia ficar refém de seus julgadores, chegando, inclusive, a se cogitar a criação de um tribunal de impeachments.¹²⁰ O membro mais velho da Convenção, Benjamin Franklin, afirmou que “quando um oficial público se torna obnoxio, ele sempre poderá ser assassinado”. Com essa brincadeira, Franklin defendeu o *impeachment* alegando que ele seria a melhor maneira de punir o Executivo quando cometesse uma conduta reprovável e de absolvê-lo quando fosse injustamente acusado.¹²¹

Tal anedota serve como interessante exemplo para se defender a existência do *impeachment*, dado que ele pode servir como válvula de escape para evitar situações mais drásticas num autêntico sistema de *checks and balances*. O risco, no entanto, é o de se navegar por um caminho totalmente desconhecido. Até início deste século, a única obra monográfica de peso (e escrita distante de um processo de *impeachment*, o que não ocorreu com a obra de Cretella Jr., por exemplo) era a de Paulo Brossard. Por maior que seja sua excepcionalidade, a doutrina brasileira deve iluminar esta penumbra, apresentando críticas, constatações e teorias, a fim de que, quando um processo de *impeachment* ocorrer no país, seu trâmite seja claro e límpido, garantindo a segurança jurídica necessária que a possibilidade de ruptura tão grande exige.

Desta forma, este artigo procurou fazê-lo através de um foco doutrinário, e não análise dos casos Collor e Dilma, a fim de evitar qualquer incidência ou alegação indevida de partidarismo intelectual. A conclusão, tal como apresentando no início, pode ser sintetizada na

¹¹⁹ Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2017/06/02/pedidos-impeachment-temer/l>>. Acesso em: 04 out. 2017.

¹²⁰ Para análise das discussões, ver: UNITED STATES. Congress. **Impeachment: selected materials**. Washington: U.S. Government Printing Office, 1973. p. 3-6.

¹²¹ KYVIG, David E.. **The age of impeachment...** *Op. Cit.*, p. 16-17.

definição trazida: o *impeachment* é instrumento constitucional através do qual o Poder Legislativo, utilizando a toga do Judiciário, processará e julgará altos agentes públicos por condutas reprováveis – não necessariamente criminosas – tendo como consequência o afastamento do cargo e a inabilitação para exercício de função pública durante prazo limitado.

REFERÊNCIAS

AMAR, Akhil Reed. **America's constitution: a biography**. New York: Random House, 2006.

ÁVILA, Caio Márcio de Brito. **Recall – a revogação do mandato político pelos eleitores: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro**. São Paulo, 2009. 152 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo.

BENEVIDES, Mauro (org). **O impeachment no Senado Federal**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1993.

BOWMAN III, Frank O. Bowman, SEPINUCK, Stephen L. High Crimes & Misdemeanors: Defining the Constitutional Limits on Presidential Impeachment. **Southern California Law Review**, vol. 72, 1999. p. 1517-1565. Disponível em: <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=facpubs>>. Acesso em: 04 out. 2017.

BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 6. ed. St. Paul: West Publishing Co, 1990.

BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, ano II, nº 196. Ata da 215ª sessão, 03 mar. 1988. p. 133.

BRASIL. Senado Federal como Órgão Judiciário. Denúncia nº 1/2016, Relator Sen. Antonio Anastasia. Julgado em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Senado Federal como Órgão Judiciário. Processo de *Impeachment*, Relator Sen. Élcio Álvares. Julgado em: 30 dez. 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.193, Relator Min. Teori Zavascki. Pedido Liminar. Decidido em 11.05.2016. Grifo nosso. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.341, Relator Min. Teori Zavascki. Pedido Liminar. Decidido em 08.09.2016. Grifo nosso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.530, Relator Min. Luiz Fux. Pedido Liminar. Decidido em 14.12.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.562, Relator Min. Alexandre de Moraes. Pedido Liminar (Min. Luís Roberto Barroso). Decidido em 04.02.2017

CORDEIRO, Vinicius. **O controle dos mandatos populares pelo Legislativo no Direito Brasileiro**. Jus navigandi, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7200/o-controle-dos-mandatos-populares-pelo-legislativo-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 04 out. 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do impeachment no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GRAU, Eros Roberto **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUEDES, Névilton. O princípio da congruência. In MARQUES, Mauro Campebell (coord.). **Improbidade administrativa**: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HAMILTON, Alexander. Federalist Paper nº 65: The Powers of the Senate Continued. In: ROSSITER, Clinton (Org.). **The Federalist Papers**. New York: Signet Classics, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KYVIG, David E.. **The age of impeachment**: American constitutional culture since 1960. Lawrence: University Press of Kansas, 2008.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Leme: CL EDIJUR, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomo III. 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963.

MOREIRA, Egon Bockmann. Impeachment: político ou jurídico?. **Jornal Gazeta do Povo**, Curitiba, PR, p. 1 - 1, 14 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/impeachment-politico-ou-juridico-6tfpfp2tc9wrqfz0vd58o6vq>>. Acesso em: 02 out. 2017.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment**: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. Curitiba, 2010. 356 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico**: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

UNITED STATES SENATE. **Impeachment**. Disponível em: <https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Senate_Impeachment_Role.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GOVERNANÇA PÚBLICA: O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SOB A PERSPECTIVA DA DISCRICIONARIEDADE E DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA GOBERNANZA PÚBLICA: EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DISCRECIONALIDAD Y DEL PRINCIPIO DE LA EFICIENCIA

Itamar de Ávila Ramos¹²²
Rodrigo Monteiro da Silva

Data da submissão: 05/10/2017

Data da decisão editorial: 16/10/2017

Data da comunicação ao autor: 16/10/2017

RESUMO

Analisa o inter-relacionamento entre a governança pública, o princípio da eficiência administrativa e a concretização dos direitos fundamentais, sob a vertente da atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos. Em uma perspectiva analítica de base histórica dialética e por meio de um estudo exploratório descritivo, analisaram-se as fundamentações dos votos vencido e vencedor proferidos por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.612.931 – MS, quando discutiu-se a pretensão de implantação de plantão de 24 horas em Delegacia Especializada de Atendimento à Infância e à Juventude, a fim de que todo menor apreendido em flagrante seja ouvido e atendido na referida instituição, impedindo que sejam colocados em ambiente carcerário constituído para imputáveis, em concomitância com presos maiores. Constatou-se que o direito fundamental à boa administração e o princípio da eficiência, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, são fundamentos para a compreensão de que a discricionariedade da Administração Pública não é absoluta, cabendo ao Poder Judiciário o controle da legalidade, dos motivos e da finalidade dos atos praticados sob o seu manto. Conclui-se sustentando que cabe ao Poder Judiciário, ocorrendo ações ou omissões do Poder Executivo incongruentes com o projeto constitucional, determinar a adoção da correta materialização de políticas públicas atinentes à manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Governança pública; Direitos fundamentais; Discricionariedade; Princípio da eficiência.

RESUMEN

Se analiza la interrelación entre la gobernanza pública, el principio de la eficiencia administrativa y la concreción de los derechos fundamentales, bajo la vertiente de la actuación del Poder Judicial en el control de los actos administrativos. En una perspectiva analítica de base histórica dialéctica y por medio de un estudio exploratorio descriptivo, se analizaron las fundamentaciones de los votos vencidos y vencedores proferidos con ocasión del juicio del Recurso Especial n ° 1.612.931 - MS, cuando se discutió la pretensión de la implantación de

¹²²Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV; Especialista em Direito Público e Direito Privado pela Universidade Estácio de Sá; Promotor de Justiça (MP-ES). itamar.amos@uol.com.br. Rodrigo Monteiro da Silva. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV; Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho; Promotor de Justiça (MP-ES). rodrigomonteiro.es@gmail.com.

turno de 24 horas en Comisaría Especializada de Atención a la Infancia y la Juventud, a fin de que todo menor aprehendido en flagrante sea oído y atendido en la referida institución, impidiendo que sean colocados en un ambiente carcelario constituido para imputables, en concomitancia con presos mayores. Se ha entendido que el derecho fundamental a la buena administración y el principio de eficiencia, bajo la perspectiva de la dignidad de la persona humana, son fundamentos para la comprensión de que la discrecionalidad de la Administración Pública no es absoluta, cabiendo al Poder Judicial el control de la legalidad, de los motivos y de la finalidad de los actos practicados bajo su manto. Se concluye sosteniendo que es responsabilidad del Poder Judicial, ocurriendo acciones o omisiones del Poder Ejecutivo incongruentes con el proyecto constitucional, determinar la adopción de la correcta materialización de políticas públicas concernientes al mantenimiento del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Palavras-chave: Gobernanza pública; Derechos fundamentales; Discrecionalidad; Princípio de eficiencia.

INTRODUÇÃO

A enunciação da dignidade da pessoa humana e da cidadania, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, logo no primeiro artigo da Constituição brasileira de 1988 tem, dentre suas justificativas, em especial, o período de repressão política vivenciado no Brasil, precedente à sua promulgação, que fez nascer a necessidade de que o legislador constituinte evidenciasse a todos que o Brasil emergia para um novo paradigma de Estado, com a afirmação, não apenas simbólica, mas intencionalmente transformadora da realidade.

Nesse contexto, no Estado Democrático de Direito, Barroso¹²³ explicita três grandes transformações que modificaram o conhecimento referente ao Direito Constitucional, consistentes: no reconhecimento da força normativa da Constituição; na expansão da jurisdição constitucional; e na reelaboração doutrinária da interpretação constitucional.

Às citadas mudanças devem ser acrescidas as considerações de Souza Neto e Sarmento¹²⁴ quanto à constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados com os direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; quanto à sobredita reaproximação entre o Direito e Moral; e quanto à judicialização da política e das relações sociais.

Sob esse novo paradigma, a compreensão das tensões existentes entre o controle dos atos administrativos realizado pelo Poder Judiciário e a obediência da Administração Pública aos princípios explicitados no art. 37 da Constituição brasileira de 1988, dentre os quais, os princípios da legalidade e o da eficiência, sob a perspectiva do direito fundamental à boa administração são os objetivos que permeiam a presente pesquisa.

O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há algum tempo a discricionariedade administrativa deixou de ser observada, conforme apresenta Dallari¹²⁵ como uma espécie de “cheque em branco” ou “palavra mágica” conferidos ao administrador público, de modo que lhe seja permitido indiscriminadamente conduzir a

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 284-289.

¹²⁴ SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 202.

¹²⁵ DALLARI, Adilson. Controle do desvio de poder. In: LIMA, Liana Maria Taborda; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de (Coords.). **Abuso de poder do Estado na atualidade**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2006, p. 4.

gestão das políticas públicas sem a necessária vinculação ao feixe de princípios espalhados no ordenamento brasileiro e sobretudo na Constituição Federal.

Há que se concluir que em lugar da discricionariedade obtusa, irracional, foi moldado o inequívoco entendimento afeto à administração da coisa pública como verdadeiro direito fundamental de todo cidadão.

Freitas¹²⁶ assevera que a discricionariedade do agente público “não significa, no Estado Constitucional, liberdade para o erro teratológico ou para vantagens indevidas e voluntarismos de matizes irracionais, ainda que dissimulados em ideologia”. E continua, ao afirmar que não mais se pode admitir uma discricionariedade pura, intátil, sem limites, restando necessário controlar ou mesmo mitigar vícios, excessos e escolhas desidiosas.

Para Bandeira de Mello¹²⁷ a discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. A discricionariedade denota o poder/dever do administrador público de buscar a melhor solução para um problema posto.

A atuação estatal meramente reativa e negativamente “desprogramada” se apresenta como inadequada ao modelo constitucional, devendo a Administração Pública deixar de lado a atuação movida pelo impulso e por voluntarismos, com a finalidade de alcançar uma ação planejada e legitimada por critérios conhecidos e transparentes¹²⁸.

Nasce um inegável direito fundamental à boa administração pública, o qual restou didaticamente anotado por Freitas¹²⁹:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

Esse direito fundamental à boa administração pública está umbilicalmente vinculado ao princípio da governança pública, por meio do qual compreende-se que a coordenada condução das funções administrativas merece ter por foco a satisfação de um interesse público democrático e legítimo¹³⁰.

Inegável que o dever de planejamento da Administração Pública guarda sintonia com o dever constitucional de eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição Federal, restando evidente que a gestão da coisa pública necessita se voltar à satisfação dos interesses da coletividade, mediante uma atuação estatal coordenada e coerente, sobretudo com respeito aos direitos fundamentais.

Esse dever de eficiência sob todas as vertentes do Estado (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) restou apontado por Agra:

¹²⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9-10.

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 48.

¹²⁸ VALLE, Vanice Regina do. **Direito fundamental à boa administração, políticas públicas e a prevenção do desgoverno**. Interesse Público, v. 48, 2008, p. 96.

¹²⁹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

¹³⁰ BLIACHERIENE, Ana Carla *et al.* Governança Pública, eficiência e transparência na administração pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 133, jan. 2013.

A res publica expressa que as decisões políticas devem ser tomadas em benefício da população, e que os mandatários e os gestores públicos têm a obrigação de exercer suas funções de forma a considerar o bem público como algo sacro, densificando a eficiência dos órgãos estatais no atendimento das demandas coletivas¹³¹.

O Estado deve pautar sua atuação a partir de uma discricionariedade legítima de modo que reine como pedra filosofal uma administração pública ética, proba, eficiente, transparente, cumpridora e garantidora das políticas públicas aptas à consecução dos direitos fundamentais espreitados na Constituição Federal, com destaque à dignidade humana.

Essa discricionariedade legítima pode ser definida como:

A competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública¹³².

Em momentos pretéritos a discricionariedade administrativa era enxergada como um verdadeiro “cheque em branco”, que permitia aos administradores públicos uma ampla e por vezes irresponsável liberdade de atuação. Dizia-se que ao gestor público cabia a faculdade de agir dentro dos limites impostos pela lei, em uma espécie de legalidade obtusa.

Sob o viés mais coerente com o feixe de princípios que regem o direito fundamental à boa administração pública compreende-se que a discricionariedade administrativa não é mais a liberdade de atuação limitada pela lei, mas a liberdade de atuação limitada pelo Direito¹³³.

A discricionariedade sem medidas e sem controle se apresenta irracional. A partir de tal constatação, mister se faz pensar em mecanismos amplos que possibilitem o controle da Administração Pública, de modo a se alcançar a plenitude desse direito fundamental, mediante a implementação de escolhas administrativas legítimas.

Vivemos a era de uma verdadeira expansão do Poder Judiciário que, segundo Brandão¹³⁴ não tem se traduzido apenas na “globalização da jurisdição constitucional”, mas também na transferência de poder decisório às Cortes sobre questões nucleares da sociedade e da política. Barroso¹³⁵ acentua que a atuação do Poder Judiciário voltada à materialização de direitos fundamentais relegados à sociedade (ativismo judicial) apresenta-se como uma escolha do magistrado na maneira de interpretar as normas constitucionais, de modo a ampliar seu sentido ou alcance, em regra está diretamente ligado a uma contração do Poder Legislativo.

Para o autor tal atuação está associada à ideia de uma participação maior do Poder Judiciário na oferta de direitos, mas principalmente na aplicação direta da Constituição Federal em casos não expressamente contemplados em seu texto, sem que para tanto haja a manifestação do Poder Legislativo.

¹³¹ AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61.

¹³² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 171.

¹³⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012, p. 5.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf >. Acesso em: 28 set. 2017, p. 6.

Destaca também Barroso¹³⁶ que o ativismo judicial é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que permite uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

No Brasil tal fenômeno deriva de um novo padrão constitucional adotado pela Carta Magna de 1988 que abraçou uma nova ordem constitucional, em que foi instituído um Estado Democrático de Direito, baseado nos direitos e garantias fundamentais em substituição a um Estado autoritário, onde os direitos e garantias fundamentais se subordinavam ao Estado.

Com a oferta digna de políticas públicas voltadas à preservação da dignidade humana e o consequente respeito aos direitos fundamentais há, na dicção de Barroso¹³⁷, o resgate da imperatividade constitucional é instigante novidade neste país acostumado a maltratar as instituições.

A atuação do Poder Judiciário apta a determinar a realização de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais constitui fato inelutável. O Judiciário, quando provocado, não possui alternativa a não ser se pronunciar sobre omissões relevantes causadas pelo próprio Estado, cabendo-lhe, assim, intervir nas hipóteses em que há violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

Atesta Sarlet¹³⁸ com precisão que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas e atividades. Em se tratando de respeito a direitos fundamentais não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário determina de modo razoável a realização de política pública relegada pelo Estado. Há, nesses casos, o controle da legitimidade e da eficiência da Administração Pública.

Nessa perspectiva, há a partir do reconhecimento e relevância dos direitos fundamentais um verdadeiro controle do dever de bem motivar, como se vê:

Nessa época marcada por agudas transformações de parâmetros e conceitos, o reconhecimento do peso decisivo dos direitos fundamentais acarreta a intensificação da cobrança do dever de bem motivar. Em outras palavras: saindo da zona de conforto, importa extrair os efeitos da premissa de que o poder existe para os direitos fundamentais, não o contrário¹³⁹.

Ressalta-se que havendo a necessidade de ponderação de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, em uma fixação de prioridades do Estado que não se vincular a direitos ligados ao mínimo existencial deve ser preservada a separação de poderes, reconhecendo a competência da Administração Pública na realização dos referidos juízos. De outra sorte, não há como conceber um papel de mero espectador ao Poder Judiciário diante de omissões que violam direitos fundamentais.

É forçoso concluir a existência de uma nova conceituação para os direitos e deveres tratados na Constituição de 1988. Há uma intensa demanda advinda da sociedade para tutela destes direitos. Assim, a legitimidade da atuação protagonista do Poder Judiciário decorre da própria vontade da Constituição.

Sem encerrar o debate mostra-se novamente essencial citar o posicionamento de Barroso:

[...] O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017, p. 11.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 284.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2005, p. 365-366.

¹³⁹ FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57.

aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes¹⁴⁰.

Aguiar¹⁴¹ com acerto defende que apesar da legitimidade democrática dos Poderes Executivo e Legislativo, que são originariamente vocacionados para a definição das políticas públicas, por conta do déficit de dignidade popular verificado em países como o Brasil, é preciso reconhecer o papel proeminente assumido paulatinamente pelo Poder Judiciário como destinatário comum das decepções sociais levadas cada vez mais aos tribunais, principalmente quando está em pauta a discussão sobre os direitos fundamentais em seu núcleo essencial.

Há que se reconhecer, portanto, uma constante judicialização da política, fenômeno decorrente do papel central que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais passaram a ocupar no ordenamento jurídico pátrio.

Em razão do caráter normativo da Constituição, formada por normas jurídicas abstratas de forte tendência política e que se abrem às interpretações tantas, acaba por viabilizar entendimentos diversos sobre assuntos complexos, exigindo a intervenção pacificadora do Poder Judiciário.

A atuação do Poder Judiciário nesse contexto estará vinculada à omissão quanto ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, não sendo viável a referência à separação dos Poderes como fator impeditivo de enfrentamento do mérito da causa através da adoção de uma visão procedimentalista da Constituição.

Descabida a ideia de que o juiz, ao assumir a posição do agente eleito, estaria violando o princípio democrático e pondo em risco o equilíbrio da tripartição dos Poderes. Nesse contexto Ferraz¹⁴² adverte que é preciso enxergar o Direito Administrativo de forma a superar acepções meramente ortodoxas, com a finalidade de edificar a interpretação do sistema jurídico sobre novos paradigmas teóricos. Busca-se, assim, substituir o “Direito das regras” pelo “Direito dos princípios”.

Na mesma vertente Motta¹⁴³ acentua que a necessária observação dos princípios constitucionais consagrados no ordenamento acarreta consideráveis mudanças na concepção tradicional de discricionariedade administrativa, sempre e atenção à manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

De se destacar as reiteradas motivações trazidas pelo Poder Executivo no sentido de justificar determinadas omissões relevantes no tocante à implementação de políticas públicas, apontando a limitação orçamentária e a existência de recursos finitos como causa para a inércia.

Não se nega que a escassez de recursos, sempre incapazes de dar conta de todas as necessidades da população, seja uma realidade presente que conduz o Estado às escolhas trágicas sob o manto da reserva do possível, porém, no que toca à essência dos direitos fundamentais essa justificativa não seduz, sendo certo que uma parte considerável desses recursos públicos se esvai pelo caminho da corrupção, sonegação e renúncias fiscais e, sobretudo, má gestão

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

¹⁴¹ AGUIAR, Claudio Tenório Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas: dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: **Ministério Público e políticas públicas**. VILLELA, Patrícia (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. p. 3.

¹⁴² FERRAZ, Luciano. Concurso público e direito à nomeação. In: MOTTA, Fabrício (org.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum. 2005, p. 254.

¹⁴³ MOTTA, Fabrício. Das sanções. In: DIOGENES, Gasparini (coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum. 2006, p. 145.

administrativa, o que exige mecanismos eficazes do controle do sangramento dessas verbas por aqueles que resolveram assumir posição de destaque na política nacional ¹⁴⁴.

Não só por esse motivo Paulo Junior¹⁴⁵ salienta que as políticas públicas são sindicáveis pelo Poder Judiciário. Havendo transgressão frontal a direito prestacional cabe ao Poder Judiciário a função de retificar a conduta administrativa, se revestida de ilegalidade ou inconstitucionalidade, mesmo quando escorada em “discricionariedade”.

Não se prega o nascimento de um governo de juízes, mas sim deixar claros os espaços constitucionais em que o Poder Judiciário deve agir para exigir democraticamente o Estado respeite o feixe de direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988.

O Poder Judiciário não deve manter-se silente diante daquilo que Freitas assinala como o autoritarismo das escolhas administrativas não-fundamentais, uma vez que os juízos de conveniência e oportunidade se encontram constitucionalmente limitados pelo direito fundamental à boa administração pública¹⁴⁶.

O controle judicial da legalidade e da legitimidade da discricionariedade administrativa não importa em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas sim pressupõe uma análise constitucionalmente adequada da observância ao princípio da eficiência em sintonia com a preservação de direitos fundamentais cotidianamente relegados pelo próprio Estado.

Os magistrados da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no dia 20 de abril de 2017, estiveram envolvidos em debate sobre os limites da discricionariedade administrativa e suas interligações com a concretização de direitos fundamentais, quando, por maioria de votos, optaram pela procedência do pedido principal formulado no Recurso Especial – Resp nº [1.612.931-MS](#).

A compreensão das concepções essências das fundamentações defendidas pelas posições antagônicas adotadas pelos Ministros que participaram do citado julgamento bem clarificam a relevância dos temas em comento, que vão além de abstrações teóricas para, notadamente, repercutirem nas expectativas legítimas da sociedade sobre o real papel do Estado Democrático de Direito brasileiro.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.612.931: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, A DISCRICIONARIEDADE E O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

A Constituição brasileira de 1988 foi o coroamento do processo de transição de um regime autoritário rumo ao regime democrático. Souza Neto e Sarmento¹⁴⁷ afirmam que seu texto apresenta um compromisso com a concretização dos direitos fundamentais e com a inclusão social, destacado já em seu preâmbulo, assim como na localização topográfica da enunciação dos direitos e garantias fundamentais dentre seus capítulos iniciais.

Sob essa mesma perspectiva, deve ser firmado que a cidadania e a dignidade da pessoa humana integram o rol dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito no Brasil, possuindo uma relação solidária e complementar, realçada também por Piovesan, ao afirmar:

¹⁴⁴ AGUIAR, Claudio Tenório Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas: dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: **Ministério Público e políticas públicas**. VILLELA, Patrícia (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. p. 3.

¹⁴⁵ PAULO JUNIOR, José Marinho. O Ministério Público e a concretização de direitos prestacionais: sindicabilidade de políticas públicas e prestação judicial de serviço público. In: **Ministério Público e políticas públicas**. VILLELA, Patrícia (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. p. 140.

¹⁴⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48-51.

¹⁴⁷ SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 170-171.

Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem função democratizadora¹⁴⁸.

