

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO DIREITO DO ESTADO

Tiago Gubert Cury

DEMOCRACIA, TEORIA DO ESTADO E TEORIA DO DIREITO

Porto Alegre
2018

Tiago Gubert Cury

DEMOCRACIA, TEORIA DO ESTADO E TEORIA DO DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Sandra Martini

Porto Alegre
2018

RESUMO

Democracia sempre foi um projeto em andamento. Praticamente todas as nações do globo consideram-se democráticas, mas a democracia é difícil de compreender, e ainda mais difícil de realizar. Neste trabalho, o objetivo é estabelecer as bases para a democracia e suas reivindicações frente à teoria do Estado (especialmente a teoria da separação dos poderes) e frente à teoria do direito. O estudo considerará o arranjo institucional dos poderes no Brasil (Executivo, Legislativo e Judiciário) e a teoria do direito predominante (neoconstitucionalismo) para questionar se esse modo de organizar o Estado e de compreender o direito são compatíveis com as reivindicações da democracia.

Palavras-chave: Democracia, Teoria do Direito, Teoria do Estado.

ABSTRACT

Democracy has always been a work in progress. Mostly every nation worldwide deems itself as a democratic country, but democracy is hard to understand, and even harder to achieve. In this work, the goal is to establish the grounds for democracy and set its claims towards theories of political power (especially considering the way to set apart the branches of government) and also towards theories of law. The study will consider the arrangement on the branches of government that took place in Brazil (Executive, Parliament and Judiciary) and the predominant theory of law (which is called *neoconstitucionalism*) to argue if these ways to arrange the Estate and to understand Law are compatible with the claims of democracy.

Keywords: Democracy, Theory of Law, Theory of Government.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. DEMOCRACIA: UM CONSENSO MÍNIMO.....	7
2.1. Democracia, liberdade e igualdade	7
2.2. As circunstâncias da política e a política na democracia - o relativismo filosófico e político como pressuposto da democracia	12
2.3. Um modelo mínimo de democracia.....	19
3. DEMOCRACIA E TEORIA DO ESTADO	23
3.1. A tripartição dos poderes.....	24
3.2. A separação dos poderes revisitada.....	27
3.3. A separação de poderes no Brasil	31
4. DEMOCRACIA E TEORIA DO DIREITO.....	35
4.1. O neoconstitucionalismo brasileiro	35
4.2. O neoconstitucionalismo como resposta à crise	39
4.3. A crise do neoconstitucionalismo.....	44
5. CONCLUSÃO.....	49

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estabelecer a relação entre democracia, teoria do Estado e teoria do direito, analisando-se o cenário político-institucional brasileiro. A democracia é uma forma de explicar a constituição e a legitimação do poder político. Num Estado Democrático de Direito, o poder é juridicamente delimitado. A correlação entre democracia, Estado e direito é patente.

No primeiro capítulo, buscar-se-á uma definição mínima de democracia, a fim de estabelecer seus pressupostos básicos. É a partir desses pressupostos que serão analisados que tipo de reivindicações um aparato democrático sustenta em face da teoria do Estado (especificamente no que concerne à separação dos poderes) e da teoria do direito.

No capítulo seguinte, será analisado se a democracia exige alguma teoria do Estado específica, no que concerne à separação dos poderes, que, em seu nascedouro, tinha por escopo justamente a contenção do poder, então absoluto. Será também colocada em análise a forma de organização dos poderes estabelecida pela Constituição da República Federativa do Brasil, frente aos postulados teóricos que reclamam uma evolução na teoria da tripartição dos poderes.

No terceiro capítulo, verificar-se-á se o paradigma teórico-jurídico predominante no Brasil – o neoconstitucionalismo – é uma teoria adequada aos ideais democráticos. Serão analisados os pressupostos teóricos desse paradigma e o discurso que pretende legitimá-lo.

Ao final do trabalho, pretende-se demonstrar que a fórmula adotada na Constituição de 1988 para organizar os poderes não permite o adequado funcionamento da democracia, dando causa a uma verdadeira crise de legitimidade das instâncias de deliberação política. Por outro lado, o paradigma neoconstitucionalista não é uma resposta adequada para a presente crise, podendo ser considerado mais um desdobramento dela.

2. DEMOCRACIA: UM CONSENSO MÍNIMO

2.1. Democracia, liberdade e igualdade

É comum do Estado Moderno que, por meio dos instrumentos que o constitui, declare-se “democrático”. Paulo Bonavides constata que “a palavra democracia domina com tal força a linguagem política desde o século XX, que raro o governo, a sociedade ou o Estado que se não proclamem democráticos”¹. Ainda assim, reflete o autor, não escapa ao desengano aquele que se propõe a buscar a real significação desses termos, quando se depara com a enormidade de abusos encobertos pelo rótulo de *democracia*.²

Bobbio também admite alguma dificuldade. Ao tratar de uma definição de democracia, fala em uma “definição mínima”³.

É paradoxal que se revolve com tamanha angústia a definição de uma significação mínima para um aspecto que parece tão essencial e desejável para as sociedades modernas. A questão, todavia, não é isenta de um certo consenso, construído ao longo da história, e que parece radicar os fundamentos da democracia nos ideais de *liberdade e igualdade*.

Já em Locke, no “Segundo Tratado Sobre o Governo”, asseverava-se que, para entender o poder político, é preciso compreender o estado natural do homem – um estado de liberdade e de igualdade⁴. Rousseau, no “O Contrato Social”, também buscava, de início, estabelecer as convenções como origem da autoridade, pois “a força não faz direito” e “não se é obrigado a obedecer senão às autoridades legítimas”⁵, as quais, segundo conclui, constituem-se através do contrato social.

¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 287.

² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 287.

³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 35

⁴ LOCKE, John. *Second Treatise of Government*, 1690. Enhanced Media, ebook. Página 2.

⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Edição eletrônica. Editora Ridendo Castigat Mores. Posição 65.

A moderna filosofia política parece encontrar também nas noções de liberdade e igualdade um fundamento para a democracia. A respeito, Hans Kelsen, quando escreve:

Da ideia de que somos – idealmente – iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia...⁶

Também Bobbio, em seminário histórico, em que propõe uma análise sob o ponto de vista da filosofia da história⁷ para perquirir a hipótese de um progresso moral da humanidade no que toca ao reconhecimento dos direitos do homem, pondera a importância da noção de indivíduo livre e igual na superação do absolutismo para a inauguração de uma nova era: a Era dos Direitos.

Segundo pondera Bobbio, é a partir da “consciência moral”⁸ que o homem busca a transformação do mundo em “mundo de cultura”, mediante fabricação de instrumentos (para operar o mundo material) e de regras de conduta (para o mundo moral). Aqui opera a *ordem jurídica*, que, em seu limiar, guarda lastro deontológico na noção de *dever(es)*, e não de *direito(s)*.⁹ A função da lei (da ordem), em sua origem histórica, não era a de *assegurar o indivíduo*, mas a de *comprimir o indivíduo para resguardar a integridade do grupo*¹⁰. Isso era um desdobramento lógico da hipótese hobbesiana (*lupus est homo homini*

⁶ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

⁷ “Do ponto de vista da filosofia da história, o atual debate sobre os direitos do homem – cada vez mais amplo, cada vez mais intenso, tão amplo que agora envolveu todos os povos da Terra, tão intenso que foi posto na ordem do dia pelas mais autorizadas assembleias internacionais – pode ser interpretado como um ‘sinal premonitório’ (signum prognosticum) do progresso moral da humanidade”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 27

⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 28.

⁹ Considere-se, a título de exemplos, os *Dez Mandamentos*, a *Lei das Doze Tábuas*, e o *Código de Hamurabi*. Buscava-se assegurar ou evitar certos comportamentos. Esta lógica ainda encontra-se presente na legislação penal, a que busca assegurar os indivíduos contra os impulsos mais selvagens, lançando mão dos recursos mais severos.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 29.

lúpus): se, no estado de natureza, o homem é um animal selvagem, põe-se a necessidade da organização social e uma visão organicista de ordem social.

Foi com a doutrina jusnaturalista que o pensamento filosófico introduziu fundamentos necessários a uma mudança de concepção, como bem expõe Bobbio:

Ao contrário, Locke – que foi o principal inspirador dos primeiros legisladores dos direitos do homem – começa o capítulo sobre o estado de natureza com as seguintes palavras: ‘Para entender bem o poder político e derivá-lo de sua origem, deve-se considerar em que estado se encontram naturalmente todos os homens; e esse é um estado de perfeita liberdade de regular as próprias ações e de dispor das próprias posses e das próprias pessoas como se acreditar melhor, nos limites da lei de natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de nenhum outro’.