Adotou-se, nesta pesquisa, a distinção traçada por Sarlet,¹⁴⁹ ainda que de cunho predominantemente para fins didáticos, entre as expressões “direitos do homem”, no sentido de direitos naturais, ou de direitos não positivados; “direitos humanos”, aqueles positivados na esfera do Direito Internacional; e “direitos fundamentais”, aqueles reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo Direito Constitucional interno de cada Estado.

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos por meio de várias classificações doutrinárias, dentre as quais aquela que possui maior pertinência com os temas em comento, qual seja, sob sua perspectiva subjetiva, em relação à qual, Mendes et al. afirmam:

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou então essa dimensão se expressa no poder de vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.¹⁵⁰

Sarlet et al., a seu turno, após trazerem considerações sobre a complexidade dos direitos fundamentais na sua perspectiva jurídico-subjetiva, destacando a existência de acirrada controvérsia nessa seara, concluem que:

[...] a noção de uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais engloba a possibilidade de o titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão, ainda que tal exigibilidade seja muito variável e careça de uma apreciação à luz de cada direito fundamental em causa, dos seus limites, entre outros aspectos a serem considerados.¹⁵¹

Assim, atuando pela tutela coletiva dos direitos fundamentais de adolescentes, o Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul interpôs o Recurso Especial – Resp nº 1.612.931/152, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local assim ementado:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DESLOCAMENTO DE DELEGADOS E SERVIDORES PARA ATENDIMENTO AO PLANTÃO 24 HORAS DE MENORES INFRATORES – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES – PROVIDO CONTRARIANDO O PARECER.

¹⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 30.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 290.

¹⁵¹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 347.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento procedente por maioria ao Recurso Especial. RE n. 1.612.931. Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul e Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Napoleão Maia. **Diário da Justiça Eletrônico**, 7 de agosto de 2017.

O remanejamento de delegados estaduais, principalmente no regime de plantão dizem respeito à conveniência e oportunidade administrativas, não cabendo a intervenção do Judiciário na formulação de políticas públicas, que constituam matéria sob reserva de governo ou que consubstanciem atos funcionalmente políticos.

A questão envolve matéria de política administrativa, o que é vedado a este Poder Judiciário intervir, sob pena de se permitir que a escolha da construção de creches, presídios, hospitais e demais garantias constitucionais de obrigação do estado sejam transmitidas aos juízes, em clara ofensa ao dispositivo 2o. da Magna Carta de 1988.

Isto porque é da competência do Estado de Mato Grosso do Sul a instalação, administração e manutenção do sistema de internação de menores, que faz parte da segurança pública. Entretanto, embora relevante as questões suscitadas pelo Ministério Público, os motivos pelos quais há o problema versa sobre atos discricionários da Administração Pública (fls. 1.082).

Pretendia-se com a Ação Civil Pública ajuizada em face do Estado do Mato Grosso do Sul o restabelecimento do plantão de 24 (vinte e quatro) horas em delegacia especializada de atendimento à infância e juventude, na cidade de Campo Grande/MS, extinto em dezembro de 2010, viabilizando que todo adolescente apreendido em flagrante fosse ouvido e atendido, independentemente do dia e horário, impedindo o compartilhamento de cela com imputáveis.

O Ministério Público Estadual sustentou na fundamentação do Resp a ocorrência de violação a direitos fundamentais, sobretudo da segurança pública de menores e sua integridade física e mental, o que legitimaria o controle judicial do poder discricionário da Administração Pública, constituindo fator que extrapola o juízo de conveniência e oportunidade.

A certidão de julgamento da decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, referente ao Resp em comento, apresenta uma divisão de posicionamentos entre os seus membros, que culminou com uma maioria de três votos a dois votos pela procedência do pedido principal formulado pelo Ministério Público Estadual.

O objeto principal em julgamento dizia respeito à pretensão formulada numa Ação Civil Pública para a implantação de plantão de 24 (vinte e quatro) horas em Delegacia Especializada de Atendimento à Infância e à Juventude, a fim de que todo menor apreendido em flagrante fosse ouvido e atendido na referida instituição, impedindo que sejam colocados em ambiente carcerário constituído para imputáveis, em concomitância com presos maiores.

Nesse sentido, pleiteou-se que o Estado do Mato Grosso do Sul destinasse recursos do orçamento plurianual para atender as políticas públicas voltadas aos adolescentes em conflito com a lei. O juiz de primeiro grau sentenciou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Estadual, estabelecendo pena de multa diária em caso de descumprimento.

O Tribunal local, conforme ementa acima, em sede de Apelação/Reexame Necessário, reformou a sentença, fundamentando-a na impossibilidade de interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo, considerando que a medida imposta feriria o campo de liberdade concedido à Administração, que deveria ser exercido, exclusivamente, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

O Resp chegava, então, à Corte Superior com duas fundamentações e conclusões diametralmente opostas quanto aos mesmos fatos, impondo aos magistrados a análise dos conteúdo e limite da discricionariedade administrativa do Estado do Mato Grosso do Sul naquele caso concreto.

Conquanto nenhuma das fundamentações tenha citado explicitamente, entendemos que a decisão a ser tomada pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça envolvia, também,

os temas da governança pública, do direito fundamental à boa administração e do princípio da eficiência.

Antes de adentrarmos às fundamentações em litígio, deve ser firmado um ponto referente ao direito fundamental em discussão. Em relação aos direitos fundamentais dos adolescentes, num primeiro olhar, poder-se-ia pensar serem desnecessários dispositivos legislativos que tratassem, especificamente, desses direitos fundamentais, porquanto, por tratarem-se de seres humanos, teriam seus direitos resguardados pelas disposições internacionais e constitucionais que disciplinam os direitos e garantias fundamentais.

No cenário internacional, fizeram menção aos direitos das crianças e dos adolescentes, conforme ensinamentos de Rossato, Lépure e Cunha, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948,¹⁵³ (artigos 25 e 26), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (artigos 10 (3), 12 (2) (a) e 13 (1), além das Convenções Europeia, Americana e Africana de Direitos Humanos, instrumentos componentes do sistema homogêneo de proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes¹⁵⁴.

No âmbito interno, considerando o reconhecimento da condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fez nascer um sistema de garantias de direitos para a adoção de medidas concretas voltadas a dar efetividade aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, com absoluta prioridade numa denominada doutrina de proteção integral.

Este sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes possui algumas características, quais sejam:

a) positivar direitos fundamentais exclusivos para crianças e adolescentes, (...) aos quais se somam todos os direitos fundamentais reconhecidos para os adultos; b) dar uma conformação jurídico-estrutural especial a esses direitos, criando um dever de asseguramento prioritário dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, imposto ao mundo adulto (Estado, família e sociedade, na dicção do art. 227); c) reconhecer igualdade entre as crianças e adolescentes – todos têm os mesmos direitos e deveres, ou seja, um único status jurídico -, pondo fim à odiosa separação entre duas classes de pessoas crianças/adolescentes, que marcava o paradigma menorista¹⁵⁵.

Amin, Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao discorrer sobre a proteção integral, destaca que:

Com ela, constrói-se um novo paradigma para o direito infanto-juvenil. Formalmente, sai de cena a Doutrina da Situação Irregular, de caráter filantrópico e assistencial, com gestão centralizadora do Poder Judiciário, a quem cabia a execução de qualquer medida referente aos menores que integravam o binômio abandono-delinquência.

Em seu lugar, implanta-se a Doutrina na Proteção Integral, com caráter de política pública. Crianças e adolescentes deixar de ser objetos de proteção assistencial e passam a ser titulares de direitos subjetivos. Para assegurá-los é estabelecido um sistema de garantia de direitos, que se materializa no Município, a quem cabe estabelecer a política de atendimento dos direitos da

¹⁵³ **DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem de 1948**. Unic/Rio, 2009. Disponível em: <<http://e25.d32.myftpupload.com/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

¹⁵⁴ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

¹⁵⁵ MACHADO, Martha de Toledo. Direito da Infância e Juventude. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). **Manual de direitos difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 139.

criança e do adolescente, através do Conselho Municipal de Direito da Criança e do Adolescente – CMDCA, bem como, numa co-gestão com a sociedade civil, executá-la¹⁵⁶.

Por fim, avançando no reconhecimento legislativo dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Brasil, em 21 de novembro de 1990, promulgou, através do [Decreto nº 99.710/90](#), a Convenção sobre os Direitos da Criança, que veio reafirmar a necessidade de uma proteção especial às crianças e adolescentes. No mesmo ano, em 13 de julho, foi promulgada a Lei 8.069, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, pautada nos princípios da prioridade absoluta, do melhor interesse e da municipalização. Assim, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes possuem uma disciplina especial, tanto no cenário internacional, quanto interno. Retomando à análise do julgamento do Resp [1.612.931](#), alguns fundamentos da compreensão do voto-vista vencido por ocasião do julgamento merecem atenção, frente aos interrelacionamentos entre os temas ativismo judicial, direitos fundamentais e discricionariedade administrativa que merecem ser destacados.

Na introdução de seu voto-vista, o Ministro Gurgel de Faria afirma ser, de há muito, simpático à tese do controle, pelo Judiciário, do denominado "mérito administrativo", com a possibilidade do reexame dos critérios de oportunidade e de conveniência adotados pelo administrador público, nos casos de abuso perpetrados pela respectiva autoridade, quando desrespeitados os princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade ou, ainda, quando flagrante a ilegalidade, citando como exemplo julgamento em que atuou nos idos do ano de 1999, quando muitos defendiam a insindicabilidade do mérito administrativo.

Logo a seguir, entretanto, o Ministro supracitado apresenta exemplos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que somente autorizariam o exame pelo Poder Judiciário do mérito do ato administrativo discricionário nos casos de abuso por parte do administrador público, consubstanciado em manifesta ilegalidade, concluindo que tais hipóteses não estariam presentes no Recurso Especial em julgamento.

Sua conclusão foi pautada, notadamente, no fato de que, realmente o art. 172, parágrafo único, da Lei nº 8.069/1990 estabelece que o adolescente apreendido em flagrante será, de imediato, encaminhado à autoridade policial competente, entretanto o legislador ordinário salvaguardou a situação da apreensão em flagrante dos adolescentes nas localidades onde não houver as delegacias especializadas plantonistas, a teor da previsão do art. 175 da mesma lei.

Assim, não verificou o Ministro que proferiu o voto-vista vencido ensejo para o controle do mérito administrativo requerido, lembrando que o debate dizia respeito tão somente ao plantão, pois haveria delegacia especializada de atendimento à infância e à juventude em Campo Grande/MS nos demais dias.

Ao reverso, a fundamentação do voto que veio a tornar-se vencedor, proferido pelo Relator do Resp, o Ministro Napoleão Maia, destacou pontos deveras importantes sobre a concretização dos direitos fundamentais, que são, também, defendidos nessa pesquisa e explicitados abaixo. Ressalta destacar que toda a compreensão das normas infraconstitucionais deve ser realizada com o olhar voltado para a Constituição, considerando o princípio da supremacia constitucional, e esse ponto não passou despercebido pelo Ministro Napoleão Maia, eis que, logo no início da fundamentação de seu voto, trouxe à luz as imposições previstas pelo art. 227 da Constituição brasileira de 1988, citando, ainda, a imprescindibilidade de proteção e amparo especializado à criança e ao adolescente, que vem disciplinados em artigos da Lei nº 8.069/90. Ponto central da fundamentação do voto vencedor do Resp em análise trata-se da afirmação de que a discricionariedade do Poder Executivo não é absoluta, e que eventuais abusos podem e

¹⁵⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro, 2011. p. 9.

devem ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário, a quem cabe o controle de sua legalidade, bem como dos motivos e da finalidade dos atos praticados sob o seu manto.

Conclui o Ministro Napoleão Maia que não se estaria, portanto, diante de uma escolha moralmente aceitável do Estado do Mato Grosso do Sul, mas de efetiva preterição de uma prioridade imposta pela Constituição brasileira de 1988, e de uma conduta contrária à lei, nacional e internacional, constituindo hipótese legalmente aceita de intervenção do Poder Judiciário nos atos da Administração praticados com suporte no poder discricionário.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial – Resp nº 1.612.931 teve que optar entre duas interpretações possíveis de normas infraconstitucionais de tutela dos direitos fundamentais de adolescentes infratores, frente à atuação do Poder Executivo e, mesmo não constando referência explícita na ementa do acórdão ou na fundamentação do voto vencedor, entendemos que o princípio da interpretação conforme à Constituição foi aplicado pela maioria de seus ministros.

O princípio da interpretação conforme a Constituição “impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais”¹⁵⁷. O Tribunal Superior, ao se deparar com mais de uma interpretação possível de uma norma, veio escolher aquela que apresenta maior pertinência com a Constituição para a concretização dos direitos fundamentais.

Necessária a compreensão de que a atuação do Estado deve estar orientada, como apontado acima, pela governança pública, pelo atendimento ao direito fundamental à boa administração e pelo princípio da eficiência. Entretanto, a eficiência administrativa deve vir pautada pelo princípio da dignidade humana e não em modelos privados pautados pela ideia de reformismo do Estado dos anos 80 e 90.

Referindo-se ao parâmetro aferidor da eficiência na Administração Pública, Batista Júnior esclarece que, na realidade, o referencial do princípio da eficiência não deve ser compreendido em função do resultado proporcionado ao usuário do serviço público, mas sim deve ser compreendido na pessoa humana, fazendo com que as exigências de maior qualidade na prestação de serviços públicos satisfaçam as necessidades da população¹⁵⁸.

CONCLUSÃO

O objeto pesquisado ainda não se apresenta como pacífico para a doutrina e jurisprudência, não havendo uniformidade sobre a definição dos limites da discricionariedade administrativa. Tanto é que a decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Resp nº 1.612.931, que serviu de fundamento para o início da pesquisa, se deu por maioria de votos (3 x 2).

Se os limites da discricionariedade administrativa não podem ser delimitados por lei, sob o sério risco de se engessar a máquina estatal, é inegável que essa liberdade de atuação do agente público não pode servir de escudo para que os direitos fundamentais recebam mitigação em seu alcance. A preservação da dignidade humana, a exemplo da manutenção de plantão ininterrupto em delegacias especializadas no atendimento de crianças e de adolescentes, não deve encontrar óbice em argumentos vazios de escolhas administrativas.

A governança pública e o direito fundamental à boa administração estão vinculados a um dever de eficiência e ao compromisso de concretização de direitos fundamentais. Nesse particular o Poder Judiciário exerce um papel essencial na manutenção do Estado Democrático de Direito, de modo que possibilita a qualquer cidadão o acesso às conquistas advindas do novo modelo

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: 2011. p. 325.

¹⁵⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 193-194.

constitucional e diante da inércia na materialização desses direitos o Judiciário, cada vez mais, tem sido buscado pela sociedade em geral, seja em ações individuais ou coletivas.

Como garantidor de direitos fundamentais relegados pelo Estado o Judiciário atua como um verdadeiro poder contramajoritário na defesa da Democracia quando realiza o controle da legalidade dos atos estatais, aferindo o conteúdo e os limites da discricionariedade administrativa em prol da concretização do princípio da dignidade humana.

A pesquisa não pretendeu sustentar que ao Poder Judiciário seja indiscriminadamente permitido imiscuir-se na função do Poder Executivo de modo a privilegiar uma política pública em detrimento de outra. Temos a convicção que essa foi igualmente o fundamento da decisão emanada da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. O que se apregoa, em sintonia com o que se espera de um Estado Democrático de Direito, é a possibilidade de judicialização em casos de omissão relevante que submeta a risco o núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma vez que estes vinculam todos os órgãos da Administração Pública.

A invocação do princípio da separação dos poderes, que fundamentou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso Sul ao reformar a sentença que determinou ao Governo estadual que em prazo determinado procedesse à abertura de delegacia especializada para atendimento de crianças e de adolescentes em período integral, não tem o condão de mitigar a possibilidade de judicialização de políticas públicas e representa um verdadeiro contrassenso, uma afronta ao Estado Democrático de Direito, que deve primar pelo respeito aos direitos do homem, dentre os quais aquele relacionado à uma gestão administrativa proba, competente e pautada nos valores de governança.

A investigação permitiu constatar que cabe ao Poder Judiciário agir como o fiel da balança de modo a equacionar a correta materialização de políticas públicas atinentes à manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sempre que presente qualquer risco ao mínimo existencial que deva ser conferido a todo ser humano como condição de manutenção de sua dignidade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Republicanismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 117 p.

AGUIAR, Claudio Tenório Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas: dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: Ministério público e políticas públicas. VILLELA, Patrícia (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. 196 p.

AMIN, Andréa Rodrigues. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro, 2011. 1150 p.

BARROSO, Luís Roberto. Ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017. 29 p.

_____, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017. 45 p.

_____, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2001. 432 p.

_____, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: 2011. 446 p.

BLIACHERIENE, Ana Carla et al. Governança Pública, eficiência e transparência na administração pública. Fórum de contratação e gestão pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 133, jan. 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2012. 351 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento precedente por maioria ao Recurso Especial. RE nº 1.612.931. Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul e Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Napoleão Maia. Diário da Justiça Eletrônico, 7 de agosto de 2017.

DALLARI, Adilson. Controle do desvio de poder. In: LIMA, Liana Maria Taborda; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de (Coords.). Abuso de poder do Estado na atualidade. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988. São Paulo: Atlas. 1999. 275 p.

FERRAZ, Luciano. Concurso público e direito à nomeação. in: MOTTA, Fabrício (org.). Concurso público e constituição. Belo Horizonte: Fórum. 2005. 291 p.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2009. 149 p.

MACHADO, Martha de Toledo. Direito da Infância e Juventude. in: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). Manual de direitos difusos. São Paulo: Verbatim, 2009. 819 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle judicial. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2010. 110 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1485 p.

MOTTA, Fabrício. Das sanções. in: DIOGENES, Gasparini (coord.). Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Fórum. 2006. 399 p.

PAULO JUNIOR, José Marinho. O Ministério Público e a concretização de direitos prestacionais: sindicabilidade de políticas públicas e prestação judicial de serviço público. In: Ministério Público e políticas públicas. VILLELA, Patrícia (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. 196 p.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2012. 736 p.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da criança e do adolescente comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 664 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 512 p.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1440 p.

SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 621 p.

VALLE, Vanice Regina do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas e a prevenção do desgoverno. Interesse público, v. 48, 2008. 317 p.

A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE DO PARLAMENTO BRASILEIRO: O FIM DO MONOPÓLIO DE REPRESENTAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS E OS NOVOS DESAFIOS DO CONGRESSO NACIONAL

THE BRAZILIAN PARLIAMENT REPRESENTATIVENESS CRISIS: THE END OF THE POLITICAL PARTIES REPRESENTATION MONOPOLY AND THE NEW CHALLENGES OF THE NATIONAL CONGRESS

João Paulo Resende Borges¹⁵⁹

Data da submissão: 21/09/2017

Data da decisão editorial: 18/10/2017

Data da comunicação ao autor: 18/10/2017

RESUMO

As recentes manifestações populares expressam a insatisfação da população brasileira com as instituições políticas do nosso país, especialmente com o Congresso Nacional. Em consequência, consolidou-se a visão de que há uma crise de representatividade parlamentar no Brasil, fruto de características do nosso sistema político, tais como: hiperpartidarismo e fragmentação partidária; personalismo eleitoral; voto em lista aberta; infidelidade partidária; e financiamento privado de campanha. Entretanto, o presente artigo demonstra que essa crise, ainda que agravada por tais características, não é exclusiva do Brasil e, na verdade, se constitui em uma crise do modelo de representação fundado nos partidos políticos. Em um contexto de sociedade em rede, demandas plurais e comunicação globalizada, os partidos políticos perderam o monopólio da representação política em diversos países, passando a ser exigida dos Poderes Legislativos uma maior capacidade de abertura para o social, de modo a integrar a representação partidária à representação participativa.

Palavras chave: Crise de Representatividade. Partidos Políticos. Sociedade em Rede. Representação Participativa. Reforma do Legislativo.

ABSTRACT

Recent popular manifestations expressed the dissatisfaction of Brazilian people with the political institutions in Brazil, especially with the National Congress. As a result, it has emerged the theory that there is a crisis of representation in the Brazilian parliament, due to the characteristics of its political system, such as hyperpartidarism and partisan fragmentation; personalism elections; open list vote; partisan infidelity; and private financing campaigns. However, this article demonstrates that this crisis, although exacerbated by such characteristics,

¹⁵⁹Pós-graduado em Gestão Governamental e Políticas Públicas pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília e em Ciências Econômicas pela UPIS Faculdades Integradas. Discente em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Analista Especialista do Banco Central do Brasil.

does not occur exclusively in Brazil; in fact, it constitutes a crisis of a model of representation based on political parties. In a context of networked society, plural demands and globalized media, political parties have lost the monopoly of political representation in various countries. Therefore, it is required of the Parliament greater openness toward the social demands, in order to integrate the partisan representation to the participatory representation.

Keywords: Representative crisis. Political Parties. Network society. Participatory representation. Legislative reform.

1 Introdução

Em 2013, a população brasileira foi às ruas para protestar, de forma genérica e sem pauta definida, contra o sistema político brasileiro e seus representantes. Apesar não terem liderança definida nem foco único, os manifestantes expressavam a descrença nas instituições políticas brasileiras, especialmente no Parlamento.

Esse movimento era um sintoma da insatisfação dos brasileiros com o sistema partidário, em especial com a falta de representatividade dos partidos e lideranças políticas, agravada pelas notícias de corrupção e pela ausência de uma agenda positiva do Legislativo.

Nesse sentido, o presente artigo busca examinar as causas dessa crise de representatividade do Poder Legislativo federal no Brasil. Para tanto, procura responder ao seguinte problema de pesquisa: ‘Quais as razões que explicam a atual crise de representatividade do Parlamento brasileiro?’

O problema proposto foi pesquisado à luz de artigos científicos que versam sobre o sistema político brasileiro e sobre a crise de representação partidária, comum a vários países e independente do grau de maturidade democrática. O método adotado foi o indutivo-dedutivo e foram utilizadas técnicas de pesquisa bibliográfica.

A hipótese do artigo é que a crise de representatividade do Congresso Nacional, ainda que agravada por características do sistema político brasileiro (como hiperpartidarismo e fragmentação partidária, personalismo eleitoral, voto em lista aberta, infidelidade partidária e financiamento privado de campanha), constitui-se, em realidade, em uma crise de representação partidária, que não é exclusiva do Brasil, sendo comum a vários países.

2 Do coletivo para o indivíduo: as origens da representação política

A questão da representação política - e a análise sobre se existe ou não uma crise de representatividade nos dias atuais - não pode ser compreendida sem que levemos em conta a tensão entre indivíduo e coletividade.

Nos Estados antigos, marcados fundamentalmente pela natureza unitária e pela religiosidade, o coletivo prevalecia sobre o indivíduo. A comunidade era entendida como uma forma de vida concreta que determinava a maneira de perceber o mundo e definia a percepção que cada um tinha de si.

De forma semelhante, também na Idade Média permanecia a preocupação com a manutenção da ordem e do equilíbrio, mesmo se levarmos em conta que houve uma quebra da rígida e bem definida organização romana.

Por sua vez, o Estado Moderno originou-se da tendência à centralização do policentrismo de poder numa instância sempre mais ampla, que compreendia o âmbito completo das relações políticas. A partir de sua formação, a territorialidade foi afirmada e houve a progressiva aquisição da impessoalidade do comando político mediante o processo denominado por Weber de burocratização. O resultado foi o Estado territorial concentrado e unitário caracterizado pela racionalização da gestão do poder e da própria organização política (BOBBIO, 2004).

A concepção de ordem moderna passou a contemplar um projeto "racional" da humanidade. Nesse processo, a justificativa teórica do contrato social, que assinalava simbolicamente a passagem do Estado de natureza para Estado civil, metaforizava a tomada de consciência do homem em relação às capacidades de que dispõe para controlar, organizar, gerir e utilizar os meios para sua sobrevivência e para seu crescente bem-estar.

A primeira forma de governo no Estado moderno foi o absolutismo. Tratou-se do regime em que o Rei era a fonte única do Direito e podia dispor ilimitadamente sobre ele, além de não precisar se submeter às leis que ele próprio criava. No *Leviatã*, a celebração de um contrato instituiria um poder cujo objetivo seria manter o respeito, forçando os homens ao cumprimento de seus pactos e ao respeito às leis da natureza (HOBBS, 2006).

Entretanto, o poder absoluto dos reis passou a ser contestado. Um dos teóricos contrários ao regime absolutista foi John Locke, que lançou as bases teóricas para a primeira revolução liberal do mundo: a Revolução Inglesa. O ponto chave de seu pensamento era a liberdade.

De forma diversa de Hobbes, Locke entendia que a liberdade individual não era perdida com o contrato social. A renúncia à liberdade era apenas parcial e ela podia ser definida e especificada por meio de regras jurídicas. Em outras palavras, os homens eram capazes de estabelecer juridicamente quais são suas liberdades e positivá-las. Essa teoria fundamentou o deslocamento do poder do Rei para o Parlamento, esse último entendido como órgão de representação do povo (LOCKE, 1978).

O modelo liberal pressupunha a igualdade formal ou jurídica dos indivíduos, a liberdade como um direito e o controle sobre o poder estatal. O aprimoramento desse modelo deu origem ao modelo constitucional-liberal, baseado na ideia de que cabe ao Direito limitar o poder político do Estado para garantir as liberdades individuais estabelecidas no sistema jurídico.

Dessa maneira, a instituição do liberalismo político e da supremacia do direito marcou a superação definitiva da organização da sociedade por categorias sociais, característica do mundo antigo, no qual, para além da distinção entre público e privado, não era admitida nenhuma presença política do indivíduo, totalmente absorvido pela dimensão comunitária de membro de um corpo social – desde a família até a representação de categoria. No Estado liberal, os interlocutores diretos do Estado não eram mais as categorias, mas os indivíduos (BOBBIO, 2004).

Dessa forma, surgia a moderna sociedade civil, como conjunto organizado dos interesses privados, e, dentro dela, a primordial diferenciação em classes com base no novo modo de produção capitalista. Aliado a isso, o Estado Constitucional, fundado sobre o direito, coincidia com o ordenamento jurídico fundado no indivíduo e em seus direitos naturais. O resultado, portanto, foi a tomada de consciência do indivíduo sobre a identidade e as características comuns de seus interesses privados (BOBBIO, 2004).

Ainda no âmbito do pensamento político moderno, Rousseau apregoava que os indivíduos aceitam perder a liberdade civil para ganhar a individualidade civil, isto é, a cidadania. Enquanto criam a soberania e nela se fazem representar, são cidadãos. Enquanto se submetem às leis e à autoridade do governante que os representa chamam-se súditos. São, pois, cidadãos do Estado e súditos das leis, ou súditos do Estado de Direito (ROUSSEAU, 2006).

Não obstante, a grande dúvida em relação ao pensamento rousseauiano era como identificar a vontade popular quando da criação ou modificação das leis. Como forma de solucionar esse problema, a literatura aponta o modelo de sistema representativo. Segundo essa teoria, que estabelece uma nítida conexão entre soberania popular e representação, são os representantes em assembleia que dizem a vontade do povo. A funcionalidade da representação é permitir que a vontade social possa influenciar a vontade estatal.

Com a introdução do voto de massa, o instituto da representação foi ganhando cada vez mais importância e se consolidou como uma das principais características da democracia, a ponto de confundir-se com ela. Nesse novo cenário, os representantes são eleitos para atuar junto ao

governo em nome dos interesses de seus representados, nos quais reside em última instância o poder. Nessa perspectiva, a democracia, como governo do povo, realiza-se por meio de representantes que atuam de acordo com o mandato determinado pelo próprio povo (SELL, 2007).

3 Da representação política à formação do Estado de Partidos

Inicialmente, a representação ocorria dentro dos feudos e consistia na forma por meio da qual os súditos se faziam ouvir pelos senhores feudais. Após as revoluções liberais, a representação tomou um novo significado, mas ainda mantinha a forma imperativa, ligada à noção de mandato oriunda do Direito Privado, em que o representante estava adstrito a atuar nos limites das instruções na comunidade. Nesse sentido, o representante atuava em nome do representado, respondendo no limite da parcela da soberania que cada grupo possuía. Dessa maneira, esse modelo acabava sempre por privilegiar políticas locais em detrimento da vontade da nação (MEZZAROBBA, 2004).

Nessa perspectiva, os partidos liberais eram de origem parlamentar e representavam uma localidade geográfica específica ou comungavam de ideias e interesses semelhantes (DUVERGER, 1987).

Ao longo do tempo, o mandato imperativo foi gradualmente sendo substituído pelo mandato representativo. Com a expansão do sufrágio universal, a maioria dos eleitores não tinham qualquer identidade com os candidatos de origem local, de forma que o povo percebeu a falta de representatividade do modelo imperativo-local. Em consequência, foram criados os comitês eleitorais para que cada candidato pudesse orientar a população a respeito de suas propostas. Surgiam, portanto, os partidos de origem eleitoral (DUVERGER, 1987).

Segundo esse novo modelo, o representante deixa de estar vinculado à vontade dos eleitores e passa a responder a interesses gerais da nação. Assim, ele é eleito com base na sua capacidade de ponderar e decidir sobre qual a melhor política para a melhoria das condições do povo. Em consequência, a soberania é deslocada para o Parlamento e o povo passa a atuar de forma efetiva apenas durante os processos de escolha de seus representantes, encerrando a sua função quando vencidas as eleições (MEZZAROBBA, 2004).

Assim, os partidos políticos surgiram como um aperfeiçoamento do sistema de representação política, com a função de intermediários entre a sociedade e o governo. São a consequência da ampliação da participação das pessoas na direção do Estado e do sufrágio (SELL, 2007) e atuam como organizadores e aglutinadores de forças, com finalidade ideológica. (MEZZAROBBA, 2004).

Nesse novo contexto, os partidos, e não os representantes, se tornaram os responsáveis pela intermediação. Por esse motivo, fala-se em representação político-partidária como representação democrática (MEZZAROBBA, 2004).

Para Kelsen (1993), a democracia requer, necessária e inevitavelmente, um Estado de Partidos, uma vez que as vontades individuais são canalizadas para a formação de metas programáticas nacionais. A democracia representativa seria, assim, o modelo em que a organização partidária é o principal instrumento político de acesso ao processo de tomadas de decisão nas esferas de poder, pelo menos em teoria.

O reconhecimento constitucional explícito dos partidos políticos, assim como a democratização interna, evita que estruturas internas amorfas deem lugar ao caráter aristocrático-autoritário que têm os demais processos de formação da vontade coletiva (KELSEN, 1993).

Contudo, o modelo de representação partidária pressupõe tanto a fidelidade partidária quanto a democracia intrapartidária.

4 A crise de representatividade do Parlamento brasileiro

Segundo a Lei de Duverger, o sistema eleitoral majoritário conduz a um sistema bipartidário enquanto o sistema de representação proporcional leva a um sistema multipartidário (MACIEL apud ROCHA, 1996).

Contudo, o que encontramos no Brasil é um caso atípico. Trata-se do hiperpartidarismo, um neologismo que indica que o número de partidos brasileiros ultrapassa o multipartidarismo ou uma simples fragmentação partidária que espelhe uma fragmentação social. Há, portanto, uma pulverização partidária, com partidos sem qualquer programa e que, em geral, são agremiações frágeis e efêmeras.

A fragmentação partidária brasileira é de tal monta que pequenas legendas utilizam sua influência para barganhas políticas. Devido a isso, a governabilidade exige a formação de coalizações, muitas vezes entre partidos sem qualquer ideologia comum, com o objetivo de negociar cargos e recursos públicos. Essas coalizões, por sua vez, exigem um alto custo de processo decisório com o comprometimento do nível do processo eleitoral, inviabilizando um debate político consistente e inteligível (MIRANDA, 2006).

Nesse sentido, Miranda (2006) aponta como fatores da crise a infidelidade partidária e a sistemática de eleições por lista aberta, que privilegia o mandato individual do parlamentar em detrimento do partido.

Ao contrário do sistema de lista fechada, em que os partidos apresentam uma lista previamente ordenada hierarquicamente aos eleitores, que garante certa característica de impessoalidade ao voto, o sistema de lista aberta permite a heterogeneidade partidária e a busca por ‘puxadores de votos’, em detrimento da unidade programática partidária. Os ‘puxadores de voto’ são personalidades de destaque social que, por suas características, tornam-se independentes dos próprios partidos.

Faz-se mister destacar que a Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, dentre outras alterações, modificou o art. 108 da Lei 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), para estabelecer que somente serão considerados eleitos os candidatos registrados por um partido ou coligação que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.

No entanto, apesar dessa modificação, permanece, no modelo de lista aberta, o incentivo à formação das chamadas siglas de aluguel, que não possuem nenhuma base programática e dificultam uma ligação política entre o eleitor e o seu representante. Assim, a regra continua a ser a troca de favores e a eleição de candidatos sem maiores compromissos com os eleitores ou com os problemas enfrentados por sua base eleitoral (MIRANDA, 2006).

Outra crítica ao sistema de lista aberta é que ele é incompatível com o financiamento público de campanha. A grande questão que se levanta é que o financiamento privado permite grande interferência dos interesses privados e de grupos econômicos sobre os partidos, governos e parlamentos. A concorrência eleitoral nesse sistema exige grandes despesas na campanha, o que praticamente afasta as chances de eleição das camadas com menor poderio econômico. Assim, o eleitor passa a depender do poderio econômico da candidatura ou do grau de influência do candidato por outros meios (MIRANDA, 2006).

Por sua vez, Jehá (2009) apresenta uma análise multifatorial acerca dos problemas do sistema de partidos brasileiro, dentre os quais destacam-se: a homogeneização ou amorfismo dos partidos; a multiplicação dos partidos; a oligarquização das decisões partidárias; e a cooptação de partidos e as alianças com o governo.

Além disso, Jehá (2009) também cita a infidelidade partidária como um problema. Segundo ele, após a proclamação do resultado das eleições, a participação política dos partidos é desvalorizada em razão, principalmente, do movimento de turismo interpartidário para a composição das bases governistas e de oposição, de forma que o partido originário é utilizado apenas como impulsionador eleitoral. De acordo com Mazzaroba (2004), o instituto da

fidelidade partidária é fundamental para a democracia representativa, uma vez que a vontade estatal é o resultado de todas as vontades partidárias contrapostas no Parlamento.

O problema da infidelidade foi amenizado pela edição da Resolução nº 22.526 do Tribunal Superior Eleitoral, a qual estipulou que os partidos conservam o direito à vaga obtida nas eleições quando do pedido de transferência ou cancelamento de filiação. Tratou-se de uma interpretação que criou uma forma não expressa de perda do mandato, não contemplada pela Constituição Federal (JEHÁ, 2009).

Não obstante, a proibição de troca de partidos, por si só, não garante a fidelidade. O que se percebe, na prática, é uma desobediência dos parlamentares às estatutárias do partido e às instâncias partidárias competentes. Há uma grande proporção de voto de parlamentares em desacordo com o encaminhamento promovido do líder de sua bancada, caracterizando uma situação de personalização do voto. Nesse modelo, o patrimônio dos votos é do candidato, não do partido (JEHÁ, 2009).

Dessa maneira, a explicação comum para a crise de representatividade do Parlamento está relacionada à fraqueza do sistema partidário em nosso país. Com o mandato representativo, há uma perda da capacidade dos eleitores de controlar as decisões dos representantes. Isso porque essas decisões são tomadas de forma independente e podem favorecer interesses pessoais, o que dá um caráter oligárquico à representação. Nesses termos, o povo se encontra distante da formação da vontade do Estado porque os representantes se encontram desvinculados politicamente da vontade do eleitor (SELL, 2007).

Caberia, portanto, o fortalecimento do partido por intermédio de estatutos e programas bem delineados, fazendo com que atuem como verdadeiros intermediários. Para tanto, o novo sistema político demandaria regras de fidelidade partidária e o controle da estruturação interna democrática desses partidos, das bases que escolhem seus dirigentes, bem como da forma de financiamento.

Contudo, cabe destacar que essa crise de representatividade não é exclusividade do Brasil. Apesar de não haver consenso, estudiosos têm afirmado que vários países passam por crises de natureza semelhante. Alguns índices, como o crescente absenteísmo eleitoral e a drástica redução da filiação partidária em vários países do mundo, sugerem que várias outras nações passam por uma crise partidária. O descrédito é relacionado mais proximamente à forma e ao modelo de representação do que propriamente aos instrumentos que a realizam (SELL, 2007). Nesse sentido, ainda que algumas características do sistema político brasileiro (hiperpartidarismo e fragmentação partidária, personalismo eleitoral, voto em lista aberta, infidelidade partidária e financiamento privado de campanha) sejam importantes variáveis para uma situação de crise de representatividade no país, busca-se, na seção a seguir, testar a hipótese de que a crise de representatividade do Parlamento brasileiro não é causada primordialmente pelas características do sistema político brasileiro, mas decorre de uma crise de representação partidária comum a vários países.

5 Crise de representação política ou crise de representação partidária?

Segundo Manin (2006), a crise de representação política seria, na realidade, uma crise da representação partidária. Para Complak (apud SELL, 2007), os partidos seriam o elo defeituoso do sistema de representação, desestruturando, dessa forma, o conjunto de medidas democráticas estabelecidas constitucionalmente.

Seiler (apud SELL, 2007) aponta que essa é a razão pela qual os partidos têm sido considerados os ‘mal-amados’ da democracia. As críticas ao modelo de democracia intermediado por eles têm levado vários autores a questionar a real necessidade da participação dos partidos nas democracias contemporâneas.

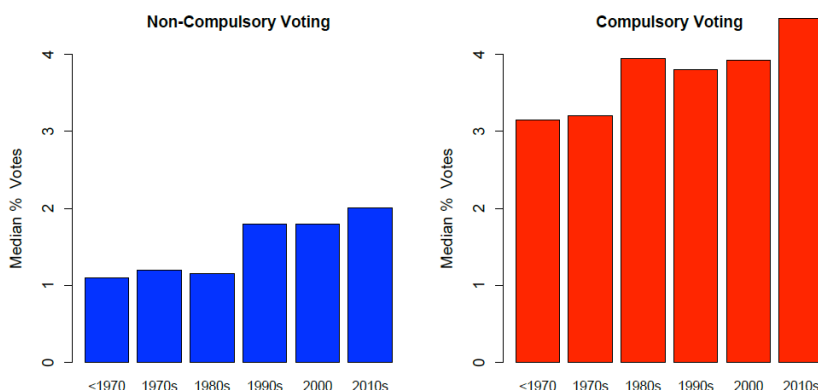
Segundo Habermas (apud MIRANDA, 2006), mesmo em países onde a tradição política de eleições livres é mais presente, a representação política passou a estar limitada ao processo eleitoral e encarada como um processo meramente plebiscitário, com gradativa redução da participação popular. Ao longo do tempo, a participação acabou se convertendo num valor em si e a votação e o interesse político em meros fetiches.

Contribui para essa representação limitada a adesão ao pensamento de Joseph Schumpeter, para quem a democracia é a ordenação institucional do processo de decisões políticas, graças à qual alguns adquirem a faculdade de decidir através de uma luta concorrencial pelos votos do povo. Segundo essa visão teórica, a democracia é limitada a um conjunto de regras do jogo, onde os partidos passam a concorrer pelos votos dos eleitores, assim como mercadores em busca de clientes (MIGUEL apud MIRANDA, 2006).

Para Miguel (apud MIRANDA, 2006), a visão de Schumpeter sobre a democracia, que triunfou no Ocidente, decorre da corrente elitista, segundo a qual o governo é uma atividade de minorias. Nesse mesmo sentido, Manin (2006) reconhece a “Lei de Ferro das Oligarquias”, elaborada por Michels (apud RIBEIRO, 2010), que postula uma tendência inevitável de formação de uma elite no âmbito dos partidos, uma vez que eles se organizam de forma burocrática e em larga escala.

Entretanto, observa-se que, ao longo do tempo, a participação da população nas eleições vem se reduzindo gradativamente¹⁶⁰. Além disso, a figura 1 abaixo demonstra o aumento do percentual de votos brancos e nulos ao longo das décadas. Tanto no caso de voto compulsório quanto de voto não compulsório, é possível verificar o aumento da insatisfação do eleitorado:

Figura 1: Crescimento do percentual de votos brancos e nulos nos países.



Fonte: Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2013.

De acordo com dados do Institute for Democracy and Electoral Assistance¹⁶¹, os índices de participação do eleitorado, nas últimas eleições parlamentares em democracias consolidadas da América do Norte, da Europa Ocidental e da Ásia Oriental, foram de, respectivamente, 68%, 72% e 62%. Na Europa oriental, o índice foi de 54%. Na América do Sul, o índice foi de 73%. Em relação à América Latina, a figura 2 a seguir revela que os partidos políticos são a instituição que goza do menor grau de confiança da população.

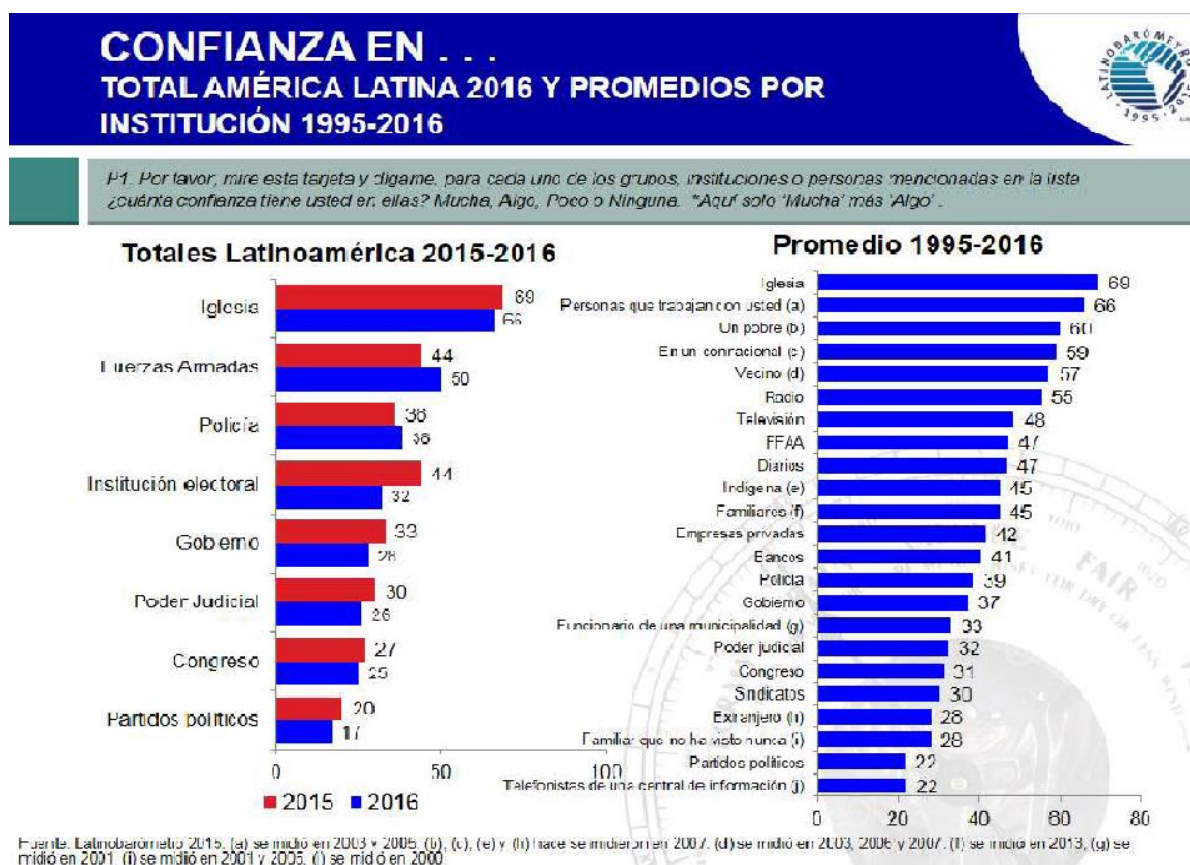
¹⁶⁰ Na última eleição presidencial francesa, um terço dos eleitores se abstiveram ou votaram nulo. Fonte: <http://edition.cnn.com/2017/05/08/europe/french-voters-spoiled-ballots-abstained/index.html>. Consulta em novembro/2017.

Esse índice também foi de um terço também na última eleição parlamentar espanhola. Fonte: <https://www.dn.pt/mundo/interior/quase-um-terco-dos-eleitores-absteve-se-de-votar-5251260.html>. Acesso novembro/2017.

Nos Estados Unidos da América, apenas 57.9 por cento dos eleitores votaram na última eleição presidencial. Esse percentual foi de 58.6% em 2012 e 61.6% em 2008. Fonte: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/11/14/us-election-2016-voter-turnout-fell-to-58-per-cent-this-year-est/>. Acesso em novembro/2017.

¹⁶¹ Fonte: <https://www.idea.int/data-tools/question-view/521>. Acesso em novembro/2017.

Figura 2: Grau de confiança da população da América Latina em suas instituições.



Fonte: Latinobarômetro

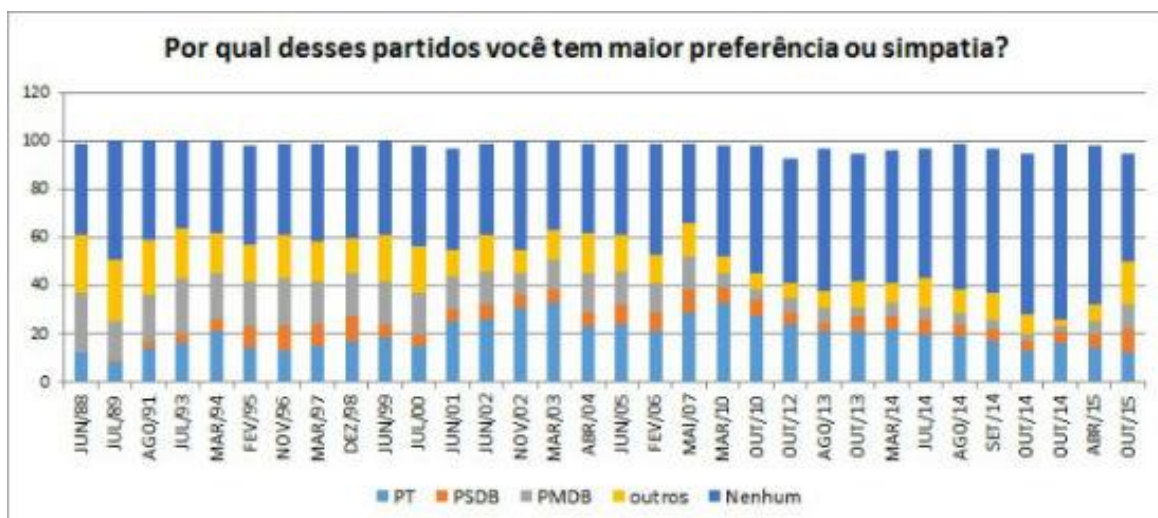
Especificamente no caso brasileiro, o índice de participação foi, nas eleições de 2014, de 80%, de acordo com o Latinobarômetro. Mas, para análise da representação no Brasil, devemos agregar importantes estatísticas, explanadas a seguir.

De acordo com o índice de confiança social do Ibope¹⁶², calculado em 2015, os partidos políticos e o Congresso Nacional são as instituições menos confiáveis. Destaca-se, ainda, que elas vêm perdendo posição desde 2009.

Além disso, nos últimos anos, houve aumento do percentual de brasileiros que não têm preferência por nenhum partido político, conforme figura 3 a seguir:

Figura 3: Preferência dos brasileiros em relação a partidos políticos.

¹⁶² Mede a confiança dos brasileiros em 18 instituições e quatro grupos sociais. Fonte: www.ibopeinteligencia.com/arquivos/antigos/ics_brasil.pdf. Acesso em novembro/2017.



Fonte: Pesquisa Opinião Pública – Ibope.