(...)

Precisamente partindo de Locke, pode-se compreender como a doutrina dos direitos naturais pressupõe uma concepção individualista da sociedade, e, portanto, do Estado, continuamente combatida pela bem mais sólida e antiga concepção organicista, segundo a qual a sociedade é um todo, e o todo está acima das partes.¹¹

Ao prevalecer essa concepção individualista – primeiro veio o indivíduo, e, depois, o Estado, criado pelo indivíduo para servir ao indivíduo – é natural que se tenha seguido uma mudança também na concepção sob a qual se apreende o *direito*, que deixa de ser um mero apêndice da figura do *dever*¹².

Bobbio, coloca o *individualismo* como base filosófica da democracia, convergindo, aqui, com as ponderações de Kelsen:

O individualismo é a base filosófica da democracia: uma cabeça, um voto. Como tal, sempre se contrapôs (e sempre se

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 30.

¹² Bobbio ressalva que houve construções jurídicas que reconheciam direitos ao indivíduo mesmo antes da virada jusnaturalista, como poderiam objetar aqueles que assim referissem ao Direito Romano. Todavia, propõe Bobbio, o Direito Romano tratava o indivíduo enquanto sujeito econômico, apto a travar relação com coisas e com outros indivíduos; a virada jusnaturalista, por outro lado, tem o mérito de trazer o indivíduo para o plano frontal também na relação com o Estado (a relação súdito/príncipe). BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 31.

contraporá) às concepções holísticas da sociedade e da história, qualquer que seja a procedência das mesmas, concepções que têm em comum o desprezo pela democracia, entendida como aquela forma de governo na qual todos são livres para tomar as decisões sobre o que lhes diz respeito, e têm o poder de fazê-lo.¹³

Seguindo esta esteira, Robert Dahl fala em um princípio da igual consideração de interesses – a essência da ideia de igualdade intrínseca, ideia que remonta à Locke. Segundo Dahl, “o princípio dá a entender que durante um processo de tomada de decisões coletivo, os interesses de cada pessoa sujeita à decisão devem (dentro dos limites da viabilidade) ser precisamente interpretados e divulgados”. Dahl prossegue referindo o surgimento de problemas atinentes à *interpretação desses interesses* (o ‘sujeito’ cujos interesses devem ser considerados seria também o intérprete?). Para complementar a ideia, Dahl apresenta um outro princípio, que denomina “Presunção de Autonomia Pessoal” que ele próprio resume na ideia segundo a qual “na falta de uma prova definitiva em contrário, todos são, em princípio, os melhores juízes de seu próprio bem e de seus próprios interesses”.¹⁴

Tomando em conta estas considerações, não há como negar que os ideias de liberdade e igualdade não se conformam com o absolutismo ou com uma visão organicista de Estado. Pelo contrário, alimentam exigências axiológicas de valorização do indivíduo e de ideais democráticos para materialização daqueles ideais de liberdade e igualdade.

Um governo democrático consiste, então, em governo do povo, fundado nos valores de liberdade e igualdade.

A radicalidade desses dois valores, ao mesmo tempo em que permite a construção de um consenso mínimo, abrem margem para incessantes disputas. É que a conformação entre liberdade e igualdade não é algo simples, e a edificação de um sistema político sobre tais bases ainda é um desafio não superado pela humanidade.

¹³ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.30.

¹⁴ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.p. 154-155.

A completa satisfação da liberdade, enquanto autodeterminação política (dever de obediência apenas a si mesmo, para usar a formulação Rousseau), somente ocorreria quando as leis fossem aprovadas de forma unânime; de outro modo, a minoria sempre estaria obrigada a submeter-se a leis com as quais não concordou. Por outro lado, exigir unanimidade na aprovação ou alteração de uma lei permitiria a um cidadão que, sozinho, obstasse a realização da vontade de todos os demais, o que representaria um sacrifício do ideal de igualdade e da própria liberdade de uma maioria.

A fixação de um regime de deliberação majoritária parece ser a melhor forma de solução para compor a situação:

Há apenas uma ideia que leva, por caminho racional, ao princípio majoritário: a ideia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles. Certamente esse raciocínio pressupõe a igualdade como postulada fundamental da democracia: de fato está claro que se procura a assegurar a liberdade não deste ou daquele indivíduo porque este vale mais que aquele, mas do maior número possível de indivíduos. Portanto, a concordância entre vontades individuais e vontade do Estado será tanto mais fácil de se obter quanto menor for o número de indivíduos cujo acordo é necessário para decidir uma modificação na vontade do Estado¹⁵.

Bobbio presta assentimento com a ideia de deliberação majoritária:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraproposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*.

.....

Quanto às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, à regra base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias

¹⁵ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 32.

para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão.¹⁶

As noções de igualdade e liberdade, assim como as virtudes do princípio da maioria, são bastante controversas. Aparentemente a fundação de um processo de deliberação majoritária nos ideais de liberdade e igualdade toma a liberdade como possibilidade de autogoverno e a igualdade numa acepção formal, conforme resta evidente nas lições de Kelsen e Bobbio, acima referidas. Sem deixar de reconhecer a existência de correntes de pensamentos que desenvolvem de formas diversas as noções embrionárias de liberdade e democracia (o consenso, conforme posto, é mínimo), acredita-se que as definições propostas são adequadas para a compreensão da democracia, porque permitem escapar de um absolutismo filosófico que seria difícil compatibilizar com o arranjo posto por uma sociedade divergente e plural.

2.2. As circunstâncias da política e a política na democracia - o relativismo filosófico e político como pressuposto da democracia

As raízes mais remotas da democracia encontram seu berço na Grécia Antiga, mas lá as circunstâncias eram bem diferentes daquelas encontradas no mundo global da pós-modernidade. Se antes a realidade apresentava um grupo reduzido e homogêneo de cidadãos¹⁷, centrado em deliberações eminentemente locais, com alguma tendência ao consenso, hoje o que se tem são grupos fragmentados de interesses, heterogêneos, numa sociedade global, com clara tendência à divergência¹⁸.

Todavia, é justamente numa sociedade *plural e divergente* que uma democracia se revela mais imprescindível. É na presença de *divergências sobre o conteúdo e implicações de valores como o justo, o bem, a igualdade e*

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. P. 35-36.

¹⁷ A maioria dos indivíduos estava sujeita à escravidão, de modo que não integravam o *demos*.

¹⁸ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 29.

a *liberdade* que os processos para tomada de decisões governamentais revelam sua verdadeira importância e enfrentam os verdadeiros testes¹⁹.

Noutras palavras, é justamente a necessidade de conciliar um cenário de *heterogeneidade, divergência e complexidade*, que transforma em uma necessidade premente a criação de um processo viável de tomada de decisões governamentais (decisões que vinculam a todos); e é justamente a necessidade de garantir a *liberdade e igualdade* entre os seres humanos que faz da democracia uma solução viável.

A democracia justifica-se, assim, como forma para resolver questões decorrentes daquilo que Jeremy Waldron chama de *circunstâncias da política*:

The circumstances of justice are those aspects of the human condition, such as moderate scarcity and the limited altruism of individuals, which make justice as a virtue and a practice both possible and necessary. We may say, along similar lines, that the felt need among the members of a certain group for a common framework or decision or course of action on some matter, even in the face of disagreement about what that framework, decision or action should be, are the circumstances of politics.

(...) Disagreement would not matter if there did not need to be a concerted course of action; and the need for a common course of action would not give rise to politics as we know it if there was not at least potential for disagreement about what the concerted course of action should be²⁰.

Eis uma síntese do paradoxo envolvendo a vida em sociedade e que compõe as *circunstâncias da política*: mesmo numa sociedade divergente, com indivíduos engajados na busca da realização de seus próprios objetivos pessoais, pautados por valores bastantes distintos e multifacetados, há necessidade de atuação convergente para resolver problemas comuns, ou, pelo menos, para evitar seu surgimento. Assim, (i) ao mesmo tempo em que reconhecem essa necessidade de atuação convergente, (ii) os indivíduos divergem sobre quais devem ser os objetivos a serem alcançados, bem como

¹⁹ São justamente estas circunstâncias que parecem motivar as preocupações de Jeremy Waldron sua obra *Law and disagreement* (Oxford University Press, 1999).