Além disso, o Índice de Confiança na Justiça¹⁶³, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, database de setembro de 2017, demonstra que, para a população, o governo executivo federal, os partidos políticos e o Congresso Nacional são as instituições menos confiáveis, com índice de respectivamente 6%, 7% e 7%.

Corroboram os dados do índice acima exposto a pesquisa de avaliação da confiança da população nos partidos políticos, realizada pela Latinobarômetro em 2015, cujos resultados são apresentados na Tabela 1 a seguir.

Tabela 1: Grau de confiança da população brasileira em relação aos partidos.

Grau de confiança	Percentual
Muita	1,00%
Considerável	9,10%
Pouca	36,10%
Nenhuma	51,40%
Não respondeu	0,20%
Não sabe	2,10%

Fonte: Latinobarômetro.

A Latinobarômetro, em 2015, também formulou aos entrevistados a seguinte questão: “Há algum partido com o qual você se sente mais próximo em relação aos demais?”. O resultado consolidado das respostas é apresentado na tabela 2 a seguir, que revela que mais de $\frac{3}{4}$ da população não se identifica com nenhum partido.

Fonte: Latinobarômetro

Ainda, a tabela 3 abaixo demonstra que a ampla maioria dos eleitores brasileiros avaliam como ruim ou péssimo o trabalho realizado pelos partidos políticos.

¹⁶³ Fonte: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19034>

Tabela 2: Grau de aproximação com partido político, 2015

Resposta	Nº de casos	%/Total
Sim	291	23,3%
Não	943	75,4%
Não sabe ou não opinou	16	1,3%

Fonte: Latinobarômetro

Tabela 3: Satisfação com o trabalho dos partidos políticos, 2015

Grau de satisfação	Nº de casos	%/Total
Muito bom	6	0,5%
Bom	145	11,6%
Ruim	543	43,4%
Péssimo	454	36,3%
Não respondeu	12	1,0%
Não sabe	90	7,2%

Contribuem significativamente para essa crise partidária as mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas em decorrência do avanço tecnológico em relação a ferramentas de informação e comunicação. Cada vez mais os candidatos podem se comunicar diretamente com os eleitores, sem a intermediação dos partidos, o que gera uma personalização dos candidatos. Os debates não têm mais o epicentro no partido ou no Parlamento e ocorrem, precipuamente, antes das decisões e no espaço público, em especial na rede virtual (MANIN, 2006).

De acordo com Nogueira (2014), os partidos apresentam dificuldade de controlar suas bancadas ou promover a seleção de lideranças que se espera deles e os eleitores não mantêm vínculos formais com as legendas partidárias. Esse esvaziamento dos partidos é decorrente da configuração da sociedade em uma estrutura de rede, em que os partidos não mais controlam os espaços e as pessoas. Os cidadãos não mais se orientam por adesão e lealdade simples, automática, fato esse que tumultua as identidades políticas.

Assim, os partidos se tornaram menos funcionais e menos capazes de interagir de modo virtuoso com sociedades plurais, fragmentadas, reflexivas, velozes e explosivas. Numa sociedade pluralista, a divisão partidária simplista entre direita, centro ou esquerda e as ideologias estanques não cabem mais numa realidade marcada por muitas postulações de identidade e múltiplas agendas (NOGUEIRA, 2014).

As novas mudanças na comunicação passaram a demandar um processo comunicativo direto entre os representantes e a sociedade, em um processo que envolve a busca por novas informações, a construção coletiva de alternativas e a justificação pública das decisões. Nesse novo paradigma, a relação entre representantes e opinião pública não se limita à extensão do controle desta sobre aqueles. Os representantes têm igualmente a responsabilidade de formação da opinião pública, por meio de seus argumentos, justificativas e exemplos. Nessa atribuição dos representantes reside sua função educativa e, em especial, a função educativa do Parlamento (RIBEIRO, 2010).

Nesse sentido, a representação política, em si, não estaria em crise. A crise seria, portanto, do modelo de representação partidária, gradualmente substituído por um novo modelo de representação mais participativo, mas que não se confunde com o autogoverno (MANIN, 2006). A discussão passa a ocorrer no espaço público, em especial nos meios de comunicação, não mais no Parlamento. Assim, a decisão ocorre em um conjunto de agências cuja identificação nem sempre é clara para o cidadão. O novo paradigma incorpora novos atores sociais à discussão, o que gera ganhos democráticos, mas tornam nebulosos os vínculos entre o processo de discussão e as decisões (MANIN, 2006).

No novo contexto, os sistemas partidários perderam, de fato, o monopólio da execução das decisões e da produção de consensos e consentimentos, ao mesmo tempo em que a sociedade passou a se posicionar diante dos governos e desses sistemas, passando a invadi-lo e contribuindo para que gerenciem problemas cada vez mais complexos (NOGUEIRA, 2014). Não obstante, é importante ponderar que os dados acima não significam o fim da representação no âmbito do Parlamento. O fenômeno da globalização e toda a nova dinâmica comunicativa

estão longe de retirar do Estado o papel primordial de organização da vida social. Passa-se a exigir dos entes estatais um novo arranjo, mais aberto para o social. A recuperação plena do Parlamento e a superação da crise da política integram, assim, o mesmo movimento, já em processo, de reconfiguração do Estado. Antes de tudo, a questão é qualificar a função pública, política, do Poder Legislativo (NOGUEIRA, 2014).

Os dados das tabelas 4 abaixo revelam que mais de 30% da população brasileira entende que as redes sociais permitem a participação na política. A tabela 5 demonstra que mais de 50% dos usuários da internet fazem uso do Facebook, canal com interface mais adaptada às discussões políticas.

Não obstante, analisando mais detidamente a tabela 4 percebemos que quase 70% dos entrevistados acreditam que as redes sociais criam uma ilusão de participação ou entendem que elas não servem para participação ou não sabem se elas efetivamente contribuem para a participação.

Fonte: Latinobarômetro

Tabela 4: Redes sociais e política no Brasil

Avaliação das redes sociais	Nº de casos	Percentual
As redes sociais permitem a participação na política	383	30,6%
As redes sociais criam uma ilusão de participação política	347	27,8%
As redes sociais não servem para participação política	228	18,2%
Não respondeu	12	1,0%
No sabe	280	22,4%

Tabela 5: Uso de cada uma das redes sociais pela população brasileira conectada

Redes sociais	Nº de casos	Percentual da população conectada que faz uso da rede
Facebook	633	50,6%

Youtube	489	39,1%
Google+	566	45,3%
Twitter	161	12,9%
Hi5	57	4,6%
Instagram	203	16,2%
Sonico	39	3,1%
Linkedin	54	4,3%
Otro	67	5,4%
Não se aplica	463	37,0%
Não respondeu	43	3,4%

Fonte: Latinobarômetro

Nesse sentido, a crise de representação partidária e os avanços em tecnologia da informação e comunicação não significam o fim da política e de Congresso Nacional, mas a redefinição do seu papel. Nogueira (2014) assim sustenta:

(...) a política se vê acossada pela turbulência errática das ações coletivas e individuais. As instituições ficam cercadas e sobrecarregadas de demandas. Fraquejam, ainda que não deixem de operar. A política, porém, encontra novos caminhos. Fóruns ampliados de negociação, novas modalidades de gestão e de deliberação, ativismos de novo tipo e protagonismos surpreendentes parecem sugerir uma superação do monopólio dos especialistas e uma abertura da estrutura de tomada de decisões. Como aposta nas vantagens da comunidade, a política é acima de tudo aposta na participação política: disposição cidadã para interferir no rumo das coisas e ativar aqueles processos que dizem respeito a todos e a todos comprometem. É aposta na ação democrática que se dedica a refundar o poder, a transformá-lo em algo mais acessível, menos ameaçador, mais compartilhado. A política democrática, deste ponto de vista, qualifica-se pela preocupação em fazer com que o participar afirme-se como parceiro do governar e do representar, tanto quanto em tentar garantir que o diálogo prevaleça como forma de expressar e resolver conflitos entre as partes da sociedade. Preocupação essa que é também a maior promessa da representação política democrática (ps. 109 e 110).

Dessa maneira, a função pública do Poder Legislativo se alterou e o Parlamento deve se ajustar à nova realidade. Para tanto, Nogueira (2014) sugere algumas medidas operacionais, dentre elas: i) o aperfeiçoamento de regimentos internos e melhorias das formas de organização e do desempenho administrativo do Parlamento, para aperfeiçoamento sistêmico; ii) a melhoria da qualidade dos quadros técnicos e políticos do Parlamento; e iii) a implementação de reformas no sistema político para melhoria da relação do Parlamento com a sociedade.

O objetivo da reforma do Parlamento é fazer com que a democracia representativa entre em sintonia com a democracia participativa, seja revitalizada e volte a cumprir uma função decisiva no mundo de hoje.

Ribeiro (2010), por sua vez, sugere aperfeiçoamento de duas funções do Parlamento, para que o Legislativo seja um espaço em que a representação política alimente ao invés de esvaziar a soberania popular. São elas: i) a utilização mais efetiva dos recursos referentes à função fiscalizadora, que visa precisamente a produzir informações, como a convocação de autoridade,

o encaminhamento de pedidos de informação e a realização de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs); e ii) o aperfeiçoamento da função comunicativa do Parlamento. Nesses termos, o Parlamento deve intensificar seus processos interativos de dimensão pluralista, por meio de um controle mais aberto da comunicação, numa tendência à horizontalização e complexificação da atividade representativa (RIBEIRO, 2010).

6 Conclusão

As manifestações de 2013 e as dela decorrentes foram a expressão da insatisfação com as instituições políticas brasileiras, em especial com o Parlamento, e consolidaram a visão geral de que o Brasil vive uma crise de representatividade.

A hipótese inicial de trabalho era a de que a crise de representatividade do Congresso Nacional, ainda que agravada por características do sistema político brasileiro (como hiperpartidarismo e fragmentação partidária, personalismo eleitoral, voto em lista aberta, infidelidade partidária e financiamento privado de campanha), constitui-se, em realidade, em uma crise de representação partidária, que não é exclusiva do Brasil. Pelo contrário, é comum a vários países e não pode ser explicada somente pelas características do sistema político de cada um deles.

No surgimento e na consolidação da democracia de massas, os partidos políticos foram extremamente importantes para a agregação de interesses individuais, quando a noção de cidadania e, portanto, de indivíduos iguais, passou a ser o novo paradigma da organização social, em contraposição ao mundo antigo e à era medieval, marcados pela supremacia do coletivo sobre o indivíduo.

Não obstante esse fato, a realidade passou a ser marcada por muitas postulações de identidade e múltiplas agendas. Nesse novo paradigma, as discussões passam a ocorrer não apenas no âmbito do Parlamento, mas no espaço público. Além disso, incorporam novos atores sociais, tornando mais complexa a agregação de interesses em agremiações partidárias.

Em um contexto de sociedade em rede, interligada por novas ferramentas de comunicação, os cidadãos não mais se orientam por adesão e lealdade simples, automática, o que tumultua as identidades políticas. Nele, os partidos se tornaram menos funcionais e menos capazes de interagir de modo virtuoso com sociedades plurais, fragmentadas, reflexivas, velozes e explosivas.

A formação da vontade geral não cabe mais aos partidos, os quais gradualmente vão sendo substituídos por um novo modelo de representação, mais participativo. Contudo, isso não se confunde com o autogoverno, nem significa que o Parlamento deva ser substituído por uma nova lógica.

O fenômeno da globalização e toda a nova dinâmica comunicativa estão longe de retirar do Estado o papel primordial de organização da vida social. O Parlamento continua sendo o local das decisões primordiais da sociedade dado que permanece como sendo a casa das leis, dotadas de poder coercitivo e que, em última instância, regulam a vida em sociedade.

Esse novo contexto exige, contudo, um aprimoramento da função legislativa: um novo arranjo que seja mais aberto para o social. A recuperação plena do Parlamento passa pela aproximação de suas funções com a cidadania participativa. O Legislativo deve focar em novos arranjos de comunicação com a sociedade e viabilizar que a participação social se afirme como parceira do governar e do representar.

Na atualidade, a resolução dos conflitos sociais não passa mais pela negociação restrita ao âmbito do Congresso Nacional e pela consequente imposição de regras. Deve-se garantir que o diálogo prevaleça como forma de expressar e resolver conflitos entre as partes da sociedade, na linha do que, de fato, se constitui a representação política democrática.

Nesses termos, uma vez que a sociedade se tornou plural, em rede e com múltiplas agendas, com novas formas de ação e organização política, os partidos políticos perderam o monopólio

da representação política em diversos países, passando a ser exigida do Poder Legislativo uma maior capacidade de abertura para o social, de modo a integrar a representação partidária à representação participativa.

Independentemente das características do sistema político das diferentes nações, percebe-se, em comum, a existência de uma crise partidária que somente pode ser superada por maior abertura social das casas legislativas, inclusive no caso do Congresso Nacional brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 12ª edição. Ed. UnB. 2004.

COMPLAK, Krystian. Instrumentos de participação popular no Direito Constitucional – A experiência do Direito Constitucional comparado – Visão européia e latino-americana – Propostas e alternativas. Paraná Eleitoral, Curitiba, n. 62, out/dez 2006. In SELL, Daniel Schaeffer; e SELL, Ilenia Schaeffer. Estado de partidos: a solução para a crise de representação política no Brasil. Publicado na Resenha Eleitoral, vol. 15, 2007.

DUTRA, Cláudia Rosana de Freitas. A Crise da Representatividade Política e a Jurisdição Constitucional: Uma discussão sobre a participação política no Estado Democrático de Direito. Publicado no Encontro Nacional do CONPENDI, Junho de 2010.

DUVERGER, Maurice. Os partidos políticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Participação Política, In MIRANDA, Sandro Ari Andrade. A crise da democracia representativa e a reforma política. Revista Âmbito Jurídico, 2006.

HOBBS, Thomas. Leviatã. Ed. Martin Claret, São Paulo: 2006.

JEHÁ, Pedro Rubens. Os Partidos Políticos em Cenário Eleitoral, In: CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.). Direito Eleitoral em Debate – Estudos em homenagem a Cláudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: KELSEN, Hans. A democracia. São Paulo: Martins Fontes. Pp. 23-107.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil. São Paulo: Nova Cultural, 1978. (Coleção Pensadores).

MACIEL, Marco Antônio de Oliveira. Reforma político-partidária: o essencial e o acessório. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord.). Direito Eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MANIN, B. Los Principios del Gobierno Representativo. Versión de Fernando Vallespín. 2006.

MEZZAROBBA, Orides. Introdução ao Direito Partidário Brasileiro. 2 ed. Ver. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MICHELSONS, Robert. Sociologia dos Partidos Políticos. Brasília : UnB, 1982 [1914]

MIGUEL, Luís Felipe. A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 45, n.º 03, 2002, pág 483-510. In MIRANDA, Sandro Ari Andrade de. A crise da democracia representativa e a reforma política. Revista Âmbito Jurídico, 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=715>. Acesso em: set. 2017.

MIRANDA., Sandro Ari Andrade de. A crise da democracia representativa e a reforma política. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 25, jan 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br /site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=715>. Acesso em: set. 2017.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Representação, crise e mal-estar institucional. Publicado em Soc. estado. vol.29 no.1 Brasília Jan./Apr. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000100006>. Acesso em: set. 2017.

RIBEIRO, Guilherme Wagner. Da crise da representação política à reinvenção do parlamento: a experiência das Câmaras Municipais de Minas Gerais. Texto apresentado no 34º Encontro Anual da ANPOCS. Outubro, 2010. Disponível em: <<https://anpocs.com/index.php/papers-34-encontro/st-8/st18-6/1520-gribeiro-da-crise/file>>. Acesso em: set. 2017.

RODRIGUES, Lucas Trompieri. A fragmentação partidária e a crise de representação política. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 124, maio 2014. Disponível em :<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14724>. Acesso em: set. 2017.

ROULAND, Norbert. Roma, democracia impossível?: os agentes de poder na urbe urbana. Trad. De Ivo Martinazzo. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. Tradução de Tiago Rodrigues da Gama. 1ª Ed. São Paulo: Russel, 2006.

SANTOS, Eduardo Heleno de Jesus. Crise de representação política no Brasil e os protestos de junho de 2013. Revista Liinc in Revista. Rio de Janeiro: volume 10, maio, 2014. Disponível em: <

http://www.academia.edu/7297237/Crise_de_representa%C3%A7%C3%A3o_pol%C3%ADtica_no_Brasil_e_os_protestos_de_junho_de_2013_-_SANTOS_E.H.J>. Acesso em: set. 2017.

SEILER, Daniel-Louis. Os partidos políticos. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. In REVISTA Resenha Eleitoral, vol. 15, 2007. SELL, Daniel Schaeffer; e SELL, Ilenia Schaeffer. Estado de partidos: a solução para a crise de representação política no Brasil.

SELL, Daniel Schaeffer; e SELL, Ilenia Schaeffer.. Revista Resenha Eleitoral, vol. 15, 2007. Estado de partidos: a solução para a crise de representação política no Brasil. Disponível em:

<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impressas/integra/2012/06/estado-de-partidos-a-solucao-para-a-crise-de-representacao-politica-no-brasil/index1da2.html?no_cache=1&cHash=6594bb556eabcb56e495bb1de7b7b731>. Acesso em set. 2017.

O PODER DA CANETA

THE PEN OF POWER

Kayo César Araújo da Silva¹⁶⁴
José Guimarães Mendes Neto¹⁶⁵

Data da submissão: 06/10/2017

Data da decisão editorial: 16/10/2017

Data da comunicação ao autor: 16/10/2017

RESUMO

O estudo busca analisar a força que o Presidente da República tem, inserido na lógica do Presidencialismo de Coalizão, dentro de ordenamento jurídico, além da repercussão desse fator no padrão de atuação do Poder Legislativo. Tomando como base literatura especializada, busca-se indicar o Presidencialismo de Coalizão como uma opção constitucional e, não, obra do acaso. Afirma-se, também, que esse fenômeno brota da relação entre os dois poderes a qual confere correlação direta com a disciplina e as coalizões partidárias. A conclusão que se extrai é de que ambas as características são importantes à governabilidade, uma vez que estas acabam por ser o fio condutor que une a plataforma do Presidente da República à impressão de sua marca nos rumos do país. Ao deixar ser levado pela força regimental, o Poder Legislativo diminui de tamanho, quando se comporta como um balcão de negócios, gerando clara diminuição da qualidade da democracia brasileira, o que é extremamente danoso ao Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Executivo; Presidencialismo; Coalizão; Disciplina Partidária; Poder de Agenda.

ABSTRACT

The study seeks to analyze the strength of the President of the Republic inserted in the logic of Coalition Presidentialism, within a legal order, as well as the repercussion of this factor in the Legislative standard of action. Taking specialized literature as a basis, we intend to indicate Coalition Presidentialism as a constitutional option, and not, a fact by chance. It is also stated that this phenomenon stems from the relationship between the two powers, which confers direct correlation with party discipline and coalitions. The conclusion drawn is that both characteristics are important to governability, since these characteristics end up being the guiding thread that unites the platform of the President of the Republic to the impression of its brand in the directions of the country. By letting itself be led by regimental force, the Legislative Branch decreases in size, when it behaves like a business counter, generating a clear decrease in the quality of Brazilian democracy, which turns out to be a damaging fact to the Democratic State.

KEYWORDS: Executive Power; Presidentialism; Coalition; Party Discipline; Agenda Power.

INTRODUÇÃO

O estudo busca analisar a força que o Chefe do Executivo, na figura do Presidente da República, possui dentro de nosso ordenamento jurídico e qual a repercussão desse fator no padrão de atuação do Poder Legislativo. Necessariamente, busca-se entender o

¹⁶⁴ Advogado, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP/DF. É Associado ao Moreira Advocacia & Advogados Associados S/S e Assessor Jurídico da Secretaria de Fundos Regionais e Incentivos Fiscais do SFRI/MI. Tem experiência lastreada no Direito Público, em especial, nas áreas do Direito Constitucional, Eleitoral e Administrativo. E-mail: kayocesaradv@gmail.com.

¹⁶⁵ Advogado, Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB, Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP/DF, Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. E-mail: guimaraesmneto@hotmail.com.

Presidencialismo de Coalizão como fruto de um acaso e, para isso, passaremos a dividir o escrito em quatro partes básicas.

Na primeira, é explicitado o fenômeno que brota da relação entre os dois poderes e a sua relação na execução da estrutura do poder. Apresenta-se o conceito de Presidencialismo de Coalizão, desenhado por Sergio Abranches (1988), ainda, à época da Constituinte, traçando as principais características do instituto e as fases de sua ocorrência, desde antes do período eleitoral, até a execução do plano de governo eleito pelo voto popular.

Na segunda fase, o estudo busca analisar a relação entre a opção constitucional do Presidencialismo de Coalizão e a disciplina partidária. Nesse ponto, será traçado o pano de fundo que o sistema de governo entrega ao ordenamento, citando os principais pontos que acabam por submeter, o parlamentar, individualmente localizado, ao interesse do Chefe do Executivo.

Nesse sentido, o estudo caminhará pela função exercida pelos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e quais os papéis que são entregues às lideranças do partido, das bancadas e do governo. Ainda na segunda parte, são traçados os tipos de regime de tramitação e a sua importância para a execução de uma maior disciplina partidária.

Já na terceira parte do estudo, busca-se demonstrar a importância, para execução do Presidencialismo brasileiro, das coalizões partidárias. Para isso, registra-se, de plano, a necessidade delas para ser aplacado o programa de governo diante de um congresso que, por si só, acaba sendo multipartidário.

Para isso, detalham-se quais os instrumentos, dispostos ao Chefe do Executivo, capaz de imprimir a sua marca na agenda do país. Fala-se da Medida Provisória (art. 62 da CF/88), do requisito da Urgência Constitucional (art. 64, §1º, CF/88), além da larga exclusividade de iniciativa nas mais diversas matérias, características que, ao final, demonstram a possibilidade real de centralização do debate político em torno do interesse do Chefe do Executivo.

Neste caminho, concluindo a terceira parte, trazem-se diversos dados que informam que o fato do Presidente da República receber muito mais votos que seu partido, acaba por não ser, assim, um problema para a execução de seu governo. Usa-se o conceito de taxa de sucesso e taxa de dominância sobre a produção legal para auferir que, de fato, o poder que mais produz leis é o Executivo.

Na quarta e derradeira fase, o estudo se dedica a mostrar a capacidade institucional do Presidente da República e o resultado disso, que se configura no controle da agenda do país, transformando, ao final, a postura do congressista como um potencial balcão de negócios o que acaba por mitigar qualitativamente a democracia brasileira.

1. O PRESIDENCIALISMO CONCRETIZADO PELA ATUAÇÃO DAS COALIZÕES

A relação entre os poderes Executivo e Legislativo, a cada dia que se passe, vem sendo objeto de interesse, não só da Ciência Política, como também do Direito, posto que a organização e a execução deste instituto provocam questionamentos no fundamento da estrutura do poder.

Abranches (1988, p. 21), ainda em 1988¹⁶⁶, alcunhou à relação entre os poderes Legislativo e Executivo, como “Presidencialismo de Coalizão”. Segundo ele, esse arranjo seria o sistema

Caracterizado pela instabilidade, de alto risco e cuja sustentação baseia-se, quase exclusivamente, no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explícita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão.

Nesses termos, o autor informa ser, o Brasil, o “único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o “presidencialismo imperial”, organiza o Executivo com base em grandes coalizões”, o que altera, sistematicamente, o riscado comportamental dos Poderes da União.

Souza (2015, p. 23), quando observa esse recorte, afirma que “as relações de poder no âmbito estatal vão além de uma mera correlação abstrata entre os poderes”, os conduzindo a um sistema de governo único, o que acabaria pondo em evidência as interações institucionais existentes nesta relação. De um lado, o Poder Executivo e, do outro, o Poder Legislativo.

Avritzer (2016, p. 30) sintetiza o Presidencialismo de Coalizão como sendo o fenômeno que acaba por eleger o Presidente da República com quantidade muito superior de votos, tendo com relação o seu partido nas eleições proporcionais, o que, ao final, acaba por criar a “necessidade de alianças políticas no Congresso”, em busca da governabilidade necessária.