²⁰ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford University Press, 1999. Página 102.

quais os meios mais eficazes (ou aceitáveis) para alcançá-los. Por isso, as decisões a serem tomadas por uma coletividade (seja para o estabelecimento de regras ordinárias, seja para o estabelecimento de políticas públicas) sempre envolvem *riscos*, pois “demandam uma escolha entre certas alternativas cujas consequências são apenas prováveis”²¹.

Aqui há mais um elemento dificultador: as decisões envolvendo assuntos da ordem política são *decisões tomadas com base em critérios de razão prática*, e não com base na *razão pura* (até porque, assim fosse, o acerto das decisões seria passível de comprovação empírica, ou por outros métodos científicos, e as possibilidades de consenso, ou, pelo menos, de correção posterior, seriam muito maiores). Enquanto a razão pura busca determinar “se uma proposição é verdadeira ou falsa, ou se um argumento é válido ou inválido”, a razão prática “implica a criação de um objetivo – o prazer, o bem-viver etc. – e a escolha dos meios adequados para alcançá-lo”²². Não bastasse, há um agravante: ao participar na tomada de uma decisão governamental (na formação da *vontade do Estado* e da ordem jurídica), o indivíduo não está decidindo apenas o que *ele próprio* deve fazer, mas o que *todos os outros devem fazer*²³ (ainda que, idealmente, o faça a partir da análise daquilo que ele próprio deveria fazer).

A democracia serviria, então, como instrumento apto a assegurar um tratamento *igualitário*, ao tempo em que garante a maior liberdade possível, dadas as circunstâncias. Se uma decisão vinculante deve ser tomada em conjunto; se a decisão é de tal natureza que, após livre debate e manifestação de opinião pelos interessados, não se atinge consenso; e se todos os indivíduos devem prestar obediência àquilo que for decidido, inclusive aqueles que não concordam com os termos adotados pela maioria; então, a melhor

²¹ DAHL, *op. cit.*, p. 117.

²² POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 95

²³ Richard Posner traça a distinção para tratar da posição do juiz (a decisão judicial), mas entendo que também na deliberação democrática essa observação seja digna de nota. O autor conclui, ainda, que “A razão prática nesse sentido não é um método analítico único, mas *uma caixa de surpresas que inclui relatos de fatos isolados, introspecção, imaginação, senso comum, empatia, atribuição de motivos, a autoridade do locutor, metáfora, analogia, precedente, costume, memória, experiência, intuição e indução*.” POSNER, *op. cit.*, p. 96-97.

forma de assegurar um tratamento igualitário e garantir a maior liberdade possível é permitir que a vontade – os interesses – de cada um, e da maioria, seja igualmente considerado²⁴.

Esta fórmula implica aceitação de um *relativismo filosófico-moral*. Afinal, prestar igual consideração a interesses e posições diferentes (e muitas vezes antagônicas) sobre um mesmo assunto pressupõe uma abertura que uma postura de absolutismo filosófico não permitiria²⁵. Segue uma boa formulação deste argumento:

O fato de os juízos de valor terem apenas uma validade relativa – um dos princípios básicos do relativismo filosófico – implica que os juízos de valor opostos não estão nem lógica nem moralmente excluídos. Um dos princípios fundamentais da democracia é o de que todos têm de respeitar a opinião política dos outros, uma vez que todos são iguais e livres. A tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e de pensamento, componentes tão característicos de uma democracia, não têm lugar em um sistema político baseado na crença em valores absolutos.²⁶

Não se pode deixar de considerar que o relativismo filosófico não é objeto de consenso. Há quem acredite na capacidade do homem em encontrar a verdade dos valores, valores que seriam absolutos (realismo moral). E se o absolutismo filosófico estiver correto (se existirem valores absolutos, se forem possíveis juízos absolutos sobre o justo e o injusto do mesmo modo como são possíveis juízos absolutos sobre o que é verdadeiro ou falso), alguém poderia

²⁴ Nessa mesma linha: “Many democratic theorists have argued that democracy is a way of treating persons as equals when there is good reason to impose some kind of organization on their shared lives but they disagree about how best to do it. (...). Democracy embodies a kind of peaceful and fair compromise among these conflicting claims to rule. Each compromises equally on what he claims as long as the others do, resulting in each having an equal say over decision making. In effect, democratic decision making respects each person's point of view on matters of common concern by giving each an equal say about what to do in cases of disagreement.”, em CHRISTIANO, *op. cit.*

²⁵ Kelsen estabelece um paralelo interessante, ao afirmar que “É exatamente na esfera da epistemologia e da teoria dos valores que se situa o antagonismo entre absolutismo filosófico e relativismo filosófico, o qual – como tentarei demonstrar – é análogo ao antagonismo entre autocracia e democracia enquanto representantes do, respectivamente, do absolutismo político e do relativismo político”. KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 162.

²⁶ *Ibidem*, p. 202.

vislumbrar um argumento potencialmente fatal contra o relativismo político, e, conseqüentemente, contra a própria democracia. Afinal, pondera Kelsen, com alguma ironia, “não será absurdo permitir que um voto majoritário decida o que é politicamente bom?”²⁷

Claro que a força deste argumento seria efetiva apenas se de fato houvesse ao menos um homem que fosse capaz não somente de alcançar o conhecimento absoluto (pressupondo que ele existe, o que já é uma grande concessão), mas de trazê-lo ao alcance dos demais indivíduos e fazê-los aceitar essa “verdade”. Certamente, se isso fosse possível, a democracia seria um absurdo (por que admitir o risco de uma decisão contrária ao bem absoluto, ao justo absoluto?), mas também seria desnecessária (por que alguém, conhecendo a verdade, pretenderia dela divergir?). Melhor seria optar pela guardiania, deixando a um grupo de sábios a última palavra sobre as decisões que vincularão a sociedade²⁸.

Lamentavelmente, não existiu ainda um exemplar da espécie humana capaz de tal feito. Se houve alguém que efetivamente conhecia a verdade (talvez Jesus Cristo), lamentavelmente não foi capaz de convencer os demais; e, lamentavelmente, quando houve algum capaz de convencer muitos (nunca todos), acredito que ele não conhecia, efetivamente, a verdade. De qualquer modo, as tentativas de imposição de algo absoluto (mesmo quando muitos são convencidos) parecem fadadas ao fracasso, resultando em violência, massacre e tragédia, conforme revela a História.

De qualquer sorte, à luz do que foi dito, para ultrapassar o impasse entre ceticismo e o realismo moral, poder-se-ia concluir que ainda que o absolutismo seja uma premissa epistemológica adequada, isso não afasta a constatação fática de que existem diferentes entendimentos sobre justo e injusto, bem e mal, e uma infinidade de assuntos submetidos à apreciação de decisões políticas, surgirão. Noutras palavras, ainda que uma certa

²⁷ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 183.

²⁸ Como sugere o “Crítico” em DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, página 262 e seguintes.

comunidade de indivíduos compartilhe da premissa do realismo moral, nada assegura que eles compartilharão de uma mesma visão sobre bem e mal, justo e injusto, ou outras questões submetidas ao juízo da razão prática. Assim, mesmo uma comunidade de realistas moral haverá de estabelecer um procedimento para tomada de decisões. A questão da oposição entre realismo moral e relativismo moral, então, perde relevância²⁹.

O problema da democracia também não parece encontrar solução na ideia de *objetivismo moral*, na forma proposta por Atienza, que o contrapõe ao absolutismo moral.

La idea fundamental es que un objetivista moral no es (o no es necesariamente) un 'realista' moral, es decir, no tiene por qué pensar que existen lo que Dworkin ha llamado los 'morons', o sea', las partículas de que estaría compuesta la realidad moral, que serian equivalentes a los átomos o las moléculas en el mundo físico. Lo que sostiene el objetivista es la posibilidad de dar razones, razones objetivas, a favor de los enunciados morales que él considera fundados. Y que ser objetivista no es lo mismo que ser un 'absolutista' moral. El absolutista moral (la Iglesia católica – en el mundo latino – es la institución que representa por antonomasia el absolutismo moral) no solo afirma tener razón en cuanto a los juicios morales que sostiene, sino que pretende que sus razones son absolutas, que no pueden ser derrotadas por ninguna otra razón; para ello, como sabemos, lo que hace es convertir en dogmas los puntos de partida, las premisas de las que arranca el razonamiento que se sitúan, así, más allá de la razón, en el territorio (inexpugnable para esta) de la fe.³⁰

Atienza sustenta que o relativismo moral seria um grave equívoco teórico compartilhado por parte considerável dos filósofos do direito, ao supor que não seria possível construir um discurso moral com pretensão de objetividade³¹. Aqui, todavia, parece haver uma falsa dicotomia. A tese de que

²⁹ Aqui baseei-me na construção argumentativa de Jeremy Waldron, quando tenta demonstrar a irrelevância do debate entre *realismo vs. ceticismo moral*. O autor volta-se ao uso de argumentos morais no âmbito do *judicial review*, mas considero ser também aplicável o raciocínio para tratar da pretensão de afastar o valor das decisões democraticamente tomadas em prol de “decisões moralmente superiores”. Para o argumento original, WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford University Press, 1999, p. 164-187.