Quanto a isso, narrando esse dilema institucional brasileiro, Abranches (1988, p. 27), divide a vida política da nação três traços típicos da construção do Presidencialismo de Coalizão. Num primeiro momento, há constituição das alianças eleitorais, necessitando haver

¹⁶⁶ É válido ressaltar que o referido termo Presidencialismo de Coalizão veio a ser empregado antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, em artigo chamado de “Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro”, que, até hoje, repercute na comunidade social.

“negociação em torno de diretivas programáticas mínimas, usualmente amplas e pouco específicas, e de princípios a serem obedecidos na formação do governo”. Nascendo, desse arranjo, a vitória do pleito eleitoral, passa-se ao segundo momento.

Quanto a esse segundo traço, há necessidade de constituir um governo, com a predominância da “disputa por cargos e compromissos relativos a um programa mínimo de governo, ainda bastante genérico” (ABRANCHES, 1988, p. 27), objetivando garantir estabilidade, possibilitando à execução de sua governabilidade.

No último momento, a fase fica resguardada à aliança numa coalizão efetiva, que é a que diz respeito ao “problema da formulação da agenda real de políticas, positiva e substantiva, e das condições de sua implementação” (ABRANCHES, 1988, p. 28). Em outras palavras, trata-se do fio condutor que dá matiz ao caminho da nação.

Desenhando a arqueologia constitucional que deu sucesso ao Executivo na aprovação de sua agenda Legislativa, Limongi e Figueiredo (1998, p. 82 – 215) pontuaram o formato do comportamento disciplinado dos parlamentares, quanto aos efeitos do referido apoio partidário no Presidencialismo de Coalizão, afirmando que a concretização desse instrumento está na relação simbiótica entre os poderes. A validade da frase está acostada em duas questões básicas: “A primeira diz respeito à disciplina partidária e a segunda, à possibilidade de que presidentes sejam sustentados por coalizões partidárias” (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 90).

2. O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E A DISCIPLINA PARTIDÁRIA

Há um ponto central, na dependência da estabilidade do Presidencialismo de Coalizão em relação às disciplinas partidárias, que é válido frisar, quando os autores afirmam ser, ela, um elemento fundamental e adicional à regra que explicita o comportamento parlamentar, conjuntamente com a forma de governo e as leis eleitorais.

A pesquisa também demonstrou que a alta taxa de aprovação¹⁶⁷ se repetia, caso o tema das matérias efetivamente relevantes viessem a ser votadas. A “disciplina se mantém alta quando restringimos o universo à análise as matérias que compõe a agenda presidencial” (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 91)¹⁶⁸.

¹⁶⁷ A adoção deste raciocínio importa em dizer que, sabendo da vontade da liderança do bloco/partido, é possível “prever com acerto o resultado da votação em 93,7% dos casos” (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 90).

¹⁶⁸ A literatura tradicional ratifica a tese de que a separação dos poderes, a pluralidade partidária, aliado às ideologias de cada parlamentar, seriam os elementos geradores dos baixos índices de disciplina partidária. Contrapondo esta tese, os autores informam que a literatura jurídica tende à desconsiderar a “distribuição de direitos parlamentares no Legislativo” (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 91), o que, por consequência lógica, geraria outro sentido na escrita da atuação dos três Poderes da República.

Nesse sentido, é possível verificar que, em cada poder, há instrumentos necessariamente eficazes à disciplina partidária. Dentre elas, há o destaque aos regimentos internos, tanto da Câmara dos Deputados, quanto do Senado Federal.

Nos regimentos, invariavelmente, os líderes dos partidos, das bancadas e do governo, acabam por possuir amplos poderes para virem a atuar em nome dos interesses maiores de seus partidos. Segundo Limongi e Figueiredo (1998, p. 91), os regimentos internos acabam por entregar, aos partidos, um alto padrão decisório centralizado¹⁶⁹, ressaltando a distribuição de direitos pautada no partidarismo, conforme se vê no excerto abaixo:

No Legislativo, os votos dos representantes eleitos pelo povo têm o mesmo peso, independentemente do número de eleitores que os elegeram, do número de mandatos que já exerceram, do partido a que se filiam etc. No entanto, para o desempenho de suas funções, os legislativos desenvolveram padrões organizacionais próprios. Para tanto distribuem de maneira desigual os recursos e direitos parlamentares.

Ainda, assim, “os líderes, em questões de procedimento, representam suas bancadas. A distribuição interna do poder em ambas as casas é feita de acordo com princípios de proporcionalidade partidária” (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 91), como é o exemplo da ocupação dos cargos que conduzem à atividade legislativa.

O papel de liderança de cada partido possui o poder de controlar o fluxo dos trabalhos parlamentares. Dessa forma, Limongi e Figueiredo (1998, p. 92) explicam que, “do ponto de vista organizacional, as comissões e as forças centrífugas e descentralizantes contidas nesse princípio organizacional são neutralizadas pela ação dos partidos e seus líderes” o que, em outras palavras, potencializam que sejam votadas às matérias de interesse direto do partido. Ainda dentro dos regimentos internos, há quatro regimes de tramitação do processo legislativo: o ordinário, o de prioridade, o de urgência e o de urgência urgentíssima.

Quanto ao primeiro, o regime de tramitação ordinária diz respeito a regra, que é a que mais se estende no tempo. Segundo o Glossário da Câmara dos Deputados (2017, *online*) trata-se do “regime mais comum de tramitação de proposições. Nele são observadas todas as formalidades, exigências e interstícios previstos no Regimento Interno da Casa Legislativa”.

Já o segundo regime de tramitação processual, que é o de prioridade, diz respeito aos projetos, cuja a iniciativa é de competência do Chefe do Executivo, do Judiciário, do Ministério Público, da Mesa, de Comissão, do Senado Federal ou dos cidadãos.

¹⁶⁹ Limongi e Figueiredo (1998, p. 9), de maneira sucinta, entrega um exemplo claro de como o Regimento Interno centraliza o papel decisório. Como exemplo disso, o direito do exercício à palavra, “nem todos podem falar a qualquer momento, senão os debates não teriam fim. Ainda que os direitos das minorias tendam a ser defendidos, para se tomar decisões é necessário que as maiorias sejam capazes de vencer a obstrução das minorias”.

Quanto a este, o mesmo glossário (2017, *online*) informa ser esse regime aquele que dispensa as exigências regimentais para que determinada proposição. Desta forma, ela acaba sendo logo incluída “em regime de urgência na Ordem do Dia seguinte”.

Cumulando com esses dois primeiros regimes de tramitação, há ideia que indica haver necessidade de ser içado, a alguns projetos de lei necessariamente importantes, desde sua origem e, por isso, necessitaria outras impulsões previstas nos regimentos de cada casa legislativa. Para elas, há de se destacar os Regime de Urgência e o de Urgência Urgentíssima.

Enquanto o primeiro diz respeito a dispensa de “algumas exigências, prazos ou formalidades regimentais para que determinada proposição seja de logo considerada, até sua decisão final” (GLOSSÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016, *online*), o segundo faz nascer o direito de ser incluído na Ordem do Dia da sessão plenária atual, para a discussão e votação imediata, pouco importando qual debate estaria ocorrendo na sessão já iniciada. Segundo o Glossário:

É um mecanismo de deliberação instantânea de matéria considerada de relevante e inadiável interesse nacional. Por ele, são dispensadas todas as formalidades regimentais, exceto as exigências de quórum, pareceres e publicações, com o objetivo de conferir rapidez ao andamento da proposição. O requerimento para adoção do rito de urgência urgentíssima deve ser apresentado pela maioria absoluta dos deputados ou por líderes que representem esse número. Aprovado o requerimento, a proposição, também por maioria absoluta, poderá entrar automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que já tenha sido iniciada a votação de outra matéria.” (GLOSSÁRIO DO PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016, *online*)

Tanto o regime de urgência, quanto de urgência urgentíssima são instrumentos necessários à expressão da vontade partidária ou da bancada que requisita tal instituto.

Assim, após acionar os regimes procedimentais no processo legislativo, acabam por ser retirados de onde estão, o que gera a exigência de pronta manifestação por parte do plenário, limitando a capacidade individual de cada um dos “parlamentares de apresentar emendas ao projeto (...) retirando-lhes a possibilidade de defender com sucesso os interesses específicos a seu eleitorado a partir de uma estratégia individual” (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 93), enfraquecendo a atividade do parlamentar individualmente considerada.

Em outras palavras, “por força regimental, os líderes dispõem de um arsenal significativo de recursos por meio dos quais controlam e circunscrevem a atuação dos parlamentares” (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 95) para que os mesmos passem a proferir os seus votos com direcionamento adequado às bancadas que estão ligadas.

Não só isso, além do já citado controle que pode e é exercido pelas lideranças, há, também, outros instrumentos mais eficazes, dispostos ao Presidentes da República, sustentadas

por coalizões partidárias, que constituem num arcabouço instrumental de execução e fundamentais à imposição do elemento essencial na relação existente entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, que é o poder de agenda.

3. O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E AS COALIZÕES PARTIDÁRIAS

Quanto a esse fator, além dos instrumentos disposto à disciplina partidária, há de se falar da ocorrência e importância das coalizões partidárias. Nesse sentido, é interessante dizer que às coalizões não seguem, apenas, um tipo de critério, que é o partidário, passando a se estender a diversos interesses¹⁷⁰.

Billafan (2012, p. 31), falando sobre essa qualidade, nos explica que “as coalizões são necessárias para que o Presidente da República possa ter condições de aplicar seu programa de governo diante de um Congresso multipartidarista”, o que, nos faz crer que, se não fossem às coalizões, o presidente eleito grandes dificuldades na impressão de sua ótica administrativa.

Mas, não é compreensível que se entenda o sistema de governo brasileiro, apenas, na capacidade de se fazer apenas coalizões. Há outros instrumentos com comprovado grau de eficácia à mercê do Presidente da República.

Quanto a esse detalhe, Pinto (2008, p. 42) afirma que a Constituição Federal de 1988 “distribuiu diversas “caixas de ferramentas” entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”. Tomando como base o texto constitucional, o autor confirma que a caixa do Poder Executivo acabou vindo a ser, muito mais bem dotada do que os outros poderes, o que leva a seguinte sentença:

Presidente da República conservou o poder de editar medidas com força de lei e manteve a exclusividade da iniciativa das leis mais importantes do País. As medidas com força de lei editada pelo Chefe do Executivo e os projetos de lei por ele enviados ao Congresso Nacional continuam a ter preferência sobre as proposições de iniciativa parlamentar, chegando, inclusive, a sobrestar as demais deliberações legislativas, se não forem apreciadas em determinado prazo. As leis orçamentárias continuam a ser de iniciativa exclusiva do Presidente da República, persistem restrições às emendas apresentadas pelos congressistas e o orçamento preservou seu caráter indicativo. O Chefe do Executivo manteve o poder de nomear os membros do STF e dos tribunais superiores, o Procurador-Geral da República e um terço dos membros do Tribunal de Contas da União. Os sucessivos Presidentes da República, seguindo rigorosamente a autoritária tradição política brasileira, têm feito pleno uso de todas essas poderosas ferramentas. (PINTO, 2008, p. 42)

¹⁷⁰ Abranches (1988, p. 22) cita essa característica dizendo que “A lógica da formação de coalizões tem, nitidamente, dois eixos: o partidário e o regional (estadual), hoje como ontem. É isso que explica a recorrência das grandes coalizões, pois o cálculo relativo à base de sustentação política do governo não é apenas partidário-parlamentar, mas também regional”.

Nesse sentido, pelo lado do poder Executivo, o Presidente da República, além de lançar mão das Medidas Provisórias, desde que a opção acabe sendo relevante e urgente (art. 62 da Constituição Federal de 1988), possui acesso aos importantes elementos de processamento legislativo, que é a Urgência Constitucional, (art. 64, §1º da Carta Cidadã), potente requerimento que confere ao “Presidente da República a prerrogativa de solicitar urgência para a votação de Projetos de sua iniciativa como também permite que o Executivo encaminhe uma proposição com esse pedido de urgência¹⁷¹” (BILLAFAN, 2012, p. 41), como também, possui largo espaço de exclusividade na proposição legislativa, hipótese constitucional que deu margem à confecção de inúmeras críticas por parte da literatura especializada, muito porquê concretiza a centralização do debate político em torno da vontade da instituição.

Em outras palavras, o ajuntamento desses três fatores acaba por gerar uma quarta característica, que diz respeito ao poder de agenda centralizada nas mãos do Presidente da República, que será mais bem elucidada em tópico posterior.

É plenamente possível estabelecer dois momentos na Democracia brasileira, em que se operou adequadamente e de maneira a tornar hegemônico o Presidencialismo de Coalizão: os governos de Fernando Henrique Cardoso (1994 – 2002) e o de Luís Inácio Lula da Silva (2002 – 2010).

Em caminhada necessária, Fernando Henrique Cardoso na primeira disputa do pleito presidencial obteve 55,22% dos votos válidos, enquanto, na sua reeleição, acabou vindo a ser eleito no segundo turno com um total de 53,06% dos votos válidos.

Nas eleições proporcionais, o partido do ex-Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso (PSDB), conseguiu eleger “63 deputados federais (13%) nas eleições de 1994 e 71 (15%) nas eleições de 1998” (AVRITZER, 2016, p. 34), o que, em tese, demonstraria haver alguma dificuldade na condução de seu governo, o que não veio a ocorrer, uma vez que, mesmo não possuindo a aludida maioria partidária, a taxa de aprovação das leis geradas pelo Executivo, no primeiro mandato presidencial, se acostava em 79,7%, enquanto o Poder

¹⁷¹ Em outras palavras, Streck e Oliveira (2013, p. 2.444) afirmam que o requerimento de urgência dá a possibilidade do Presidente da República solicitar urgência no andamento do processo que o mesmo vir a possuir alguma relevância. Nas palavras dos autores “o projeto deverá ser apreciado pela Câmara dos Deputados no prazo de 45 dias, a contar de seu recebimento. Se for aprovado na Câmara, terá o Senado Federal igual prazo para sua apreciação. O prazo total é, pois, de 90 dias para o pronunciamento de ambas as casas. Mas, se o Senado emendar o projeto, as emendas deverão ser apreciadas pela Câmara em 10 dias, com o que o prazo total fica dilatado para 100 dias. Na hipótese de a Câmara e o Senado não se manifestarem sobre o projeto apresentado sob urgência nos prazos regulamentares, todas as demais deliberações legislativas ficarão sobrestadas, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação (EC n. 32/2001). Desta forma, o referido pedido, ao final, garante que a tramitação da proposta acabe gozando de prioridade no seu andamento até que seja apreciada a matéria.

Legislativo aprovava 18,8% das propostas de sua autoria. Já no segundo mandato, 74,1% de suas proposições e leis, enquanto o Poder Legislativo aprovava 22,8% de suas propostas, conforme informa o Banco de Dados Legislativos do CEBRAP, o que mostra claro descompasso no exercício de sua função constitucionalmente admitida.

Por conseguinte, nos dois Governos Lula, as condições continuaram seguindo a regra. Em 2002, após se eleger com 61,27% dos votos válidos e o seu partido passar a ter a maior bancada da Câmara dos Deputados com 91 parlamentares, aumentando à taxa de aprovação para 72,7%. Já em 2006, após ser reeleito com 60,82% dos votos válidos e o seu partido, 83 deputados, a taxa de aprovação acabou registrando incríveis 81,6%.

Em tese, a característica de entregar função dos poucos votos no partido elevaria a crença de haver alguma dificuldade na condução e aprovação das agendas dos governos, o que, ao final, não ocorreu. A afirmação está balizada na colheita de dois índices: a taxa de sucesso e de dominância da produção legal.

Quanto ao primeiro, a taxa de sucesso, segundo informa Limongi (2006, p. 21), diz respeito a “proporção do que é aprovado sobre o total enviado por este poder” (LIMONGI, 2006, p. 21). Nesse sentido, os projetos de leis que eram enviados ao Congresso Nacional, tendo como iniciativa o Poder Executivo, seguiam com elevados percentuais de índices de aprovação.

Enquanto nos mandatos do governo FHC (I e II) e governo Lula (I e II), as taxas de sucesso, respectivamente, foram 78,7%, 73,8%, 77,8% e 76,2%, entretanto, as que tiveram iniciativas pelo Legislativo registravam baixos índices de aprovação de seus projetos de lei, não passando dos 25%, conforme indica o Banco de Dados Legislativos do CEBRAP.

Não só isso, a taxa de dominância sobre a produção legal, que diz respeito “a simples divisão das leis cuja proposição se deve ao executivo pelo total de leis aprovadas no período” (LIMONGI, 2006, p. 21), também, registra altos índices.

Tanto os governos de FHC, quanto o de Lula, além do sucesso de suas proposições, repetiram a dominação da produção legal, registrando 80,9%, 75,7%, 74,6% e 85,5% das taxas de dominância, o que demonstra facilmente quem é, entre os poderes da república, o maior produtor legiferante.

4. A CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO PRESIDENTE E O PODER DE AGENDA

Cretella Júnior (1989, p. 148), quando inicia sua fala denominando o a significação do termo *Poder*, explica o emprego da inicial em maiúsculo para designar cada um dos poderes da

República. Todavia, quando faz o uso do termo empregando a inicial em minúsculo, o faz no sentido de indicar a “forma que irradia determinada fonte”.

Nesse sentido, Billafan (2012, p. 42) sentencia que o Presidente da República, como personagem concretizador do exercício do poder do Executivo, com base na arqueologia constitucional atual, “praticamente legisla o que há de mais importante” na política e, como já foi falado, enfeixa as iniciativas legais passando a ter “seu poder institucional reforçado pela Constituição de 1988” (LIMONGI, 2006, p. 17)¹⁷².

Ainda em sua linha de pensar, Limongi (2006, p. 27) afirma que o Presidente da República não é possuidor de toda força, por usurpar competência do Legislativo, mas sim porque à Constituição Federal de 1988 assim o quis. Segundo ele, o Presidente da República “tem a prerrogativa exclusiva de iniciar legislação nas principais áreas de política: tributação, orçamento e fixação dos quadros do funcionalismo, para citar as áreas fundamentais”

A conclusão do autor caminha no sentido de não ser, o Presidente da República, “um legislador qualquer” (LIMONGI, 2006, p. 27), o que dá a exata dimensão do formato constitucional admitido como importante e principal fomentador da alteração (ou não) do *status quo* do ordenamento jurídico.

O acúmulo dessas questões gera um único caminho real aos congressistas, que é a de se submeterem a agenda, que acaba por ser elemento fundamental à concretização de sua visão de governo, afastando a tese de que, por ser Instituições diversas, seriam portadoras de agendas independentes¹⁷³, posicionada pelo Poder Executivo.

Sobre este Poder de Agenda, Santos (2003, p. 18) afirma cumprir um papel inquestionável, quando confirma que ele

Serve para encurtar o tempo de tramitação das propostas, com a apresentação de pedidos de urgência; serve para evitar a entrada de projetos de lei inaceitáveis, devido à exclusividade da iniciativa do Executivo em projetos de natureza orçamentária e fiscal; serve para redefinir onde se fará a análise de um projeto por meio da criação de comissões especiais; e, por fim, serve para poupar o Congresso de ter de lidar com assuntos difíceis, através da edição de medidas provisórias.

Limongi (2009, p. 22) em outro momento afirma que o poder de agenda possui o seu significado nos meios institucionais que a maioria possui para que venha a ser aprovada as medidas, superando, assim, “os obstáculos que a minoria anteporá às suas pretensões e seus problemas de coordenação ou ação coletiva”. Por mais que as minorias tentem parar à

¹⁷² Fator este que, em tese, aproximaria o presidencialismo brasileiro das democracias parlamentaristas europeias.

¹⁷³ SANTOS (2010, p. 25) informa não se tratar “evidentemente, de questionar a separação formal entre os poderes de Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), mas sim a separação funcional entre Executivo e Legislativo no que se refere à formação dos governos e à produção de políticas públicas”.

tramitação dos projetos de interesse da maioria, o “Poder de Agenda dota a maioria dos meios para transpor estes obstáculos” (LIMONGI, 2009, p. 22 – 23), já especificado em supracitado tópico, restando ao Parlamentar, diante desse arranjo institucional, duas alternativas centrais: “fazer parte da coalizão presidencial na legislatura em curso, ou cerrar fileiras com a oposição esperando chegar à Presidência no próximo termo” (LIMONGI, 2006, p. 41), porque interação de todos os elementos acima narrados, assim, estabeleceu.

As duas hipóteses de postura do parlamentar geram o pensamento que põe o exercício de sua função como um (quase) mero balcão de negócios, o que poderia reduzir a sua atuação ao exercício de barganhas políticas, gerando, em última instância, o descrédito da atuação do Poder Legislativo. Quanto a isso, Limongi (1999, p. 32) pontua:

A imagem corrente das barganhas entre o Executivo e o Legislativo retrata uma negociação em que os parlamentares oportunistas são capazes de, a cada votação, extrair mais uma nomeação ou sinecura de um Executivo frágil e acuado pela necessidade constante de obter votos. Nessa barganha, os parlamentares seriam o lado forte, em condições de agir como verdadeiros chantagistas extraíndo “rendas” de seu monopólio sobre os votos de que o Executivo necessita. Essa imagem caricatural partilha com a concepção que propomos a premissa de que o Executivo controla recursos que os parlamentares desejam obter com vistas à sua reeleição. No entanto, não há por que tomar o Executivo como a parte fraca nessa barganha. O Executivo controla os recursos desejados por parlamentares, mas também pode retirar “rendas” desse seu monopólio. Afinal de contas, por que o Executivo se disporia a entregar uma nomeação por preço tão baixo? Um só voto? Por que não ocorreria ao Executivo condicionar a nomeação à obtenção de dois votos? E por que não de três? E por que não de determinada agenda?

Procura-se conferir a cada poder a prerrogativa de acionar o processo legislativo, em relação às matérias constitucionalmente definidas. A separação dos poderes, na forma como foi concebida ao longo de nossa história constitucional, de maneira esquemática, resguarda ao poder legislativo funções básicas e primordiais. Segundo José Afonso da Silva (2010, p. 138), há dois sentidos à atribuição destes poderes:

(a) O Poder legislativo no sentido de função legislativa, como está no art. 44 da Constituição de 1988 (O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional; vale dizer: a função legislativa é exercida pelo Congresso Nacional: aí a especialização de função), e (b) Poder Legislativo no sentido de órgão ou órgãos que exercem a função legislativa, e é o sentido que está no art. 2º da Constituição de 1988 quando declara que são Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si (aí a independência orgânica).

Quanto à função legislativa é de competência desta Casa o estabelecimento, por meio da legislação, do papel filtrador das demandas existentes em nossa sociedade. Todavia, conforme já foi largamente debatido, não é esse o papel que o Legislativo está a tomar.

O quadro institucional desenhado nos tópicos descritos acima mostra o que está a ser equivocado, na atuação por parte desses poderes. Limongi e Figueiredo (1995, p. 192) especificam a seguinte diferença na imposição da agenda por parte do Poder Executivo em relação ao Congresso Nacional:

Há uma diferença fundamental entre os três poderes no que diz respeito aos projetos de lei que cada um deles introduz no Congresso. Enquanto o Judiciário e o Executivo propõem leis como uma instância institucional, no caso do legislativo esse poder é individual (LIMONGI E FIGUEIREDO, 1995, p. 192).

Em outras palavras, o Poder Executivo, em regra, quando propõe seus projetos, busca regular uma condição que se dissipam na coletividade, o que, em tese, pode se mostrar incompatível com a necessidade buscada pela sociedade. Acertadamente, Bastos e Martins (1995, p. 387) andam um pouco mais com esse raciocínio:

Sobre tais matérias tem o Poder Executivo melhor visão do que o Legislativo, pôr as estar gerindo. A administração da coisa pública, não poucas vezes, exige conhecimento que o Legislativo não tem, e outorgar a este poder o direito de apresentar os projetos que desejasse seria oferecer-lhe o poder de ter sua iniciativa sobre assuntos que refogem a sua maior especialidade. Se tal possibilidade lhe fosse ofertada, amiúde, poderia deliberar de maneira desastrosa, à falta de conhecimento, prejudicando a própria Administração Nacional.

O problema que aqui se lança não está na divisão das competências legislativas entre os poderes, mas sim nos instrumentos deixados ao Executivo em frente aos que Legislativo possui. A possibilidade do Presidente da República editar medidas provisórias, manter a hegemonia da iniciativa de proposições de caráter administrativo e financeira, aliado à competência constitucional de requerer unilateralmente a urgência para a tramitação de projetos de sua autoria, mostram que “a Constituição Federal não ofereceu um bom ponto de partida” (SANTOS, 2003, p. 32).

O conjunto de instrumentos, concretizados na possibilidade real do Executivo impor o seu Poder de Agenda a práxis política só gera à imobilização do Poder Legislativo e, conseqüentemente, pondo o Congresso Nacional n“um papel mais reativo do que proativo (...) pois ela afeta a legitimidade e a efetividade de uma dimensão central do regime” (MOISÉS, 2010, p. 9)¹⁷⁴.

Em outras palavras, a ausência de um papel propositivo, por parte do Poder Legislativo, faz com o que ele venha perder à capacidade “de representar do mesmo modo os

¹⁷⁴ O autor, ainda diz que, na grande maioria das vezes, “as proposições de iniciativa dos próprios parlamentares limitam-se a algumas poucas políticas distributivistas, localistas e simbólicas, em grande parte incapazes de alterar o status quo ou de introduzir políticas públicas relevantes” (MOISÉS, 2010, p. 9 - 10)

segmentos majoritários e as minorias constitutivas da sociedade” (MOISES, 2010, p. 10), o que é de extrema gravidade para a qualidade de nossa democracia¹⁷⁵, demonstrando grande dificuldade de ação por parte do Legislativo.

CONCLUSÃO

O Presidencialismo de Coalizão é fruto do acaso constitucional e é pautado por meio de três pontos principais: a disciplina partidária e o exercício das coalizões.

Conforme se viu, o Presidencialismo de Coalizão se verifica no fato que põe o Presidente da República eleito com numero de votos absolutamente superior aos que foram entregues ao seu partido o que, naturalmente, faz nascer à necessidade de promoção de alianças políticas dentro do congresso na busca da concretização da agenda política eleita.

Em relação à disciplina partidária, o Presidencialismo de Coalizão depende diretamente da disciplina partidária para lograr êxito. É, por meio dela, que a estabilidade passa a ser mais bem garantida, uma vez que, quanto maior for à disciplina partidária, maior será a possibilidade do chefe do executivo vir a conseguir executar o projeto de governo eleito pelo voto popular. Aqui, fala-se em governabilidade, mecanismo essencial da estrutura política.

Andando junto com a disciplina partidária, percebe-se que as coalizões acabam por ser essenciais ao Presidencialismo de Coalizão. Num cenário pluripartidário, às coalizões acabam por ser o fio condutor que une a plataforma do Presidente da República à impressão de sua marca na agenda do país.

Para isso, a pesquisa fez uso de três índices criados pelo Núcleo de Estudos Comparados Internacionais da Universidade de São Paulo, que diz respeito à taxa de aprovação das suas proposições e leis, taxa de sucesso dos atos emanados pelo Executivo e taxa de dominância da produção legislativa do Executivo tomando com relação as emanadas pelo Legislativo.

As informações colhidas refletem que os instrumentos poderosíssimos deixados à mão do chefe do Executivo, prescritos no texto constitucional e nos regimentos internos, acabaram por facilitar a consecução das coalizões e, conseqüentemente, a centralização e execução do poder de agenda nas mãos do Presidente da República.

¹⁷⁵ Avritzer (2016, p. 133) afirma que “diversas teorias avaliam a democracia com base em critérios importantes. A mais consolidada é a teoria da poliarquia, proposta por Robert Dahl. Trata-se de oito critérios para medir a qualidade da democracia, todos ligados à capacidade de competir politicamente ou de ter acesso à informação. Dahl também mensurou em 1971 as diferentes poliarquias. Naquele momento, o Brasil não entrou na lista devido ao regime autoritário que vigorava e, apenas dois países da América Latina entraram, Chile e Uruguai. Não existe nenhuma dúvida de que o Brasil, hoje, é uma poliarquia.”

A conclusão que se tira, ao final do escrito, se acosta no fato de que não pode o legislativo, deixar ser colocado no papel simplificador de aceitador das barganhas que lhe são impostas. Atuar desta forma, além de diminuir a importância da ação parlamentar, ao final, acaba por piorar a qualidade da democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. **O Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro**. In: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 31, n.1, 1998, p. 5 – 38.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BILLAFAN, Valéria da Costa Lima. **Atuação do Legislativo frente ao presidencialismo de coalizão**. 2012. 79f. Monografia (especialização) – Curso de Instituições e Processos Políticos do Legislativo, Câmara dos Deputados, Brasília.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Glossário do Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/glossario>>. Acesso em: 02 de setembro de 2006.

CARVALHO, Francisco Cristiano. **O Crescimento Da Bancada Do Pt Na Câmara Dos Deputados Entre 1994 E 2002**. Dissertação de Mestrado em Ciência Política, Instituto De Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília. 110FL.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 37ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. **Mudança constitucional, desempenho do Legislativo e consolidação institucional**. In Revista Brasileira de Ciências Sociais, 10(29): 175-200.

LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. Novos estud. - CEBRAP [online]. 2006, n.76, pp.17-41. ISSN 0101-3300. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002006000300002>.

LIMONGI, Fernando and FIGUEIREDO, Argelina. **Bases institucionais do presidencialismo de coalizão**. Lua Nova [online]. 1998, n.44, pp.81-106. ISSN 0102-6445. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451998000200005>.

_____. 2009. **Poder de Agenda e Políticas Substantivas**. In Magna Inácio and Lucio Rennó, *Legislativo Brasileiro em Perspectiva Comparada*. Belo Horizonte, Editora da UFMG.

MOISES, José Álvaro. **O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.

NASCIMENTO, Reinaldo Sobrinho do. **Poder de agenda**: a supremacia do Poder Executivo e seus efeitos na sistematização da pauta do Plenário da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2021>>. Acesso em: 04 setembro de 2016.

PINTO, Júlio Roberto de Souza. **Revista Jurídica Cosulex – Ano XII – Nº 283** – 31 de outubro de 2008.

SILVA, José Afonso da. **Estrutura e funcionamento do poder legislativo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 47, n. 187, p. 137-154, jul./set. 2010.

SOUZA, Ana Paula Oliveira de. A Separação de Poderes com Enfoque na ADI 3.367\DF *in* Separação de Poderes - Volume 1, Brasília : IDP, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre. **Comentário ao artigo 2º**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; ROSA, Lucas Faber de Almeida. **Para que serve a separação de poderes? Breves considerações sobre o papel do Poder Judiciário no presidencialismo de coalizão**. Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília: IDP, Ano 8, no. 1, jan./ jul. 2015, p. 43 – 56.

_____. **Comentário ao artigo 64, § 1º**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1.155 – 1.156.

STRECK, Lenio Luiz. **Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão**. Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília: IDP, Ano 6, vol. 1, mai./2013, p. 207 – 222.

ANÁLISE COMPARATIVA ACERCA DA CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA COM BASE NAS CONSTITUIÇÕES DE PORTUGAL E DO BRASIL

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE CONCEPT OF DEMOCRACY BASED ON THE CONSTITUTIONS OF PORTUGAL AND BRAZIL

Matheus Passos Silva¹⁷⁶

Data da submissão: 06/10/2017

Data da decisão editorial: 18/10/2017

Data da comunicação ao autor: 18/10/2017

RESUMO

O texto busca fazer uma análise comparativa sintética acerca das Constituições de Portugal, de 1976, e do Brasil, de 1988, no que diz respeito à concretização efetiva da ideia de democracia presente em tais normas constitucionais. Ambas Constituições surgiram, em seus respectivos países, como resultado de um processo de abertura de um regime autoritário para um regime democrático. Neste contexto, resta saber se as propostas de 40 e de 30 anos atrás ainda encontram eco nas sociedades portuguesa e brasileira contemporâneas. Para atingir tal objetivo o texto divide-se em três partes principais. A primeira traz um arcabouço teórico sobre a ideia de democracia, apontando-se o conceito como elemento fundamental do Estado democrático de Direito da contemporaneidade. Em seguida apresentam-se os elementos constitucionais de Portugal e do Brasil que buscam concretizar juridicamente a ideia de democracia. Por fim, na última parte faz-se breve análise sobre a efetividade da norma jurídica no cotidiano do cidadão. A metodologia utilizada fundamenta-se no método dedutivo, ao passo que a técnica de pesquisa utilizada foi a documental, com base em normas jurídicas e em referências bibliográficas sobre o tema.

Palavras-chave: democracia; representação; Constituição; Portugal; Brasil.

ABSTRACT

The text seeks to make a synthetic comparative analysis of the Constitutions of Portugal, 1976, and Brazil, 1988, regarding the effective implementation of the idea of democracy present in such constitutional norms. Both Constitutions emerged in their respective countries as a result of a process of opening up an authoritarian regime for a democratic regime. In this context, it remains to be seen whether the proposals of 40 and of 30 years ago still resonate in contemporary Portuguese and Brazilian societies. To achieve this goal the text is divided into three main parts. The first brings a theoretical framework on the idea of democracy, pointing out the concept as a fundamental element of the democratic, contemporary rule of law. Next, we present the constitutional elements of Portugal and Brazil that seek to concretize juridically the idea of democracy. Finally, in the last part, a brief analysis is made about the effectiveness of the legal norm in the daily life of the citizen. The methodology used is based on the deductive method, while the research technique used was the documentary, based on legal norms and bibliographical references on the subject.

Keywords: democracy; representation; Constitution; Portugal; Brazil.

Introdução

A ideia de *democracia* apresenta-se como sendo um dos elementos fundamentais no chamado *Estado democrático de Direito* contemporâneo. Ainda que seu surgimento possa ser

¹⁷⁶ Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisador da CAPES – Proc. Nº 1791/15-0. Investigador voluntário do CEDIS/Universidade Nova de Lisboa. E-mail: <contato@profmatheuspastos.com>. Currículo completo disponível em <<http://lattes.cnpq.br/4314733713823595>>.

identificado na Grécia antiga, o formato atual da democracia foi estabelecido em fins do século XIX e início do século XX, especialmente a partir da *ampliação do número de votantes* e do estabelecimento da *democracia partidária* como modelos a serem seguidos. Tal modelo estabilizou-se e efetivamente se difundiu logo após a Segunda Guerra Mundial, ao menos no mundo ocidental.

Tanto Portugal quanto Brasil seguiram o *roteiro* pré-definido de estabelecimento do modelo da democracia partidária em suas Constituições, promulgadas respectivamente em 1976 e em 1988. Sendo o resultado de lutas pela redemocratização em ambos os países, tais textos constitucionais precisavam estabelecer claramente os direitos e garantias fundamentais com o objetivo de criar um novo modelo político-jurídico institucional que se apresentasse claramente como uma ruptura em relação ao passado autoritário.

O compromisso das duas Constituições com a democracia – e também com o fortalecimento da *cidadania*, esquecida nos anteriores regimes autoritários – é explícito em seus respectivos textos. Neste sentido, é sintomático o fato de que a Constituição portuguesa traz, já em seu art. 2.º, que Portugal é um Estado de direito democrático. Além disso, é interessante também notar que são apresentados em primeiro lugar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais; apenas depois fala-se sobre a estrutura do Estado.

No caso brasileiro ocorre exatamente a mesma coisa, não apenas no que concerne à apresentação inicial de certos princípios como também em relação à estrutura do texto constitucional. O *caput* do art. 1º já indica que o Brasil é um Estado democrático de Direito; em seguida são apresentados os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e só depois fala-se na organização do Estado brasileiro.

Entretanto, a despeito de toda a organização constitucional *formal* da democracia e da cidadania nos dois países, é necessária também a realização de uma avaliação acerca da *efetividade* da democracia. Por outras palavras, significa dizer quem não se pode compreender um país como democrático apenas pela leitura do texto constitucional: é necessário, mais que isso, verificar se aquilo que está presente na Constituição se concretiza na realidade prática do cidadão, sob pena deste viver apenas em um *simulacro* de democracia.

É este, portanto, o objetivo deste texto: realizar alguns apontamentos acerca da efetividade da democracia nos dois países aqui indicados. Tal tarefa se apresenta como fundamental especialmente em momentos como os atuais, em que termos como “governança” e “governabilidade” estão *na crista da onda*. Para a concretização desta tarefa o texto está dividido em três partes principais. A primeira parte traz uma definição conceitual de

democracia, de maneira a deixar claro ao leitor o ponto de partida teórico para análise da realidade dos cidadãos. Na segunda parte serão apresentados os principais elementos da democracia presentes nas Constituições portuguesa e brasileira. Por fim, na terceira parte serão feitos apontamentos a respeito da concretização ou não concretização de tais princípios constitucionais na vida cotidiana do cidadão.

1 A democracia como conceito fundamental do Estado contemporâneo

Falar sobre o conceito de democracia é uma tarefa difícil. A dificuldade se apresenta, em primeiro lugar, porque há verdadeira *idealização* do conceito, o que faz com que na atualidade a identificação de *algo* como democrático leve inexoravelmente ao entendimento de que este *algo* é bom. Em segundo lugar, inúmeros autores falam sobre o conceito, definindo-o muitas vezes de maneiras até contraditórias, o que vem a dificultar o entendimento claro do conceito. E a dificuldade continua *na prática*: talvez seja possível afirmar que não exista nenhum país no mundo que não se defina como democrático. Portanto, é tarefa do pesquisador a definição clara do conceito teórico com o qual irá trabalhar. É nesta perspectiva que serão a seguir feitos alguns apontamentos com o objetivo de apresentar uma definição teórica da democracia que possa ser utilizada para a análise da realidade prática do cidadão, análise esta que será feita mais à frente nesse texto.

Ainda que seja *lugar-comum* identificar o surgimento da democracia na Grécia antiga, a ideia que aqui se apresenta diz respeito à chamada *democracia partidária*. Significa dizer que só se pode falar em democracia em seu sentido contemporâneo a partir do momento em que surgiram as condições materiais para o exercício do voto por parte do cidadão *ao mesmo tempo* em que surgiram os partidos políticos como instituições responsáveis por concretizar a representação do cidadão junto ao Estado.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, importa destacar a importância das *revoluções liberais* de fins do século XVIII e início do século XIX. Tais revoluções trouxeram a ideia de *limitação do poder do Estado* e também contribuíram com a ideia da *representação de parcelas da população* junto a este mesmo Estado. A limitação do poder do Estado foi fundamental para que se garantisse ao cidadão a *liberdade* necessária para agir em sua esfera privada, livre de quaisquer constrangimentos impostos pelo Estado na definição da sua vontade política. Por sua vez, de nada adiantava a existência deste espaço de liberdade individual se tal liberdade não pudesse ser usufruída pelo cidadão. É nesta perspectiva que se vislumbrou a necessidade de *representação* de parcelas da população.

Vale destacar, entretanto, que tais acontecimentos não correspondem à efetiva *democratização* da sociedade daquele período. O que se viu foi o surgimento de *teorias da representação*, mas não de teorias *realmente* democráticas: o que existia era a *legitimação* dos governantes por meio de eleições sem, contudo, haver a participação *efetiva* dos governados nos rumos do Estado. Nesta situação o cidadão *não era* o titular do direito político, mas sim o seu representante – já que não existiam vínculos político-jurídicos *reais* entre eleito e eleitor, mas sim vínculos *sociais* entre os mesmos (MIRANDA, 2007, p. 15-7). Vale destacar também que apenas uma parcela relativamente pequena da população era representada, já que existiam limitações censitárias e/ou de gênero nas eleições daquele período (MIRANDA, 2014, p. 376).

Apenas em fins do século XIX e início do século XX é que se pode falar em efetiva *democratização* da sociedade a partir do momento em que ocorreu a expansão do sufrágio, que se tornou universal. Assim, a extinção de critérios censitários para o voto e o aumento do número de titulares de capacidade eleitoral ativa e passiva fizeram com que o cidadão se transformasse no titular efetivo do poder político de maneira que sua vontade fosse “jurídica e politicamente eficaz” (MIRANDA, 2007, p. 17), vindo assim a interferir diretamente nas ações do Estado. Em suma, criaram-se neste período vínculos político-jurídicos *reais* entre eleito e eleitor de maneira que o primeiro passou a ser escolhido pelo segundo conforme normas juridicamente estabelecidas que, por sua vez, foram criadas respeitando-se a vontade do segundo.

A expansão dos direitos políticos a largas camadas da sociedade ocorreu concomitantemente com outro fenômeno da esfera político-jurídica, qual seja, o surgimento dos chamados *partidos políticos de massa*. Antes, vale destacar que um partido político é uma instituição associativa que visa a um fim deliberado, seja tal fim compreendido em sentido “positivo” – a concretização da vontade do cidadão –, seja em sentido “negativo” – a busca de honras e de glórias para seus membros, em especial para seus líderes (OPPO, 1998, p. 898-9). Além disso, é interessante notar que todos os partidos, independentemente de sua ideologia, têm um objetivo em comum – qual seja, o de *angariar votos*, já que sem votos não adquirem as cadeiras para a atuação parlamentar.

Assim, se durante praticamente todo o século XIX os partidos políticos eram chamados de *partidos de notáveis*, visto existirem apenas circunscritos aos Parlamentos e, portanto, não possuírem nenhum tipo de organização social fora deste – ou quando o tinham era apenas para o período eleitoral, ou seja, para a arregimentação de votos que levassem à vitória, mas sempre de maneira circunscrita e limitada (MIRANDA, 2007, p. 23; OPPO, 1998, p. 900) –, o fim deste século e o início do século XX viram o surgimento daquilo que é conhecido como *partidos de*

massa, ou seja, partidos políticos cujos candidatos tinham posição social, estilo de vida e preocupações semelhantes às dos operários (MANIN, 2002, p. 195-6) – vistos na ocasião como o “eleitorado a ser conquistado”.

Com os partidos de massa gradativamente passou-se do voto *personalizado* para o voto *partidarizado*, ou seja, o cidadão deixou de votar diretamente na *pessoa* do candidato como fazia no período do governo *representativo* para votar no *partido* do candidato no momento em que se estabeleceu a *democracia partidária*, sendo o partido o representante visível da ideologia política sustentada pelo eleitor.

Pelo exposto fica claro que os partidos políticos, durante o século XX principalmente, transformaram-se nas principais e mais importantes instituições políticas da democracia contemporânea. Compete ao partido político não apenas representar o cidadão no Parlamento mas também, e acima de tudo, ser a instituição responsável por organizar as demandas sociais, expressas por meio da opinião pública, de maneira a transformá-las em bandeiras ideológicas que serão posteriormente expostas por meio de um programa político a ser escrutinado pelo cidadão por meio do voto. Estabelecem-se assim os seguintes critérios para que um regime político-jurídico possa ser considerado como democrático:

- O cidadão é o titular da soberania, mas esta é exercida por representantes eleitos regularmente;
- Eleições regulares, voto secreto, competição entre facções e/ou partidos e governo majoritário são as bases institucionais para criar a *accountability* daqueles que governam;
- Os poderes do Estado devem ser impessoais, com separação de suas funções (poderes Executivo, Legislativo e Judiciário);
- Deve existir total centralidade do constitucionalismo para garantir a liberdade do cidadão em relação ao tratamento arbitrário, bem como a igualdade perante a lei na forma de direitos (ou liberdades) civis e políticos, especialmente as liberdades de expressão, de associação, de voto e de crenças;
- Devem existir grupos de interesse além de partidos políticos (ao menos 2 formalmente estabelecidos) competindo entre si (HELD, 2006, p. 78).

Por sua vez, o jurista italiano Norberto Bobbio traz uma definição mais específica do que ele considera como um *conjunto de regras de procedimento* que define o grau de democraticidade de determinado regime político-jurídico. Tais regras são as seguintes:

- O poder Legislativo deve ser composto por membros eleitos direta ou indiretamente pelo povo;
- Junto ao poder Legislativo deve haver outras instituições com dirigentes eleitos, tais como órgãos da administração local ou o chefe de Estado;
- Todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e de sexo, devem ser eleitores;
- Todos os eleitores devem ter voto igual;
- Todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível – em outras palavras, é necessário haver liberdade de expressão, tanto do ponto de vista do eleitor quanto do ponto de vista do candidato;
- Todos os eleitores devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas – ou seja, devem existir *no mínimo* dois partidos políticos para que o cidadão tenha liberdade de escolha;
- Tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do poder Legislativo vale o princípio da maioria numérica, podendo ser estabelecidas várias formas de maioria;
- Nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições;
- O órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder Executivo, por sua vez, eleito pelo povo (BOBBIO, 1998, p. 327).

Vale destacar que tais regras não irão definir *automaticamente* se determinado regime é ou não democrático. Para Bobbio tais regras definem se um regime é *mais* ou *menos* democrático considerando-se a presença ou ausência de tais regras no ordenamento jurídico de determinado Estado. O autor afirma também que a ideia de democracia é tão complexa – sendo possível falar-se em democracia liberal, democracia social(ista) e democracia elitista

(BOBBIO, 1998, p. 323-6) – que não se pode nem mesmo identificar quantas regras são necessárias para que um regime seja considerado democrático; a única certeza que se tem é que um regime que não possuir *nenhuma* das regras *com certeza* não é uma democracia (BOBBIO, 1998, p. 327).

Contudo, a despeito da clareza acerca deste *conjunto de regras de procedimento*, é importante destacar que a democracia não pode apenas ser apresentada sob o ponto de vista formal. Por outras palavras, não se pode considerar que determinado regime jurídico-político é ou não democrático apenas pela presença ou ausência de tais regras em seu ordenamento jurídico; outro aspecto relevante a ser considerado na definição contemporânea de democracia diz respeito ao seu entendimento como um *princípio estruturante* do Estado moderno a partir do momento em que tais regras são aplicadas e são efetivamente concretizadas na vida cotidiana do cidadão.

Nesta perspectiva, a democracia *substancial* tem relação direta com o *conteúdo* das normas jurídicas existentes em determinada Constituição. Este conteúdo está diretamente relacionado aos *fins* que um sistema político-jurídico democrático objetiva concretizar, nomeadamente a busca pela *igualdade* – jurídica, social e econômica – entre os cidadãos (STRECK; MORAIS, 2013, p. 535). Nesta perspectiva substancial um regime democrático *se inicia* com este conjunto de regras, mas o mesmo não pode ser considerado um *ponto de chegada*: para além do conjunto de regras – ou de *como* decidir – é necessário também que seja analisado *o que* está sendo decidido, especialmente levando-se em consideração as relações de poder entre os indivíduos, já que eventualmente tais regras podem estar presentes e mesmo assim o regime jurídico-político poderá *não* ser democrático.

Como se pode perceber por esta breve síntese, o conceito de democracia possui ao menos dois elementos, o *formal* e o *substancial*. O aspecto formal está garantido quando da presença das regras apresentadas por Bobbio no ordenamento jurídico de determinado Estado. Já o aspecto substancial está diretamente relacionado à efetividade concreta de tais regras na vida do cidadão tendo-se em vista o fim último de garantia da igualdade na sociedade – ou, ao menos, de uma gradual e constante diminuição da desigualdade. Estas duas faces da democracia pressupõem, em última instância, o envolvimento e a participação efetiva do cidadão, especialmente por este ser o *titular* do poder político. Resta verificar se nos dois Estados aqui em estudo isto realmente acontece.

2 A democracia na prática constitucional portuguesa e brasileira¹⁷⁷

O desenvolvimento do Estado de Direito do século XIX se deparou com um desafio: transformar as ideias e conceitos referentes à democracia em leis, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais. Era necessário fazer com que o Estado de Direito se transformasse em Estado *democrático* de Direito, e tal tarefa apresentou-se como complexa dada a dificuldade em fazer com que *valores* (que têm cunho muitas vezes moral) fossem positivados no texto da legislação. De toda sorte, a expansão do sufrágio e das liberdades individuais – incluindo-se aqui a garantia constitucional dos direitos políticos –, como se viu, fez com que a democracia fosse positivada inicialmente no início do século XX e mais concretamente com o fim da Segunda Guerra Mundial, ao menos no que diz respeito ao chamado mundo ocidental.