³⁰ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho**. Madrid: Passos Perdidos, 2013, páginas 83-84.

³¹ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho**. Madrid: Passos Perdidos, 2013, página 82.

é impossível o “conhecimento acerca da justiça”, sustentada pelo relativismo moral, não implica a impossibilidade de “construir um discurso moral com pretensão de objetividade”. Muito pelo contrário: ao afastar a tese de que as repostas para questões de moral e de justiça são passíveis de conhecimento, o relativismo moral necessariamente pressupõe que se tratam de *construções*, ou de “simples convenções jurídicas”, como quer Atienza³². Exceto que não há nada de simples, porque tais construções, enquanto obras culturais, são produto da racionalidade humana. A construção dessas “simples convenções”, num sistema democrático, são pautadas por debates, transações, concessões recíprocas e, por maior que seja o conhecimento dos sujeitos envolvidos na deliberação, e por maior que seja a objetividade dos argumentos postos, raramente há consenso, sempre há margem para desacordos razoáveis, e a decisão é sempre tomada pela votação da maioria. Mesmo nos Tribunais Constitucionais, cujos membros geralmente partilham de um mesmo repertório de conhecimento e de uma mesma linguagem, e em que as deliberações são extensivamente argumentativas, há dissenso, e convencimento, e o resultado é mais uma construção de sentido do que uma revelação.

O debate em torno dessas premissas epistemológicas ainda está longe do fim. Nem sobre isso há consenso. Talvez, então, democracia talvez se apresente como consenso viável quanto ao *procedimento* para tomada dessa decisão³³. Um procedimento, veja-se, em constante processo de construção.

³² ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho**. Madrid: Passos Perdidos, 2013, página 82

³³ Poder-se ia questionar sobre como proceder quando há dissenso sobre a própria questão democrática (se é desejável ou não). O ponto é bem colocado no já referido artigo da Stanford Encyclopedia of Philosophy: “*One difficulty is that this view relies on agreement much as the liberty views described above. What if people disagree on the democratic method or on the particular form democracy is to take? Are we to decide these latter questions by means of a higher order procedure? And if there is disagreement on the higher order procedure, must we also democratically decide that question? The view seems to lead to an infinite regress*”. CHRISTIANO, *op. cit.* De qualquer modo, este debate ultrapassa as fronteiras deste estudo, e avança sobre os territórios de uma *Teoria da Autoridade*, ao investigar se, e, em caso positivo, por quais motivos, uma decisão tomada democraticamente goza de autoridade. parâmetros para um sistema democrático

2.3. Um modelo mínimo de democracia

Considerando o que foi exposto até agora, pode-se concluir que, quaisquer que sejam os parâmetros utilizados para estabelecer o caráter democrático de um determinado sistema político, dever-se-á buscar a preservação dos ideais de *liberdade e igualdade intrínseca*. O modelo, ainda, deve ser adequado à tomada de decisões em situações de dissenso (circunstâncias da política). Conforme se pode perceber, surgem mais perguntas do que respostas.

Na tentativa de avançar, Robert Dahl enuncia quatro *critérios* como padrões ideais em relação aos quais os procedimentos democráticos podem ser avaliados e que, se integralmente satisfeitos, conduziriam a um governo democrático perfeito. Aqui, permito-me apenas enunciá-los, destacando, sem maiores aprofundamentos, situações que poderiam implicar *tensão* com elementos de nossa prática jurídica.

Os primeiros dois critérios³⁴ são o da *participação efetiva* e da *compreensão esclarecida*: todos os cidadãos devem ter oportunidade adequada e igual de expressar suas preferências quanto ao resultado final, bem como para incluir questões na agenda³⁵; além disso, cada cidadão deve ter oportunidades iguais e adequadas de descobrir e validar a escolha que melhor sirva a seus interesses³⁶.

A democracia exige, assim, liberdade de consciência (para dar um sentido mais amplo), que implica *liberdade de expressão do pensamento e de formação da opinião*.³⁷ Veja-se que não se trata apenas de relevância moral ou

³⁴ A aglutinação nesta exposição não atrapalha os objetivos do presente estudo; Robert Dahl, todavia, apresenta-os separadamente.

³⁵ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 171.

³⁶ *Ibidem*, p. 176.

³⁷ No mesmo sentido, Bobbio: “mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É um disponível uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder

intrínseca: a liberdade de consciência (para dar um sentido mais abrangente) tem uma importância funcional, essencial à democracia, como bem expõe Hans Kelsen:

A democracia moderna não pode estar desvinculada do liberalismo político. Seu princípio é o de que o governo não deve interferir em certas esferas de interesse do indivíduo, que devem ser protegidas por lei como direitos ou liberdades humanos fundamentais. É através do respeito a esses direitos que as minorias são protegidas contra o domínio arbitrário das majorias. Tendo em vista que a permanente tensão entre maioria e minoria, governo e oposição, resulta no processo dialético tão característico da formação democrática da vontade do Estado, pode-se afirmar com razão: democracia é discussão. Consequentemente, a vontade do Estado, isto é, o conteúdo da ordem jurídica pode ser o resultado de uma conciliação.³⁸

A necessidade de tutela dessas liberdades de consciência não é nada mais que uma implicação do *relativismo político e filosófico*, sobretudo, da aceitação de um componente epistemológico segundo o qual *não existe um bem comum objetivamente determinável* (o que não impede que a construção discursiva de um consenso em torno do que seja o bem comum a ser perseguido, conforme estabelecido em tópico anterior).

Sobre esses dois primeiros critérios, há interessantes debates sobre os *limites da democracia* - limites que uma decisão democrática não poderia cruzar sob pena de perder legitimidade. Por exemplo, não se poderia, por meio de uma decisão democrática, retirar direitos políticos e liberdades dos cidadãos (ou, reformulando, não se poderia, de forma democrática, atentar contra direitos de liberdade e igualdade, que, afinal, são fundamentos da própria democracia). Há quem entenda que a *igualdade* pressuposta pela democracia vá além da igualdade política, exigindo um *mínimo existencial* no campo

para escolher uma e outra. Para que se realize esta condição, é necessário que aos chamados adedir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação etc. – os direito à base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte;” BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. Página 37-38.

³⁸ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 183.

econômico (uma igualdade fática), o que certamente traz implicações também para a noção de limites da democracia.³⁹

Um terceiro critério é o da igualdade de voto no estágio decisivo, segundo o qual “cada cidadão deve ter assegurada uma oportunidade igual em peso à escolha expressa por qualquer outro cidadão”⁴⁰. Esse critério não exige, necessariamente, que o voto seja exercido diretamente, nem impede que os cidadãos deleguem a autoridade para tomada de algumas decisões a representantes. Tampouco, esse critério não especifica a forma de sufrágio, bastando que seja atendida a exigência de *igual oportunidade de participação*. Sob este aspecto, há estudos que demonstram preocupação com a potencial tensão envolvendo *democracia* e a atuação do Poder Judiciário (tanto no caso de controle de constitucionalidade das leis⁴¹ como também no caso do *controle judicial de políticas públicas*⁴²), já que a possibilidade de participação de

³⁹ Para uma definição e classificação de *limites da democracia* (limites internos e externos), encontrada na filosofia política, consultar CHRISTIANO, Tom. "**Democracy**", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/democracy/>, acessado em 23/06/2017.

⁴⁰ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 172.

⁴¹ Jeremy Waldron, em seu *Law and Disagreement*, já na introdução, adianta sua posição: “When citizens or their representatives disagree about what rights we have or what those rights entail, it seems something of an insult to say this is not something they are to be permitted to sort out by majoritarian processes, but that the issue is to be assigned instead for final determination to a small group of judges. It is particularly insulting when they discover that the judges disagree among themselves along exactly the same lines as the citizens and representatives do, and that the judges make their decisions, too, in the courtroom by majority-voting. The citizens may well feel that if disagreements on these matters are to be settled by counting heads, then its their heads or those of theirs accountable representatives that should be counted”. In: WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford University Press, 1999. p. 15.