O estabelecimento de um Estado democrático de Direito pressupõe a existência de *regras* e de *princípios* em seu ordenamento jurídico. Neste sentido é possível afirmar que na estrutura constitucional dos dois Estados em análise – Portugal e Brasil – estão presentes tais regras e princípios, de maneira a se poder afirmar sem nenhum tipo de dúvida que ambos realmente são, do ponto de vista *formal*, Estados democráticos.

Percebe-se claramente que Portugal é, efetivamente, um Estado de direito democrático por estarem previstas em sua Constituição todas as regras anteriormente elencadas por Bobbio. Importante ressaltar que estão presentes não apenas as *regras*, especificamente aquelas relacionadas com a seara eleitoral (nestas incluindo-se não apenas o que diz respeito às eleições, mas também o que diz respeito às garantias de liberdades necessárias para a realização das eleições), mas também os *princípios*, ou seja, os *valores jurídicos* que sustentam um regime político-jurídico democrático, nomeadamente os princípios da dignidade humana e da cidadania.

A apresentação constitucional da democracia em Portugal tem início já no art. 1.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP). O texto indica claramente dois elementos que são fundamentais para a democracia, quais sejam, a *vontade popular* e a *dignidade da pessoa humana*. Ao afirmar que o Estado português se baseia em tais valores, a CRP deixa explícito que todas as demais construções jurídicas presentes na legislação

¹⁷⁷ Opta-se neste texto por ser feita breve análise dos elementos presentes apenas no texto constitucional dos dois Estados. É sabido que em uma perspectiva formal a democracia não se esgota na Constituição; entretanto, fazer também uma análise infraconstitucional dos aspectos democráticos nos dois países não apenas aumentaria o texto em demasia como levaria a uma fuga em relação aos objetivos inicialmente definidos para a análise aqui empreendida. Por tal motivo o texto restringe-se à Constituição da República Portuguesa e à Constituição da República Federativa do Brasil.

portuguesa – e não apenas isto, mas em verdade toda a atuação do Estado português – precisa se fundamentar e se orientar por tais elementos.

Logo em seguida, no art. 2.º, explicita-se novamente o ideal democrático. Este artigo é pródigo em relação à democracia, já que estabelece inúmeras traves mestras que visam à sua concretização. Em primeiro lugar, afirma-se explicitamente que Portugal “é um Estado de direito *democrático*”¹⁷⁸; em seguida fala-se que a República Portuguesa baseia-se “na *soberania popular*”; fala-se também em “pluralismo de expressão” e em “organização política” de base democrática; defende-se o respeito e a garantia de “efetivação dos direitos e liberdades fundamentais”; propugna-se a “separação e interdependência dos poderes” com o objetivo de garantia das liberdades individuais; visa-se à “*realização da democracia* econômica, social e cultural”; e por fim, mas não menos importante, busca-se o “aprofundamento da *democracia participativa*” na sociedade portuguesa.

Também o n.º 1 do art. 3.º da CRP vincula-se à concretização do ideal democrático. Diz o enunciado desta norma constitucional que “a *soberania*, una e indivisível, *reside no povo*, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição”. Ou seja, novamente em consonância com os ideais democráticos do início do século XX, compete ao *povo* ser o titular do exercício do poder político, cabendo ao Estado sujeitar-se a tal soberania por ser esta a fonte de todo o poder político do Estado.

A democracia pretende ser buscada por Portugal não apenas em seu âmbito interno, mas também em suas relações internacionais. É o que dizem, respectivamente de maneira indireta e de maneira direta, os n.ºs 1 e 5 do art. 7.º da CRP. O n.º 1 diz que Portugal rege-se pelos princípios “da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da *igualdade entre os Estados*, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da *cooperação com todos os outros povos* para a emancipação e o progresso da humanidade”, princípios estes que estão relacionados à ideia de democracia e de igualdade entre os povos. Por sua vez, o n.º 5 diz explicitamente que Portugal irá contribuir, juntamente com os demais Estados europeus, no fortalecimento de ações em favor “da *democracia*, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos”.

Ao tratar das tarefas fundamentais do Estado português, o art. 9.º da CRP, na alínea b), diz que compete ao Estado “garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos

¹⁷⁸ Para evitar repetições de informação, pede-se ao leitor que considere que doravante o destaque em itálico foi feito pelo autor deste texto em todas as citações de normas jurídicas, a não ser que esteja expressamente explícito de maneira contrária.

princípios do *Estado de direito democrático*”. Já a alínea c) do mesmo artigo indica que deve-se “*defender a democracia política*, assegurar e incentivar a *participação democrática* dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais”. Na esteira, a alínea d) destaca a função de “promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a *igualdade real* entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais”.

A presença de elementos democráticos na CRP não termina aqui. Saindo-se de princípios democráticos mais gerais e entrando-se especificamente no *conjunto de regras de procedimento* estabelecidos por Bobbio, percebe-se no art. 10.º a presença de algumas de tais *regras* no texto constitucional. Assim, o n.º 1 de tal artigo indica que “o povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição”; já o n.º 2 traz que “os partidos políticos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular, no respeito pelos princípios da independência nacional, da unidade do Estado e da democracia política”. Percebe-se a opção pela *democracia partidária* na CRP, o que se coaduna com o processo de *partidarização* da representação política indicado na parte 1 deste texto.

O n.º 1 do art. 13.º indica outro elemento democrático presente na CRP. Diz o trecho que “todos os cidadãos *têm a mesma dignidade social* e *são iguais perante a lei*”. A simples leitura já indica a busca da democracia em ambos os sentidos apresentados antes, quais sejam – e respectivamente – a *democracia substancial* e a *democracia formal*. A busca pela igualdade continua no n.º 2 deste mesmo artigo, já que ninguém pode ser prejudicado ou beneficiado de qualquer forma injusta em relação a outros concidadãos.

Percebe-se por todo o exposto até o momento que o Estado português, ao menos no que diz respeito ao texto constitucional, apresenta-se como efetivamente empenhado em promover a democracia tanto dentro quanto fora de suas fronteiras. Ao definir como um princípio básico e fundamental a democracia e ao indicar que é tarefa fundamental do Estado concretizar tais princípios democráticos, a CRP deixa claro o compromisso assumido por Portugal no sentido de buscar a existência de uma democracia não apenas em sentido *formal*, mas também *substancial*.

Passando-se agora ao Título II da CRP, que trata dos direitos, liberdades e garantias, verifica-se em inúmeros artigos novamente a positivação constitucional dos ideais democráticos. O art. 27.º, por exemplo, fala na garantia da liberdade a todos os cidadãos portugueses, com impossibilidade de privação da liberdade a não ser em situações específicas, o que pode ser estendido à liberdade de expressão e de pensamento que são fundamentais a um regime político-jurídico democrático.

A liberdade de expressão, inclusive, é explicitamente garantida no art. 37.º da CRP, no que é complementada pelo art. 38.º que trata da liberdade de imprensa, outro elemento fundamental para que o cidadão possa estar bem informado e, conseqüentemente, atuar de maneira consciente no processo democrático. Ainda neste mesmo sentido, o art. 41.º da CRP garante a liberdade de consciência, de religião e de culto, o que também contribui para a criação de um ambiente vinculado à liberdade de expressão que, por sua vez, é fundamental para um sistema democrático. Outro aspecto importante está presente no art. 46.º, que trata da liberdade de associação. Tal liberdade é essencial quando se considera a necessidade que os cidadãos têm de se organizar para, em conjunto, lutar pelos seus objetivos frente ao Estado.

Chega-se agora ao Capítulo II, que trata especificamente dos direitos, liberdades e garantias de participação política. Enquanto os artigos anteriores tratam da liberdade de maneira mais geral, ainda que diretamente vinculadas à democracia, é nesta parte da CRP em que estão efetivamente presentes os direitos políticos dos cidadãos portugueses. Assim, o art. 48.º trata da participação na vida pública, elemento fundamental no desenvolvimento de um sistema democrático que depende do envolvimento do cidadão com a *res publica*.

Por sua vez, o art. 49.º traz aquele que é visto por muitos autores como o símbolo essencial de todo regime político-jurídico que se pretenda democrático na contemporaneidade (BARROSO, 2013, p. 196), qual seja, o *direito ao sufrágio*. Interessante notar que a CRP deixa explícito que o sufrágio é não apenas um *direito*, mas também um *dever*, já que seu exercício pressupõe, por um lado, a possibilidade dada ao cidadão de contribuir com a coletividade *ao mesmo tempo* em que exige deste mesmo cidadão sua contribuição.

Em consonância com o art. 46.º, o art. 51.º da Constituição portuguesa fala sobre a liberdade de associação em partidos políticos. Como dito anteriormente neste texto, a democracia partidária é elemento central dos regimes político-jurídicos na atualidade, não se vislumbrando a possibilidade de exercício da cidadania em sentido político sem a presença destas instituições por serem elas as instituições representativas por excelência do cidadão.

É importante também destacar o art. 52.º da CRP, que indica o direito de petição e o direito de ação popular do cidadão. Considerando-se que na democracia a soberania é popular, nada mais lógico do que garantir ao cidadão os direitos previstos neste artigo, especialmente quando se considera que tais mecanismos são vinculados ao exercício direto do poder político por parte do cidadão.

Há ainda que se destacar outros artigos presentes no texto constitucional português e que estão relacionados diretamente à democracia *substancial*, ou seja, à busca por maior igualdade social. Neste sentido destaca-se o art. 58.º, que traz o direito ao trabalho como um

direito social, sendo este o mecanismo por meio do qual o cidadão consegue, ao menos em tese, receber o suficiente para uma vida digna; no mesmo sentido surge o art. 63.º, referente à segurança social e à solidariedade para a garantia de meios mínimos de subsistência do ser humano; também merece citação o art. 64.º, que fala da saúde, considerando-se que sem esta o cidadão não consegue exercer devidamente seus direitos políticos – o mesmo se aplicando ao art. 66.º, referente ao meio ambiente e qualidade de vida, ao art. 73.º, que trata da educação, cultura e ciência, e ainda ao art. 74.º, que garante que todos têm direito à educação como mecanismo que busca concretizar a igualdade social.

Um último conjunto de preceitos constitucionais da CRP relaciona-se especificamente ao envolvimento do cidadão na escolha daqueles que irão compor os órgãos eletivos de soberania, das regiões autónomas e do poder local. Neste sentido o art. 109.º deixa explícito que “a participação *directa* e *activa* de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático”, ao mesmo tempo em que a lei deve “promover a *igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos* e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos”.

Neste contexto ganha também importância o art. 113.º, que trata dos princípios gerais do direito eleitoral português. Por sua vez, o art. 114.º retorna aos partidos políticos, enquanto o art. 115.º fala do referendo. Ainda, outro elemento fundamental de um regime democrático – a alternância no poder político – encontra-se presente explicitamente no art. 118.º da CRP.

Ainda no âmbito eleitoral, deve ser destacado o art. 121.º, que fala sobre a eleição do Presidente da República, bem como os artigos subsequentes (até o art. 126.º) que trazem os critérios de elegibilidade e de candidatura para tal função; no âmbito do poder Legislativo, destacam-se os artigos 148.º ao 154.º, que tratam das condições de elegibilidade, da representação e do exercício do mandato por parlamentares; e ainda chama-se a atenção ao art. 231.º da CRP, que fala sobre os órgãos de governo nas regiões autónomas e de seu método de eleição – além, é claro dos artigos que tratam das eleições nas autarquias locais, como o n.º 1 do art. 239.º, o n.º 1 do art. 245.º e ainda o art. 251.º.

Por fim, vale destacar que todas as normas constitucionais acima apresentadas são de cumprimento obrigatório por parte do Estado português. É o que diz, em síntese, o n.º 2 do art. 3.º da CRP: “O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na *legalidade democrática*”. Portanto, é de se considerar que a partir do momento em que o Estado deixa de cumprir tais procedimentos democráticos ele deixa de ser democrático e, conseqüentemente, deixa de cumprir a sua própria Constituição.

Por todo o exposto, percebe-se claramente a presença do *conjunto de regras de procedimento* indicado por Bobbio na Constituição portuguesa. Como síntese geral pode-se afirmar que a primeira regra está presente no art. 149.º; a segunda regra consolida-se no art. 121.º; a terceira regra está prevista no art. 49.º; a quarta regra é encontrada no art. 10.º; a quinta regra é vista no art. 37.º; a sexta regra é insculpida no art. 114.º; a sétima regra aparece no art. 116.º; a oitava regra está garantida no art. 114.º; e a nona e última regra é vislumbrada no art. 191.º, todos da CRP.

Por sua vez, a análise dos dispositivos constitucionais brasileiros também permite afirmar que este Estado é uma democracia do ponto de vista normativo-constitucional formal. O *conjunto de regras de procedimento* elencado por Bobbio se encontra presente na Constituição brasileira, com sua respectiva regulamentação por meio da legislação infraconstitucional. Mais que isso, estão presentes não apenas as *regras* mas também os *princípios* democráticos, com ênfase especial aos princípios da liberdade e da igualdade que, em conjunto, servem como o principal sustentáculo para a garantia da dignidade humana.

De maneira semelhante à CRP, a Constituição da República Federativa do Brasil (doravante CF, ou Constituição Federal) traz primeiramente seus princípios fundamentais e a definição constitucional do cidadão para apenas depois apresentar a estrutura do Estado brasileiro – ou seja, coloca o cidadão em primeiro lugar. A CF é uma constituição analítica, tal qual a portuguesa – na qual claramente se inspirou –, o que significa dizer que o texto constitucional brasileiro pretende regular inúmeros aspectos da vida em sociedade.

Já no *caput* do art. 1º a Constituição indica que o Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito” tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o *pluralismo político*, sendo este último elemento fundamental a todo regime político-jurídico democrático. Para complementar, o parágrafo único deste artigo traz que “*todo o poder emana do povo*, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O art. 3º da CF traz os objetivos centrais do Estado brasileiro. No que diz respeito ao tema deste texto destacam-se o inciso III, que afirma ser um objetivo a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, e o inciso IV, que indica a promoção do bem-estar de todos sem nenhum tipo de preconceito e/ou discriminação. Percebe-se que o texto contido nestes dois incisos está diretamente relacionado à ideia de democracia *substancial* conforme definido.

O art. 4º, que trata das relações internacionais, também possui elementos vinculados ao ideal democrático. Destacam-se as ideias de prevalência dos direitos humanos,

autodeterminação dos povos, não intervenção e igualdade entre os Estados, o que demonstra a preocupação do constituinte originário em definir elementos que promovem a democracia nas ações externas do Estado brasileiro.

Chega-se agora ao Título II da CF, que traz os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros. O grande destaque é o art. 5º do texto constitucional, já que é neste artigo, bem como em seus 78 incisos, 4 parágrafos e inúmeras alíneas, que estão apresentados quase todos os direitos, liberdades e garantias do cidadão – chamados de *direitos e deveres individuais e coletivos* no caso brasileiro. Por sua vez, os direitos econômicos, sociais e culturais estão apresentados nos artigos subsequentes (do 6º ao 11) e são chamados apenas de *direitos sociais*.

O *caput* do art. 5º é de extrema relevância na ordem jurídica brasileira porque sintetiza inúmeros direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, o texto afirma que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]*”. Estão presentes de maneira genérica neste trecho dois direitos que são basilares no que diz respeito ao ideal democrático, quais sejam, a liberdade e a igualdade.

Tais direitos são mais bem especificados em seguida nos incisos deste mesmo art. 5º. Assim, o inciso IV indica a liberdade de manifestação do pensamento – ou seja, a liberdade de expressão –, sendo vedado o anonimato; o inciso VI garante a inviolabilidade da liberdade de consciência; o inciso IX indica a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; o inciso XIV assegura a todos o acesso à informação, enquanto o inciso XXXIII garante o direito de receber informações de órgãos públicos; o inciso XVI garante o direito de liberdade de reunião em locais públicos; e o inciso XVII traz a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

Por sua vez, e em continuidade, a alínea *a)* do inciso XXXIV garante a todos o direito de petição, com isenção do pagamento de qualquer taxa; o inciso LIV indica que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal; e o inciso LXXIII traz que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Como se pode perceber por tais exemplos, a ideia de liberdade individual está plenamente garantida com base nos incisos do art. 5º da CF. Por outro lado, a igualdade material almejada pelo texto constitucional e que fundamenta a vertente *substancial* da democracia é

garantida constitucionalmente a partir do art. 6º da CF, em que são apresentados e elencados os direitos sociais.

Neste sentido, o *caput* do art. 6º traz que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Todos esses direitos, ainda que não sejam detalhados na própria CF, inegavelmente têm cunho *substancial*, o que significa dizer que sua aplicação prática visa à concretização dos objetivos previstos nos incisos III e IV do art. 3º da CF, supracitados.

Já a questão do *trabalho*, que também é um direito social, encontra-se bem mais detalhado na Constituição Federal, abrangendo os artigos 7º a 11. O art. 7º elenca, em seus 34 incisos, os direitos dos trabalhadores rurais e urbanos; o art. 8º, com oito incisos, trata da liberdade de associação profissional ou sindical; o art. 9º garante o direito de greve; o art. 10 assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; e o art. 11 garante a eleição de um representante dos empregados nas empresas com mais de 200 colaboradores.

Passa-se agora ao Capítulo IV do Título II, que traz os direitos políticos dos cidadãos brasileiros. Este Capítulo contém três artigos – o 14, o 15 e o 16 – nos quais estão definidas a capacidade eleitoral ativa e passiva, as elegibilidades e inelegibilidades e o princípio da anuidade eleitoral.

O *caput* do art. 14 traz que “a soberania popular será exercida pelo *sufrágio universal* e pelo *voto direto e secreto, com valor igual para todos*”. Além disso, indica que, nos termos da lei, a soberania pode também ser exercida por plebiscito, referendo e projetos de lei de iniciativa popular. Como se percebe, há a garantia constitucional de exercício do direito-dever de participação política, o que está em sintonia com o texto presente no parágrafo único do art. 1º da CF. O voto é obrigatório no caso brasileiro, como indica o inciso I do art. 14, ainda que as alíneas do inciso II indiquem os grupos para os quais o voto é facultativo (analfabetos, maiores de 70 anos e maiores de 16 e menores de 18 anos).

De grande importância na estrutura político-jurídica do Brasil é o § 3º do art. 14, que traz os critérios de elegibilidade. Para uma pessoa se candidatar no Brasil exige-se a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição em que a pessoa se candidata, a *filiação partidária* e a idade mínima, que varia conforme o cargo ao qual a pessoa irá concorrer na eleição. Os parágrafos

subsequentes do art. 14 – do § 4º ao § 9º – falam das inelegibilidades no caso brasileiro, e os parágrafos 10 e 11 falam sobre as possibilidades de impugnação do mandato eletivo.

Por sua vez, o art. 15 da CF indica que é vedada a cassação de direitos políticos, sendo permitidas apenas a sua perda ou suspensão conforme as hipóteses presentes nos cinco incisos deste artigo. E o art. 16 traz que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”, ou seja, indica o princípio da anualidade eleitoral com o objetivo de garantir a segurança jurídica de candidatos e partidos políticos.

Estas instituições têm para si um capítulo exclusivo na CF, qual seja, o Capítulo V do Título II. Ainda que tal capítulo seja composto por um único artigo – o 17 –, o mesmo reveste-se de extrema importância especialmente quando se considera a característica *partidária* da democracia brasileira, conforme explícito no inciso V do § 3º do art. 14: é um critério de elegibilidade a *filiação partidária*. Ou seja, sem estar filiado a um partido político ninguém pode se candidatar a nenhum cargo eletivo no Brasil.

O *caput* do art. 17 garante a livre criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos pelos cidadãos, desde que resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana; além disso, os partidos devem guiar-se pelos preceitos presentes nos quatro incisos deste artigo. Os partidos políticos são autônomos para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais. Faz-se a exigência de que seus estatutos estabeleçam normas de disciplina e de fidelidade partidária. Destaca-se por fim que os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão.

As normas básicas das eleições são estabelecidas para os cargos de maior hierarquia institucional – no caso, o âmbito federal –, sendo o sistema eleitoral espelhado nas instâncias inferiores. Em relação ao poder Executivo, o art. 77 da CF, em conjunto com seus cinco parágrafos, indica a eleição do Presidente da República pelo sistema majoritário de maioria absoluta; o art. 28 e seus dois parágrafos indicam a eleição dos Governadores das UFs; e o inciso II do art. 29 indica a eleição dos Prefeitos dos Municípios.

Já o poder Legislativo em âmbito federal (Câmara dos Deputados e Senado Federal) tem suas normas eleitorais definidas no art. 45 (Câmara dos Deputados – pelo sistema proporcional) e no art. 46 (Senado Federal – pelo sistema majoritário de maioria simples). Já os Deputados Estaduais e os Distritais são eleitos pelo sistema proporcional conforme previsto no art. 27 da CF e em seus quatro parágrafos. Curiosamente a CF não diz nada de maneira

explícita sobre o sistema eleitoral utilizado para a eleição dos Vereadores, mas o inciso IV do art. 29 permite interpretação explícita pela utilização do sistema proporcional nesta eleição.

Como se pode perceber, é possível afirmar que também o texto constitucional do Estado brasileiro, à semelhança com a CRP, contempla todas os itens presentes no *conjunto de regras de procedimento* elencados por Bobbio. O *caput* do art. 14 deixa explícita a primeira regra ao indicar que o voto é direto e secreto para todos os cargos eletivos, sendo complementado, no que diz respeito ao poder Legislativo, pelo art. 45 e pelo art. 46 em âmbito federal, pelo art. 27 em âmbito estadual e pelo art. 29, inciso IV em âmbito municipal. A segunda regra se concretiza pela eleição direta do Presidente da República, conforme indica o art. 77. Já a terceira regra está contemplada no § 1º do art. 14. A quarta regra está também presente no *caput* do art. 14. A quinta regra é vista nos incisos IV e VI do art. 5º, bem como em seu *caput*. A sexta regra é encontrada no *caput* do art. 17 e também no inciso V do art. 1º. A sétima regra insculpe-se nos diversos artigos referentes ao sistema eleitoral, todos eles indicados acima. Infere-se a oitava regra a partir do sistema proporcional, que permite a atuação da minoria dentro do Parlamento federal, dos Parlamentos estaduais e das Câmaras de Vereadores, sendo este fato reforçado pelos incisos IV e V do art. 89 da CF que exigem a participação, no Conselho da República, dos líderes da minoria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Por fim, a nona regra não se aplica ao caso brasileiro por ter o país um sistema presidencialista.

Em síntese, é possível afirmar que tanto Portugal quanto o Brasil contemplam, em seus respectivos textos constitucionais, absolutamente *todas as regras de procedimento* indicadas por Bobbio como definidoras de um regime democrático. Significa dizer, portanto, que no que concerne ao aspecto *formal* é plenamente possível afirmar que ambos os países são democráticos, podendo-se mesmo concluir que ambos estão no grau máximo de democraticidade que determinado Estado pode atingir. Resta agora saber se tal democracia *formal* se concretiza na realidade, ou seja, se a democracia *formal* se transforma em democracia *substancial* na vida cotidiana do cidadão.

3 A democracia na prática cotidiana do cidadão

Nas páginas anteriores falou-se sobre a ideia de democracia como um conceito teórico e também sobre a posituação da democracia na norma constitucional. Mostrou-se que, sob a perspectiva da democracia *formal*, isto é, da presença de critérios democráticos na lei, tanto

Portugal quanto o Brasil apresentam-se como países *jurídica* ou *formalmente* democráticos, já que todos aqueles elementos definidores do conceito de democracia estão claramente presentes nas Constituições destes dois países.