⁴² O tema vem ganhando espaço no debate acadêmico nacional. Já há diversas obras e artigos, que abarcam não apenas a legitimidade do Poder Judiciário para tomada de decisões deste matiz. Por exemplo: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015; BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 129, Aug. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 06/10/2015; BRUM, Guilherme Valle. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

tomada de decisões (políticas?) no âmbito do sistema jurídico é bastante reduzida, em que pese haver nítida tentativa de abertura⁴³.

O *controle da agenda* é o quarto critério. O *demos* deve ter oportunidade de decidir como questões serão colocadas na agenda de assuntos a serem decididos mediante o processo democrático.⁴⁴ Este critério é, também, foco de potencial conflito com outros institutos reconhecidos de nossa prática jurídica. O controle judicial de políticas públicas, por vezes, desloca para o Poder Judiciário – retirando-os do domínio da política – temas que ainda não haviam sido colocados em pauta (ou seja, não estavam incluídos na agenda) para deliberação. Não raro, o Judiciário alega *omissão legislativa* sobre determinado assunto; todavia, pode-se objetar que *uma omissão não deixa de ser uma conduta, nem deixa denotar um posicionamento*. Se a democracia exige que o *demos* tenha liberdade para decidir quais questões serão colocadas na agenda, deve ser permitido também que decida quais questões *não serão objeto de deliberação num determinado tempo*.

Por fim, ainda em relação a este último critério, muitas vezes a própria definição de conceitos-chave revela alguma tensão com a *democracia* e a ideia de *liberdade de agenda*. A definição de *direitos fundamentais* defendida por Robert Alexy (e importada por muitos autores nacionais), por exemplo, implica *exclusão peremptória de determinadas pautas da agenda deliberativa*. É que, segundo Alexy, *“direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”*⁴⁵. Importando este conceito, Ingo Sarlet traça a seguinte definição, em termos semelhantes:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas

⁴³ Veja-se, por exemplo, a ampliação do uso da figura do *amicus curiae*.

⁴⁴ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 179.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 446.

ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).⁴⁶

Tem-se, então, que, ao menos nesta abordagem, existe uma tensão conceitual entre *direitos fundamentais* e *democracia*. Por outro lado, caso se admita a exigência de *standards mínimos* de igualdade substancial e de tutela de direitos de liberdade como pressupostos da democracia, conforme já visto, tem-se que essa noção de direito fundamental não traduziria nada mais que um *limite da democracia* – um limite imanente, já que decorreria de um pressuposto –, de modo que não haveria espaço para cogitar uma relação de *tensão entre democracia e algo que lhe seria interno*.⁴⁷

A elaboração de formas de efetivação desses critérios na prática – sua transformação em realidade social – escapam aos limites de uma investigação eminentemente dogmática. É preciso avançar para a Ciência Política e para a Sociologia do Direito a fim de verificar como a estrutura de poder funciona na prática (analisar a realidade social, portanto), a fim de construir um modelo mais próximo do ideal. O conhecimento dogmático-filosófico limite-se ao estabelecimento desse norte – suas prescrições são eminentemente normativas.

3. DEMOCRACIA E TEORIA DO ESTADO

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 91.

⁴⁷ A noção de *limites da democracia*, sistematizados em *limites internos* e *externos*, está presente na Stanford Encyclopedia of Philosophy. O ponto expresso no texto – direitos fundamentais (ao menos os de liberdade e os prestacionais relacionados ao *mínimo existencial*) enquanto limites internos à democracia parece encontrar amparo, mormente se cotejado com o seguinte excerto: “Of course, there will be limits on what citizens must accept from a democratic assembly. And these limits, on the egalitarian account, must be understood as deriving from the fundamental value of equality. So, one might think that public equality also requires protection of liberal rights and perhaps even the provision of an economic minimum.” Extraído de CHRISTIANO, Tom. "Democracy", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/democracy/>>.

Uma democracia é incapaz de florescer sem um adequado sistema de organização do Poder, tanto que o tema ocupou posição central nos ideais filosóficos sobre os quais se fundaram os movimentos revolucionários que puseram termo ao Estado absolutista.

Neste capítulo, pretendo expor um breve histórico da ideia de separação de poderes em sua versão clássica (tripartição dos poderes) para apresentar, então, uma versão aprimorada da teoria (pentapartição dos poderes). Após, será feita uma análise do sistema de organização do Poder Estatal adotado no Brasil.

3.1. A tripartição dos poderes

Em sua obra *O tribunal constitucional como poder*⁴⁸, Cezar Saldanha defende, em suma, a observância de uma *racionalidade institucional* como elemento norteador da organização do Estado. Para identificar esta racionalidade, o autor estabelece um mapeamento histórico do desenvolvimento da divisão dos poderes políticos no Estado Ocidental, desde sua formação (o início da Idade Moderna), quando houve a concentração do poder (a absolvição do poder que se encontrava *solvido* na sociedade, formando-se, então, o Estado Absolutista), até a implantação de uma *hexapartição dos poderes*, quando, no Reino Unido criou-se, no limiar do século XXI, um Tribunal Constitucional⁴⁹.

⁴⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: (uma nova visão dos poderes políticos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁹ Eis a forma como o autor enuncia a sistematização de sua obra: “No Capítulo 1 apresentamos o Reino Medieval Feudal, contexto no qual nasceu o Estado Ocidental (...). O Capítulo 2 descreve o surgimento da esfera autônoma do público, fase em que ocorreu a centralização das funções políticas em um só órgão (...). Em uma sequência de cinco capítulos, apresentamos, sucessivamente as cinco fases em que ordenamos a evolução da divisão dos poderes políticos. Da bipartição dos poderes em LOCKE (Capítulo 3), passamos pela tripartição doutrinada classicamente por MONTESQUIEU (Capítulo 4), pela tetrapartição formulada por CONSTANT (Capítulo 5), pela pentapartição racionalizada por WEBER nas duas primeiras décadas do século XX (Capítulo 6), até chegarmos à fase atual, da hexapartição, idealizada no primeiro pós-guerra por KELSEN e consolidada no segundo pós-guerra, com a adoção dos Tribunais Constitucionais (Capítulo 7).” SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: (uma nova visão dos poderes políticos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 21.

A ideia de Tripartição de Poderes tem sua formulação, na versão moderna, atribuída principalmente a Montesquieu, que a desenvolveu como um modelo que viabilizasse o exercício da liberdade. Tratava-se, portanto, de um ideal construído sobre bases liberais, típicas do racionalismo iluministas do século XVIII. Os teóricos iluministas viam na racionalidade humana (na natureza humana, portanto) o elemento central para a construção de uma racionalidade integradora da sociedade⁵⁰, dando origem a movimentos de concentração do poder (como, por exemplo, em Hobbes) e limitação do poder (como, por exemplo, em Rousseau), assim como impulsionando movimentos de positivação do direito, por meio da codificação (o legislador, por meio da razão, poderia estabelecer um rol completo de normas de conduta social).

Nas palavras de Cezar Saldanha:

Compondo tudo, MONTESQUIEU propõe um modelo institucional, uma receita juspolítica (senão para todo o Ocidente, pelo menos para sua França), que viabilizasse, pela Constituição, a liberdade encontrável na Inglaterra. O modelo pode ser condensado na seguinte fórmula: (a) dividir o poder estatal entre os três órgãos existentes (Rei, Parlamento e Juizes), (b) atribuindo-se a cada uma das três funções em que se poderia classificar a política (função executiva, função legislativa e função judicial) e (c) de uma forma a mais separada ou pura possível, posicionando os três órgãos (com o exercício especializado das respectivas funções), em um quadro de relações recíprocas, reforçado por mecanismos adicionais de travamento – a independência e a harmonia, de que falam, ainda hoje, vários textos constitucionais.⁵¹

Importa frisar que a “função executiva”, nesse modelo, aglutina as chefias de Estado, ao Governo e da Administração. A atribuição mais

⁵⁰ Bobbio, comentando o pensamento de Bentham, comparando-o com os demais filósofos iluministas, coloca o seguinte: “Esta inspiração iluminista do pensamento de Bentham parece ser posta em dúvida pela sua nítida oposição ao jusnaturalismo, doutrina tipicamente iluminista. Na realidade, ele era contrário a essa doutrina somente porque parecia inconciliável com seu empirismo, originando-se na metafísica, fundada num conceito – o de natureza humana – não suscetível de um conhecimento experimental. Contudo, ele tem em comum com os filósofos racionalistas a ideia fundamental de que nasce o jusnaturalismo: a convicção da possibilidade de estabelecer uma ética objetiva, isto é, uma ética fundada num princípio objetivamente estabelecido e cientificamente verificado, do qual se pode deduzir todas as regras para o comportamento humano”. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. P. 93.

⁵¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder:** (uma nova visão dos poderes políticos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 64.

proeminente dentro da função Executiva era, sem dúvida aquela referente à Chefia de Estado, porque as revoluções liberais não se preocupavam tanto com governos e com administrações - o Estado deveria ser mínimo, bastando aos indivíduos o gozo da liberdade. Nas palavras de Norberto Bobbio, havia sido “completamente abandonada a ideia de que fosse tarefa do Estado assegurar a felicidade dos súditos”⁵², cabendo-lhe apenas a garantir a liberdade necessária para que cada indivíduo pudesse buscar, cada qual a sua maneira, a própria felicidade.

Quanto às funções judiciais e legislativas, havia intensos debates sobre a necessidade de uma *codificação*, o que veio a ocorrer na França com o Código Civil de 1804, também sob fortes aspirações iluministas. Conforme Bobbio:

Este projeto nasce da convicção de que possa existir um *legislador universal* (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares), e da exigência de realizar um *direito simples e unitário*. A *simplicidade* e a *unidade* do direito é o *Leitmotiv*, a ideia de fundo, que guia os juristas que nesse período se batem pela codificação. (...). As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela *ciência da legislação*, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem. Os iluministas estavam, de fato, convencidos de que o direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias, era apenas uma espécie de direito ‘fenomênico’ e que além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro direito.⁵³

Por fim, para escapar do arbítrio do *príncipe* e de um possível arbítrio do *legislador*, o pensamento liberal oitocentista também apresentava soluções aparentemente singelas: a) *a separação dos poderes*, de modo a abstrair do príncipe o poder legislativo, atribuindo-o a um colegiado, lembrando que o executivo deve subordinar-se às leis aprovadas pelo legislativo; e b) a

⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 107.

⁵³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 65.

representatividade, pela qual o poder legislativo é formado de modo a representar o povo, exercendo o poder em nome de todo o povo e, assim, em benefício do próprio povo⁵⁴.

A história demonstrou que a estrita racionalidade não ofereceu soluções suficientes para a conformação do poder. O século XX veria o projeto de Estado Liberal entrar em colapso enquanto o mundo, para arrepio de qualquer racionalidade possível, mergulharia na guerra total.

Em seguida, serão analisadas as implicações da evolução dos tempos sobre a ideia de separação de poderes.

3.2. A separação dos poderes revisitada⁵⁵

Conforme adiantado, a História mostrou que o modelo liberal-racionalista de organização do Poder seria insuficiente para solucionar os problemas sociais que viriam a surgir nos séculos XIX e XX, decorrentes da Revolução Industrial e do processo de urbanização. A não intromissão do Estado nas relações privadas e o reconhecimento de uma igualdade (meramente formal e supostamente fundada, por meio da razão, na natureza das coisas) entre os indivíduos abriam espaço para a exploração do homem pelo homem, de forma que, com o passar do tempo, vieram a surgir diversas críticas ao modelo liberal. De forma cada vez mais marcante, “foi se consolidando a convicção de que, até para o efetivo desfrute dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano”.⁵⁶

⁵⁴ Nesta linha, BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 39.

⁵⁵ O Professor Cezar Saldanha advoga, hoje, a *hexapartição dos poderes*, em que, às funções de Estado, Governo, Administração, Legislativa e Jurisdicional, soma-se, como poder, o Tribunal Constitucional. Para o escopo deste trabalho, bastará analisar a evolução ocorrida até a *pentapartição* dos poderes.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 17.

Especialmente com a Revolução Industrial, que acelerou o processo de migração rural para os centros urbanos, novas necessidades sociais passaram a exigir elaboração de políticas de cunho positivo, e tomada de decisões que necessariamente desagradariam parcelas da população, dando aso a conflitos entre grupos e ideologias diversas.

Conforme aponta Saldanha, a função de governo, que nas origens do Estado liberal era mínima, passa agora a enfrentar desafios impostos por uma nova realidade:

Governar, nesse contexto, é contrariar interesses, desgastar-se, errar, fracassar, corromper-se. Por isso, mais do que qualquer outra, a função de governo moderno vem onerada com a necessidade indispensável da responsabilização política. (...)

Os desgastes, as polêmicas e as contingências umbilicalmente atadas a função governamental contemporânea não poderiam ser suportadas por uma autoridade hereditária e vitalícia.⁵⁷

Surge, então, não por opção, mas por premente necessidade e por exigência da racionalidade, a ideia de *separar-se* Governo e Estado⁵⁸. “Transferir a função de governo, na sua totalidade, para uma instituição política nova, responsável politicamente perante o órgão representativo da sociedade” era uma exigência da razão prática⁵⁹.

Tal evolução deu-se, de forma pioneira, no Reino Unido, com a institucionalização de um Conselho de Ministros, ao qual transferiu-se a função governamental moderna, função esta que foi retirada do Rei⁶⁰. Surgia, então, a

⁵⁷ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder:** (uma nova visão dos poderes políticos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 73.

⁵⁸ Eis a essência do problema que esta separação visa superar: “como cumular – mesmo numa república – a função de chefia de Estado (que requer a imparcialidade de um primeiro magistrado) com a função de governo moderna (Que requer um político de partido capaz de comandar uma maioria político-ideológica)?” SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder:** (uma nova visão dos poderes políticos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 74.

⁵⁹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder:** (uma nova visão dos poderes políticos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 77-78.

⁶⁰ A ideia teve amadurecimento consolidado com o Reform Act de 1832, com o reconhecimento de um governo institucionalmente independente do Rei, conforme aponta Saldanha. SOUZA

tetrapartição dos poderes: a função jurisdicional, a função legislativa, a chefia de Estado e o governo.

Mais uma vez, porém, a História pôs à prova o sistema estruturante das organizações políticas. Já no início do século XX, diversos movimentos sociais passaram a exigir uma mudança nos paradigmas estatais. Com a eclosão da grande guerra de 1914, este movimento foi acelerado. De acordo com Sarmiento, foi justamente o receio de que processos revolucionários, semelhantes à Revolução Russa de 1917, acontecessem em países do capitalismo evoluído que fez diminuir as resistências na transição do Estado liberal para o Estado social. O autor segue dizendo que a extensão do direito de sufrágio a parcelas cada vez mais amplas da população rompeu com a hegemonia da burguesia no parlamento, abrindo espaço para a afirmação dos interesses das camadas menos favorecidas da população.⁶¹ Nessa mesma esteira, Paulo Bonavides afirma que a teoria marxista pôs nas mãos do trabalhador as armas necessárias para “impor reivindicações, amedrontar a burguesia, obrigá-la a recuos inopinados”.⁶²

Nesta toada, aos poucos foi ganhando contornos o chamado modelo de Estado de Bem-Estar Social, cujas constituições passaram a reconhecer uma nova gama de direitos como direitos fundamentais, de ordem social e econômica, denominados direitos de segunda dimensão. Estes, por sua vez, são direitos que exigem uma prestação positiva por parte do Estado, destinada a garantir condições mínimas de existência.

O desafio que se impunha ao sistema de organização do Poder, principalmente após a devastação provocada pela grande guerra, é assim apontado por Saldanha, referendando posição de Weber, Kelsen e Schmitt:

como construir uma ordem político-constitucional capaz de ser aceita por todas as forças, por todos os partidos e por todos os

JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: (uma nova visão dos poderes políticos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 79.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 17-18.

⁶² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 177.

segmentos sociais, numa sociedade – como a alemã da segunda década do século XX – cruamente pluralista, dividida em ideologias tão diferentes (comunistas, socialistas, conservadoras, sociais-cristãs, liberais e reacionárias) e tão antagônicas entre si?

A resposta seria a pentapartição dos poderes, mediante a institucionalização da imparcialidade da Administração Pública. Conforme Saldanha:

Distinguiu-se a função administrativa da função de chefia de Estado e, também, da função estrita de governo, de modo que os órgãos administrativos pudessem guardar autonomia frente ao endereço ideológico dos governos. A técnica racionalizada que aí se adotou foi erigir o conjunto dos órgãos da Administração em poder político novo: o Poder Administrativo, o quinto poder político.⁶³

Este desenho, segundo aponta Saldanha, permite o funcionamento equilibrado do Estado. Separar Estado, Governo e Administração permite que ideologias diversas e antagônicas participem do jogo, debatendo e elegendo programas governamentais (Governo), sem perder o senso de união em torno de um extrato mínimo de valores comuns, valores que identificam um povo (Estado). Permite-se, ainda, que a burocracia administrativa funcione de forma racional, impessoal, servindo ao programa eleito, mas sem perder a independência (Administração).