Entretanto, não se pode presumir que a *simples* presença de leis – mesmo que leis constitucionais, como nos casos *supra* analisados – faça com que determinado regime político-jurídico seja *automaticamente* democrático. Muito mais do que a simples presença em leis, a democracia é acima de tudo uma *prática* constitucional que precisa ter correspondência na realidade da vida do cidadão. Por outras palavras, de nada adianta a presença de normas jurídicas que favorecem e/ou implantam a democracia se tais normas não forem *efetivas* em relação ao conteúdo que querem concretizar.

A experiência histórica brasileira serve como exemplo claro daquilo que aqui se argumenta. Entre 1964 e 1985 o Brasil viveu sob uma ditadura militar, um período claramente autoritário. *Curiosamente*, o atual Código Eleitoral Brasileiro – a Lei nº 4.737 – é de 1965, ou seja, entrou em vigor um ano após o golpe militar de 1964.

Outro exemplo de que a presença de elementos democráticos em uma Constituição não transforma o regime político-jurídico em uma democracia vem da Emenda Constitucional nº 1/1969, que reformulou a Constituição brasileira de 1967. O art. 1º desta Constituição indica que “o Brasil é uma República Federativa constituída *sob o regime representativo*”; o § 1º deste art. 1º traz que “*todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido*”; e o art. 39 diz que “a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, *eleitos*, entre cidadãos maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos, *por voto direto e secreto*”. Em suma, pode-se afirmar que *no papel* a Constituição de 1967/1969 era democrática; na prática, porém, ninguém questiona o fato de que o período de vigência desta Constituição foi um período claramente ditatorial e autoritário na história política do Brasil.

Além disso, outro aspecto relevante a ser destacado diz respeito à chamada *constitucionalização simbólica* (NEVES, 1994) dos direitos dos cidadãos. Significa dizer que a mera constitucionalização de *algo* não necessariamente torna este *algo* eficaz e garantido, já que é sabido que em inúmeras ocasiões leis são criadas – ou até mesmo ocorrem alterações no texto constitucional – e, a despeito de sua existência, seus efeitos não são sentidos na vida cotidiana dos cidadãos. Nesta situação fica clara, na letra da lei, a tentativa de fazer *parecer ser* algo que na realidade *não se é*, de maneira que a lei acabe por trazer mais prejuízos que benefícios ao cidadão, à sociedade e ao próprio Estado.

Por fim, há uma terceira ressalva a ser feita em relação à presença de elementos democráticos em um texto constitucional e à *automática* assunção de que então tal sistema

político-jurídico é realmente democrático: fala-se aqui a respeito da *atitude do cidadão* em relação ao conteúdo normativo previsto na Constituição. Ou seja, é realmente eficaz em termos democráticos a Constituição que prevê a possibilidade de participação direta do cidadão na criação de leis por meio de projetos de lei de iniciativa popular se tais projetos raramente são propostos e ainda mais raramente são votados e/ou aprovados pelo Parlamento¹⁷⁹? Há eficácia do texto constitucional na garantia do direito ao voto quando surge na população um sentimento de *descolamento* ou de *distanciamento* em relação àqueles que a representa na esfera política?

A resposta a tais perguntas é claramente negativa. O florescimento de um regime democrático, para além da óbvia necessidade de presença de um conjunto normativo que a estabeleça e a favoreça, pressupõe também a existência de um conjunto *efetivo* e *eficaz* de condicionantes socioeconômicas que permita aos cidadãos se envolver com a *res publica* de maneira livre, igualitária e consciente. Não basta a existência de direitos políticos: a democracia deve ser também compreendida nos planos “social (acesso a benefícios sociais e políticas públicas) e econômico (participação nos frutos da riqueza nacional, com acesso a bens e produtos)”, além de fomentar a “organização de um sistema protetivo de direitos humanos e fundamentais” (GOMES, 2016, p. 87).

Nesta perspectiva serão aqui analisados dois aspectos que são considerados como cruciais para a efetividade de uma democracia. O primeiro deles diz respeito aos partidos políticos e à maneira como os mesmos se apresentam à sociedade, o que é reflexo direto da falta de democracia interna a tais instituições. Já o segundo diz respeito ao interesse e/ou à motivação que o cidadão tem em participar politicamente por meio dos procedimentos tradicionais – em outras palavras, por meio de eleições.

Os partidos políticos, durante o século XX principalmente, transformaram-se nas principais e mais importantes instituições políticas da democracia. Compete ao partido político não apenas representar o cidadão no Parlamento mas também, e acima de tudo, ser a instituição responsável por organizar as demandas sociais expressas por meio da opinião pública, transformando-as em bandeiras ideológicas que serão posteriormente expostas por meio de um programa político a ser scrutinado pelo cidadão por meio do voto.

Ora, se o partido político apresenta-se na atualidade como a principal instituição que permite o exercício, por parte do cidadão, de seus direitos políticos – ou, por outras palavras, se o partido político se reveste de mecanismo por excelência pelo qual a democracia é

¹⁷⁹ A exemplo do caso brasileiro: “em quase 30 anos, o Congresso Nacional aprovou quatro projetos de iniciativa popular, [...] mas nenhum deles foi tratado formalmente como sendo de autoria da população” (CALGARO, 2017, grifo nosso).

concretizada –, nada mais lógico do que se esperar que o partido político também seja democrático em suas estruturas internas (FERREIRA FILHO, 2012, p. 99). Seria no mínimo contraditório que um partido político buscasse em sua atuação *externa* a concretização da democracia se, em sua atuação *interna*, agisse de maneira ditatorial ou antidemocrática – especialmente quando se considera que os partidos políticos detêm o monopólio das candidaturas para os cargos legislativos. Os partidos políticos teriam fracassado como tais se se transformassem em meras ferramentas políticas para a satisfação dos desejos políticos de seus líderes (MORLOK, 2015, p. 197).

Contudo, infelizmente esta parece ser a situação atual dos partidos políticos tanto em Portugal quanto no Brasil. De maneira geral é possível afirmar que assiste-se a verdadeiro *descolamento*, ou *distanciamento*, dos partidos políticos em relação às bases sociais que os sustentam (ou que, ao menos, deveriam sustentá-los), o que contribui para o afastamento entre o partido político e o cidadão. Mais que isso, parece haver concentração do processo de tomada de decisão na cúpula partidária – a chamada *oligarquização dos partidos políticos* – de maneira que as bases do próprio partido político são alijadas do processo decisório interno especialmente em dois momentos cruciais – quais sejam, quando da definição das propostas de campanha e, mais ainda, quando da definição de quem serão os candidatos a serem lançados nas eleições.

Outro aspecto importante a se destacar acerca dos partidos políticos refere-se ao fato de que parece não haver mecanismos que façam com que tais instituições sigam os compromissos assumidos publicamente durante o período da campanha eleitoral. Uma vez obtida a vitória eleitoral os partidos fecham-se sobre si mesmos, impedindo que o cidadão possa vir a exercer sua voz no que diz respeito a eventual controle das atividades partidárias que são exercidas em nome deste mesmo cidadão.

Em consequência, é possível afirmar que os partidos políticos não mais exercem *efetivamente* sua função pública de representação e de incentivo ao cidadão para que este se envolva na esfera público-política: em vez de exercerem o poder político em nome do cidadão, os partidos políticos vêm a ser “máquinas de indicar candidatos, recrutar eleitores, captar votos” (BONAVIDES, 2010, p. 386-421, *passim*) cujo objetivo central é o de obter vantagens materiais aos seus dirigentes e também aos seus *clientes*, especialmente por meio da indicação de correligionários a cargos de confiança, sem efetivamente trazer ao debate temas que representem os reais interesses da sociedade (GOMES, 2016, p. 187; FERREIRA FILHO, 2012, p. 101). Desta feita, por não mais possuírem efetivo caráter representativo, os partidos políticos transformaram as eleições em “mera escolha de homens para governar” em vez de serem mecanismos efetivos para a escolha consciente, por parte do cidadão, entre programas

de governo (FERREIRA FILHO, 2012, p. 99). A democracia encontra-se arrasada nesta situação.

Em suma, portanto, é possível afirmar que a generalidade dos partidos políticos na atualidade: a) têm caráter interno oligárquico, o que fragiliza as próprias bases democráticas sobre as quais os partidos se sustentam; b) fecham-se em si mesmos findo o momento eleitoral, o que gera o afastamento do cidadão; c) estabelecem programas midiáticos, que serão mais (ou menos) bem aceitos pela média dos cidadãos, em vez de estabelecerem verdadeiros programas de governo; d) não exercem sua devida função de formação política do povo, o que em longo prazo traz prejuízos a si mesmos e, mais que isso, à sociedade como um todo.

Já em relação ao segundo aspecto, qual seja, o do desinteresse do cidadão pela participação política tradicional (isto é, eleitoral), é plenamente possível afirmar a existência de verdadeira *apatia política* a partir do momento em que para muitos cidadãos “tanto faz” quem será o candidato que virá a ser eleito, ou ainda quando se comprova que em uma eleição o cidadão vota no Partido A enquanto na eleição subsequente vota no Partido C e, por fim, na terceira eleição alterna novamente seu voto ao escolher o Partido B. Além disso, inúmeras pesquisas comprovam o fato de que os partidos políticos – que são as instituições representativas por excelência no sistema político-jurídico da atualidade – são pouco confiáveis e, portanto, pouco representativos da vontade do cidadão.

É interessante trazer a lume dados a respeito da falta de confiança do cidadão no regime político-jurídico como um todo. Apenas 11,9% dos cidadãos portugueses afirmaram em 2013 confiar em partidos políticos, sentimento este que se torna passível de ser compreendido não em relação a *um* partido político específico, mas ao menos à *maioria* dos partidos – se não a todos –, bem como aos governos e aos políticos em geral (BELCHIOR, 2015, p. 68).

A falta de confiança, entretanto, não é só em relação aos partidos políticos, já que atinge o sistema político-representativo como um todo: em termos comparativos (de 1997 a 2013, respectivamente) reduziu-se a confiança no governo nacional (de 52% para 15%), no parlamento nacional (de 52% para 15%), na justiça (de 48% para 19%), na União Europeia (de 65% para 25%), no Parlamento Europeu (de 72% para 31%), na Comissão Europeia (de 71% para 31%) e no Banco Central Europeu (de 72% para 28%) (BELCHIOR, 2015, p. 65-75).

Além da questão da confiança em si mesma em instituições, é importante destacar um ponto que pode ser visto como outro aspecto da própria falta de confiança do cidadão no sistema político-jurídico representativo como um todo, qual seja, o do crescente número de *abstenções* nas eleições. Pesquisas realizadas em países ocidentais mostram que o número de cidadãos que efetivamente votam nas eleições tem se reduzido de maneira acentuada a partir da década de

1990, sendo que os níveis mais baixos de participação em Portugal foram registrados em 1999, em 2002 e em 2005 (MAIR, 2013, p. 497). Nas eleições subsequentes para a Assembleia da República o número de abstenções continuou a aumentar: em 2009 houve 40,32% de abstenções, com 1,74% de votos em branco e 1,35% de votos nulos (PORTUGAL, 2009, p. 6). Na eleição subsequente, em 2011, tais números aumentaram para 41,97% de abstenções, para 2,66% de votos em branco e para 1,42% de votos nulos (PORTUGAL, 2011, p. 6). Por fim, nas eleições para a Assembleia da República em 2015 houve 44,16% de abstenções, 2,09% de votos em branco e 1,65% de votos nulos (PORTUGAL, 2015, p. 5).

No caso brasileiro a situação não é diferente. Apesar do voto ser obrigatório, a eleição geral de 2014 teve em seu primeiro turno o nível mais alto de abstenção desde as eleições de 1998, com 19,4% do eleitorado não comparecendo às urnas (VELASCO, 2014). Os votos em branco e votos nulos – que, conforme a legislação eleitoral são chamados de *votos inválidos*, não servindo para qualquer cálculo eleitoral – corresponderam a 9,6% daqueles que compareceram às urnas. Em síntese, tem-se que 27,1% dos cidadãos aptos a votar se abstiveram de fazê-lo ou, se o fizeram, votaram em branco ou nulo (BRASIL, 2014), o que sem dúvida é uma mostra do desinteresse do cidadão com o ato de votar – e isto, ressalte-se mais uma vez, em um regime político-jurídico em que o voto é obrigatório.

É importante destacar, por fim, o desconhecimento do cidadão brasileiro a respeito das funções desempenhadas pelos seus próprios representantes, o que também serve para comprovar o desinteresse do cidadão pelo sistema eleitoral-representativo atual. Neste sentido, o Tribunal Superior Eleitoral do Brasil realizou entre os dias 3 e 7 de novembro de 2010 – portanto, poucos dias após o 2º turno das eleições gerais daquele ano, que ocorreu no dia 31 de outubro (o 1º turno havia ocorrido no dia 3 de outubro) – pesquisa junto à população a respeito de temas eleitorais. Dentre os resultados às questões da pesquisa, é interessante destacar os seguintes: quando questionados quais eram os cargos em disputa naquelas eleições, 36,3% não souberam responder ou responderam erroneamente; quando questionados se se lembravam em quem haviam votado, apenas 3,3% não se lembravam em quem haviam votado para o cargo de presidente, enquanto 23% dos respondentes afirmaram não se lembrar em quem haviam votado para o cargo de deputado estadual/distrital; por fim, 22,4% dos respondentes, no caso do cargo de presidente, e 41,4% dos respondentes, no caso de senador, afirmaram estar mal informados em relação ao papel a ser desempenhado por aquele que exerce tais cargos (BRASIL, 2010, p. 9-11).

Com base em todo o exposto, resta claro que o modelo atualmente existente não concretiza a democracia e, conseqüentemente, a representação política do cidadão, o que, em

verdadeiro *efeito dominó*, gera prejuízos à própria cidadania e, em última instância, infringe direitos fundamentais do cidadão. Sendo frágil o vínculo entre eleito e eleitor, diminui-se a confiança no sistema político-jurídico como um todo, de maneira que a própria legitimidade dos eleitos, obtida *em tese* com os resultados eleitorais, venha a ser diminuída (ENZWEILER, 2011, p. 153).

Consequentemente, não havendo vínculos do cidadão com os demais e destes com seus representantes, surge a apatia do cidadão a respeito de seu envolvimento na esfera pública e deixa de haver interesse na cobrança efetiva a respeito das atividades parlamentares (SILVA, 2015, p. 14-8), já que o envolvimento e a cobrança tornam-se atividades indiferentes – e até mesmo custosas – aos olhos dos cidadãos. Todos esses elementos, em conjunto, contribuem para o constante enfraquecimento da democracia e, logo, para a sua consolidação como um regime político-jurídico que, a despeito da *aparente* participação popular, efetivamente se limita à vontade de uns poucos em detrimento da vontade da maioria.

Torna-se possível, portanto, afirmar que a estrutura constitucional dos Estados analisados concretiza apenas *parcialmente* a ideia de democracia. Sob uma perspectiva formal, é possível afirmar que ambos são democráticos, já que as normas constitucionais abarcam todo o *conjunto de regras de procedimento* identificados na primeira parte deste texto. Por sua vez, sob uma perspectiva substancial a democracia se apresenta como deficitária em ambos os países, não apenas porque as desigualdades sociais são visíveis – muito mais no Brasil do que em Portugal –, mas principalmente porque os próprios mecanismos *formais* da democracia não concretizam seus objetivos.

Por outras palavras, o mecanismo formal da eleição leva ao surgimento de representantes, já que estes são eleitos, mas não leva à representação política *real* do cidadão. Conforme mostrado, há um *círculo vicioso* em que os partidos políticos fecham-se em si mesmos, “precisando” dos cidadãos apenas para terem votos; estes, por sua vez, ao verificarem que seus votos não trazem o resultado esperado, e por perceberem que aparentemente não há muita diferença entre um ou outro partido político, preferem fechar-se em suas vidas privadas, deixando a *res pública* ao léu.

É importante rapidamente destacar que a fundamentação aqui apresentada parte de um ponto de vista comunitarista, não liberal, por pressupor que os valores e princípios da democracia, da dignidade humana, do pluralismo político e da cidadania só podem efetivamente (co)existir em um substrato social que tenha por base a solidariedade entre aqueles que dele fazem parte (XIMENES, 2010). Por outras palavras, não se pode pressupor que uma interpretação liberal da Constituição – que leva ao individualismo exacerbado típico dos dias

atuais – incentive a preocupação que o cidadão deve ter para com a coletividade. Da mesma maneira, a interpretação liberal da sociedade dificulta o entendimento da noção de dever fundamental, já que pressupõe o cidadão apenas como receptor passivo de direitos e não como um ser humano que, dotado de dignidade, tem a contribuir para com a vida em coletividade por meio do cumprimento de deveres fundamentais.

Sem tal entendimento quebra-se, portanto, o vínculo político-jurídico entre representante e representado. Ainda que as normas criem representantes, estes não exercem efetivamente sua função de representação, desfazendo-se qualquer perspectiva de concretização real dos princípios democráticos na sociedade. A norma constitucional esvazia-se de seu conteúdo, restando apenas a aplicação de seus procedimentos formais que, sem conteúdo, não são eficazes e, portanto, não são democráticas como um todo.

Considerações finais

Durante certo período do século XX a democracia foi apresentada pela doutrina como uma espécie de “fórmula pronta” a partir da qual poder-se-ia classificar os diferentes regimes jurídico-políticos existentes no mundo. Neste contexto importava destacar, *grosso modo*, a existência do direito ao voto, por um lado, e a existência de competição entre os partidos políticos por outro, os quais teriam seu funcionamento garantido pela liberdade de expressão garantida a todos.

Tal “roteiro”, contudo, já não pode mais ser visto como definidor do conceito de democracia. Mais do que uma “fórmula pronta”, a democracia precisa ser vista como verdadeiro *processo* que se desenvolve ao longo do tempo e que inclui o envolvimento ativo do cidadão. Além disso, a verdadeira democracia precisa se fundamentar não apenas nos aspectos formais que gravitam ao redor do processo eleitoral, mas também em outros mecanismos que permitam ao cidadão interferir efetivamente nos rumos que ele quer que sua comunidade política siga.

Neste contexto adquirem extrema relevância os partidos políticos, instituições que detêm o monopólio da representação política e que possuem papel central no que diz respeito à concretização, por parte dos cidadãos, de seus direitos fundamentais, tais como a representação política e, em última instância, a própria cidadania.

Contudo, o que se percebe nos casos analisados – Portugal e Brasil – é que os partidos políticos, ainda que sejam as instituições responsáveis por concretizar o princípio democrático, em geral não seguem este princípio em sua organização interna. Muitas destas instituições acabam por limitar, voluntária ou involuntariamente, a participação efetiva de seus filiados, de

maneira que apenas a cúpula dirigente passa a tomar as decisões mais importantes da (e para a) agremiação política.

A consequência disto é a constante violação dos direitos fundamentais dos filiados, os quais perdem na prática o direito à liberdade de expressão e de manifestação, bem como acabam por ter limitados, se não suprimidos, outros direitos fundamentais diretamente relacionados à participação política, tal como o direito à oposição interna no partido político.

Por sua vez, o desinteresse do cidadão com a participação política tradicional, vinculada apenas ao momento eleitoral, também se apresenta como um desafio para a efetiva concretização da democracia – e não apenas em sentido *substancial*, mas também em sentido *formal*. Isto ocorre porque os inúmeros mecanismos formalmente disponíveis aos cidadãos são pouco ou até mesmo raramente utilizados, de maneira que sua eficácia seja questionada.

Além disso, o entendimento de que a participação política é apenas um *direito*, mas não um *dever* para com a coletividade, acaba por enfraquecer esta própria participação. Por outras palavras, se o cidadão acreditar que participar politicamente é uma escolha sua – no sentido de ser seu direito participar ou não participar –, talvez seja possível chegar-se à situação – absurda, diga-se – de que o exercício do direito político ocorre quando o cidadão *não exerce* tal direito político. Nesta perspectiva, a atitude de *não envolvimento* que muitos cidadãos têm com a *res publica* apenas traz prejuízos e não pode ser considerada como válida se se pretende a efetividade e a eficácia da democracia.

É necessário, portanto, que a democracia, conforme dito anteriormente, deixe de ser vista como um *método para a escolha dos governantes* e passe a ser vista como uma *prática social cotidiana* na vida dos cidadãos. Caso contrário de nada adiantará as inúmeras “reformas políticas” a favor das quais tanto se argumenta de tempos em tempos, já que tais “reformas” ficarão na superfície sem, efetivamente, concretizar a democracia no dia a dia das pessoas e das ações do Estado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BELCHIOR, Ana Maria. *Confiança nas instituições políticas*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2015.

BOBBIO, Norberto. Verbete “democracia”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 96/2017 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. Disponível em <<http://livraria.senado.leg.br/ebook.constituicao>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Campanha de esclarecimento do TSE para as Eleições 2010*. Novembro de 2010. Disponível em <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/pesquisa-instituto-sensus-sobre-a-justica-eleitoral>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas eleitorais 2014*. Estatísticas de resultados, comparecimento e votação. Critério de pesquisa: abrangência Brasil, 1º turno, eleições gerais de 2014, cargo de Presidente da República. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-resultado>>. Acesso em: 6 out. 2017.

CALGARO, Fernanda. Em quase 30 anos, Congresso aprovou 4 projetos de iniciativa popular. *G1, Brasília*. 18/02/2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/em-quase-30-anos-congresso-aprovou-4-projetos-de-iniciativa-popular.ghtml>>. Acesso em: 6 out. 2017.

ENZWEILER, Romano José. Reflexões acerca do sistema eleitoral brasileiro: a “tragédia democrática” e o wiki-tesarac. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011. P. 135-65. Disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf>. Acesso em: 6 out. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HELD, David. *Models of democracy*. 3 ed. Cambridge: Polity Press, 2006.

MAIR, Peter. *Ruling the void: the hollowing of Western democracy*. Edição digital. Londres, Nova York: Verso, 2013.

MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. atual. Edição digital. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Vol. II. Tomo III. Estrutura constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra, 2014.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra, 2007.

MORLOK, Martin. Dos cuestiones clave en la regulación jurídica de los partidos políticos: financiación y democracia interna. *Teoría y realidad constitucional*. Nº 35 (2015). Disponível em <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/14917>>. Acesso em: 6 out. 2017.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OPPO, Anna. Verbetes “partidos políticos”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Comissão Nacional de Eleições. *Diário da República, de 12 de outubro de 2009*. Nº 197. Mapa oficial nº 2-A/2009. Relação dos deputados eleitos e mapa oficial das eleições para a Assembleia da República realizadas em 27 de setembro de 2009. Disponível em <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/resultados_ar_2009.pdf>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Comissão Nacional de Eleições. *Diário da República, de 17 de junho de 2011*. Nº 116. Mapa oficial nº 6-A/2011. Relação dos deputados eleitos e mapa oficial das eleições para a Assembleia da República realizadas em 5 de junho de 2011. Disponível em <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/resultados_ar2011.pdf>. Acesso em: 6 out. 2017.

_____. Comissão Nacional de Eleições. *Diário da República, de 20 de outubro de 2015*. Nº 205. Mapa oficial nº 2-B/2015. Relação dos deputados eleitos e mapa oficial da eleição da Assembleia da República realizada em 4 de outubro de 2015. Disponível em <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/ar2015_mapa_oficial_resultados.pdf>. Acesso em: 6 out. 2017.

SANI, Giacomo. Verbetes “participação política”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

SILVA, Matheus Passos. A cidadania ativa como mecanismo de combate à corrupção. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira (orgs.). *Estado de Direito, direitos fundamentais e combate à corrupção – interfaces Portugal/Brasil*. Brasília: IDP, 2015. P. 9-36. Disponível em <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks/2816-2015-06-24-16-38-45>>. Acesso em: 6 out. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. Estado democrático de Direito. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Edição digital. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

VELASCO, Clara. Nível de abstenção nas eleições é o mais alto desde 1998. *G1 – eleição em números*. 06/10/2014. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/blog/eleicao-em-numeros/post/nivel-de-abstencao-nas-eleicoes-e-o-mais-alto-desde-1998.html>>. Acesso em: 6 out. 2017.

XIMENES, Julia Maurmann. *O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.