Apresentado o modelo de pentapartição dos poderes, cabe analisar, a seguir, qual o arranjo institucional delineado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶³ Além disso, “reafirmou-se, agora em contexto republicano, a distinção entre Estado e Governo, que vinha das monarquias do século XIX, com reforço da legitimidade do chefe de Estado (pela eleição direta por todo o eleitorado) e a atribuição expressa a este de poderes de arbitragem do jogo político. Com isso, assegurava-se uma instância neutra e suprapartidária, devotada a moderar e arbitrar uma convivência democrática pacífica, legal e civilizada, na instância governamental, das divergências ideológicas que opunham forças, partidos e segmentos. Em outras palavras: diante das divergências ideológicas no plano governamental, ratificou-se a necessidade de uma área neutra de chefia de Estado, que estivesse comprometida exclusivamente com a garantia das regras do jogo e das regras sobre o jogo do processo político democrático”. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: (uma nova visão dos poderes políticos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 97.

3.3. A separação de poderes no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil abraçou um modelo de tripartição dos poderes⁶⁴. Os resultados disso falam por si só: desde a promulgação da Constituição de 1988, não houve, no Brasil, um período considerável de normalidade institucional. A história da nossa democracia recente é uma história de *disfuncionalidade governamental e de relações espúrias entre os Poderes da República*.

A recorrência de escândalo após escândalo na vida pública nacional não pode ser considerada mero acidente histórico. Ainda quando se discutia, na Assembleia Constituinte, sobre o sistema de governo e a forma de organização de Estado a serem adotados pela república brasileira, houve quem alertasse, de forma contundente, acerca da necessidade de separar-se Estado, Governo e Administração.

Os Anais da Constituinte registram a realização de Audiência Pública, em maio de 1987, em que Cezar Saldanha Souza Júnior expôs o seguinte aos integrantes da Subcomissão do Poder Executivo da Assembleia Constituinte:

Chefia de Estado, Governo e Administração. Srs. Constituintes. Nossos representantes, Presidente Albérico Filho, Constituinte José Fogaça, é isso que temos de regular aqui: a Chefia de Estado, o Governo e a administração. E se impõe, que essas funções sejam separadas.

(...)

Temos uma fórmula só para salvar a democracia: é separar o Estado do Governo. Vamos criar uma Chefia de Estado acima dos partidos, acima das ideologias. Já que pelo voto universal e pelo nascimento dos partidos socialistas e comunistas, não há mais consenso em torno do Governo, vamos criar um consenso político acima dele. Um Chefe de Estado representa

⁶⁴ Curiosamente, o constituinte incluiu o capítulo que trata da Administração Pública dentro do Título III, que trata da Organização do Estado. Ao menos topograficamente, apartou-se a disciplina da Administração Pública do capítulo que trata do Poder Executivo, este contido no Título IV, que trata da Organização dos Poderes. Isso não afasta a constatação de que houve certa confusão e indevida mistura entre coisas de naturezas distintas, na medida em que se reservou ao Chefe do Poder Executivo – o Presidente da República – as funções de Chefia de Estado, de Governo e de Administração, conforme revelam as disposições constantes no art. 84 da Constituição Federal.

a pátria, comanda as Forças Armadas e pode ter poderes de arbitrar o jogo político mais expressos ou menos expressos, menos expressos, mais explícitos ou menos explícitos.

(...)

Quero concluir dizendo que a grande mudança que me parece capaz de solucionar essa barafunda toda que é a nossa organização política significa mexer principalmente na estruturação do Poder Executivo. É o estabelecimento da democracia pelos partidos. Há duas formas de se fazer política. Há a forma de se fazer política da democracia pelos partidos, em que os eleitores votam em programas. O programa que ganhou faz a maioria no Parlamento e automaticamente assume o Governo, mas não assume o Estado, porque há um Chefe de Estado acima do Governo. Ou adotamos a democracia pelos partidos, ou mantemos a democracia pela representação, em que os partidos não têm papel na mecânica do funcionamento do poder e o objetivo é a transação, a paralisia do poder político pela radical separação dos seus poderes.

É esta a opção, Srs. Constituintes, minhas amigas e meus amigos: vamos organizar uma democracia pelos partidos, em que a eleição para Deputado é para valer, ou vamos manter um sistema que é a maquiavélica, para não dizer a montesquiana fórmula de organizar um conflito intergovernamental, para manter a paralisia do Governo e do Estado. Esta é a opção.⁶⁵

A opção feita pelo Constituinte, como percebemos, foi pela tripartição dos Poderes, ideia esta que Saldanha reputava (e alertava) como “a fórmula para organizar um conflito intergovernamental, para manter a paralisia do Governo e do Estado”.

Interessante notar, porém, que a distinção entre *governo* e *administração*, nada tem de nova no pensamento jurídico nacional (em que pese parecer distante do imaginário político brasileiro): obra publicada ainda em 1866, de autoria de Antônio Joaquim Ribas, já falava no assunto. Permito a transcrição na linguagem tal como publicada desta doutrina um século mais antiga que nossa Carta Fundamental:

⁶⁵ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (ATAS DE COMISSÕES). **Anais da Assembleia Constituinte:** subcomissão do Poder Executivo – anexo 3b. Disponível em http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. p. 100-103.

Em teoria é fácil discriminar as funções políticas e administrativas dos agentes do Poder Executivo; mas na prática nem sempre se pode determinar quando eles exercem umas ou outras, quando governam ou administram.

Ao governo, como poder governamental ou político, compete indicar a direção, inspirar o pensamento geral e imprimir o impulso a todo o funcionalismo administrativo, tanto nas relações internacionais como nas internas.

A missão da administração, pelo contrário, é por assim dizer toda material ou mecânica; cumpre-lhe organizar os meios práticos, e pô-los em ação, para a realização do pensamento governamental.

Ela deve, pois, ser um instrumento docil e seguro nas mãos do governo, enquanto este ora dentro da sua esfera própria. Assim, não deve imprimir nos serviços públicos um impulso contrário ou diverso daquele que o governo lhe quer dar; não pode ter um pensamento, uma vontade, que não sejam o pensamento e a vontade do governo, enquanto este se limita às suas funções de iniciativa, de apreciação e de direção geral.

Aqui, porém, deve parar a subordinação e começar a sua independência.

Quando a administração trata de organizar os serviços públicos, não deve postergar as vantagens d'elle em atenção às predileções ou anti-pathias políticas; quando se occupa com a execução de um preceito legislativo, não deve sofisticá-lo, torcê-lo ou illudi-lo para comprazer ao systema preferido pelo governo; quando se acha em presença dos cidadãos, dos seus direitos e obrigações, deve, como verdadeira magistratura, fazer respeitar esses direitos e cumprir essas obrigações, collocando a sua rectidão e imparcialidade acima de todas as considerações da política.⁶⁶

A passagem acima, em que pese tenha sido escrita há mais de 150 anos, permanece atual, e revela que é tênue a distinção entre as funções de *governar* e *administrar*, porque, apesar de distintas, são funções inseparáveis.

Ainda, calha frisar que, em que pese a Constituição de 1988 tenha concentrado, no Chefe do Poder Executivo, as chefias do Estado, da

⁶⁶ RIBAS, Antonio Joaquim. Direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C., 1866. Versão consultada disponibilizada pela BDJur, Brasília, DF, 28 maio 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/21638>, p. 59-60.

Administração e do Governo (o que se depreende da leitura do art. 84), é interessante frisar as disposições sobre a Administração Pública foram alocadas em título diverso (destinado a disciplinar a organização do Estado), apartado daquele que versa sobre a organização dos poderes. Isso evidencia que o constituinte tinha em mente a necessidade de proteger a administração do excesso de influxos políticos, conferindo-lhe as bases para a consolidação de um regime jurídico próprio, nos termos do que dispõe o art. 37 e seguintes da Constituição.

Não obstante, a divisão entre atribuições ainda é pouco evidente e parece mal compreendida, talvez porque falte na Constituição uma determinação expressa no sentido de distinguir *funções* cuja chefia concentrou no Chefe do Poder Executivo. Outras constituições modernas, aliás, estabelecem de forma clara o que se deve entender como *governo*, *Estado* e *administração*, a exemplos das constituições da Espanha e de Portugal⁶⁷.

A confusão entre *governo*, *administração* e *governo* gera amplo espaço para abusos de todo tipo, e as notícias correntes na mídia nacional (os escândalos do mensalão e da Petrobrás, o uso questionável das forças armadas – que, surpreendentemente, são comandadas pelo Chefe de Governo! – os frequentes flagrantes de fraude em licitações, o uso de cargos públicos como moeda de troca, inclusive entre *governo* e *parlamento*) são prova disso. Resta evidente que um arranjo de poder inadequado, como parece ser caso brasileiro sufoca a democracia e inviabiliza o próprio governo.

⁶⁷ A Constituição Espanhola dispõe que “*El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes*”. O governo é encabeçado pelo Presidente, que “*dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes*”. A Administração é sujeita-se à Lei e à Constituição (artigos 97 e 101 da Constituição da Espanha). A Constituição de Portugal também estabelece essa distinção, definindo o governo como “*o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública*”, chefiado pelo Primeiro-Ministro, e atribuindo a Chefia de Estado ao Presidente da República, que “*representa a República Portuguesa, garante a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas e é, por inerência, Comandante Supremo das Forças Armadas*”. A administração pública subordina-se à Constituição e à Lei (art. 266).

Esse cenário de crise permanente, que atinge principalmente o Poder Executivo e o Poder Legislativo, fez com que os holofotes se voltassem ao Poder Judiciário, dando margem ao florescimento de formulações teóricas que permitissem aos juízes suprimir as insuficiências de nossos desacreditados governantes. Esse avanço do Poder Judiciário busca legitimação no discurso *neoconstitucionalista*, que será examinado adiante.

4. DEMOCRACIA E TEORIA DO DIREITO

4.1. O neoconstitucionalismo brasileiro

Sob o aspecto teórico, o *neoconstitucionalismo*⁶⁸ pode ser compreendido mediante análise de três grandes transformações que, conforme Luís Roberto Barroso, alteraram profundamente as teorias tradicionais acerca da aplicação do direito constitucional (logo, reverberam no Direito como um todo). Segundo o autor, esse conjunto de alterações contempla: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.⁶⁹

⁶⁸ A análise dar-se-á com base em três escritos do referido jurista: o artigo chamado “A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria”. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015; um outro artigo, chamado “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf e sua obra intitulada “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência”. 6ª ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acessado em 06/09/2015. Página 6.

Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto elaboram um arranjo parecido para sintetizar as principais mudanças operadas pelo *neoconstitucionalismo*⁷⁰:

“Essa linha teórica é fortemente associada a diversos fenômenos reciprocamente implicados, seja no campo empírico, seja no plano da dogmática jurídica, que podem ser assim sintetizados: a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico, como ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.”

Ao lado do referido marco teórico, o marco filosófico do *neoconstitucionalismo* seria o surgimento do paradigma *pós-positivista*, assim descrito por Luís Roberto Barroso⁷¹:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não pode comportar voluntarismos e personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

⁷⁰SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. páginas 95-96.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acessado em 06/09/2015. Página 6.

Esse conjunto de transformações, em especial o reconhecimento de *força normativa à Constituição, a reaproximação entre Direito e Moral, e o abandono ao formalismo exagerado*, com a conseqüente adoção de técnicas interpretativas mais abertas, conduziram à *constitucionalização do Direito*. O termo, aqui, vai entendido como “*um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico*”, como propugna Luís Roberto Barroso⁷², de modo que “[o]s valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”.

Tem-se, então, que o direito passa a exercer severa influência sobre a atuação dos agentes políticos. Se a Constituição, norma fundante, tem sua força normativa reconhecida; se todo o direito é *constitucionalizado*; e se toda atuação política deve encontrar fundamento na norma constitucional; então parece claro que o órgão que detiver para si a atribuição de interpretar (ou determinar), em última instância, o conteúdo das normas constitucionais, será o órgão detentor da palavra final sobre qualquer tema que possa vir a ser objeto de deliberação política.

Obviamente, uma teoria desta estirpe fomenta uma proeminência mais acentuada do Poder Judiciário, que, segundo reconhece parcela da prática jurídica corrente, detém a última palavra acerca da interpretação constitucional⁷³. Por outro lado, a própria doutrina neoconstitucionalista alerta

⁷² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acessado em 06/09/2015. Páginas 16-17.

⁷³ Por exemplo: “A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, caput) –

para a necessidade de uma *autocontenção judicial*, evitando-se a configuração de uma supremacia do Poder Judiciário. Há, inclusive, julgados do próprio Supremo Tribunal Federal advertindo neste sentido⁷⁴.

De qualquer sorte, os limites acerca do que o Supremo Tribunal Federal pode ou não fazer permanecem imprecisos. Certo é que o Direito vem ocupando cada vez mais espaço, e as instâncias jurídicas avocam, com cada vez mais voracidade, o encargo de tomar decisões que, antes, eram próprias da arena política. Só nos últimos anos, decidiu-se, *em juízo*, sobre: (i) pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3.510-DF); (ii) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (iii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330); (iv) importação de pneus usados (ADPF

assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. **[ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.]**. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>.

⁷⁴ Direito constitucional e eleitoral. Direito de antena e de acesso aos recursos do fundo partidário às novas agremiações partidárias criadas após a realização das eleições. Reversão legislativa à exegese específica da Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 4.490 e 4.795, rel. min. Dias Toffoli. Interpretação conforme do art. 47, § 2º, II, da Lei das Eleições, a fim de salvaguardar aos partidos novos, criados após a realização do pleito para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Lei 12.875/2013. Teoria dos diálogos constitucionais. Arranjo constitucional pátrio conferiu ao STF a última palavra provisória (viés formal) acerca das controvérsias constitucionais. Ausência de supremacia judicial em sentido material. Justificativas descritivas e normativas. Precedentes da Corte chancelando reversões jurisprudenciais (análise descritiva). Ausência de instituição que detenha o monopólio do sentido e do alcance das disposições constitucionais. Reconhecimento prima facie de superação legislativa da jurisprudência pelo constituinte reformador ou pelo legislador ordinário. Possibilidade de as instâncias políticas autocorrigirem-se. Necessidade de a Corte enfrentar a discussão jurídica sub judice à luz de novos fundamentos. Pluralismo dos intérpretes da Lei Fundamental. Direito constitucional fora das Cortes. Estímulo à adoção de posturas responsáveis pelos legisladores. Standards de atuação da Corte. Emendas Constitucionais desafiadoras da jurisprudência reclamam maior deferência por parte do tribunal, podendo ser invalidadas somente nas hipóteses de ultraje aos limites insculpidos no art. 60, CRFB/88. Leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência da Corte (leis in your face) nascem presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, notadamente quando a decisão ancorar-se em cláusulas superconstitucionais (cláusulas pétreas). Escrutínio mais rigoroso de constitucionalidade. Ônus imposto ao legislador para demonstrar a necessidade de correção do precedente ou que os pressupostos fáticos e axiológicos que lastrearam o posicionamento não mais subsistem (hipótese de mutação constitucional pela via legislativa). **[ADI 5.105, rel. min. Luiz Fux, j. 1º-10-2015, P, DJE de 16-3-2016.]** SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>.

101-DF); (v) proibição do uso de amianto (ADI 3.937-SP)⁷⁵. Mais recentemente, declarou inconstitucionais dispositivos legais que autorizavam contribuições de pessoas jurídicas ao financiamento de campanhas eleitorais (ADI 4650), e decidiu sobre repactuação de dívida entre entes federativos (MS 34110 MC/DF). Agora, o Supremo Tribunal Federal está na iminência de decidir sobre a (des)criminalização do uso de drogas (RE 635.659-SP). Não à toa, em entrevista veiculada na mídia, Joaquim Falcão referiu o século XXI como o “século do Judiciário”⁷⁶.

Em qualquer dos casos acima exemplificados, sejam ou não sejam eles considerados de grande complexidade jurídico-moral, há interferência, pelo Judiciário, numa atividade própria da *função governamental*, que consiste, justamente, na eleição de políticas públicas. O mérito das decisões tomadas pelo Poder Judiciário em cada caso pouco importa. As justificativas para legitimar essa atuação – verdadeira ocupação do espaço que deveria ser deixado à deliberação democrática – é que merecem atenção, e serão examinadas na seção seguinte.

4.2. O neoconstitucionalismo como resposta à crise

Explicando surgimento e consolidação do paradigma neoconstitucional, Luís Roberto Barroso pondera⁷⁷ que “*um misto de ceticismo, indiferença e insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política*”, isso em razão de “*ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, as*

⁷⁵Trata-se de um resumo do rol ilustrativo trazido em BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 369-369.

⁷⁶“As grandes questões nacionais de cada país estão sendo definidas por esse poder. Os empréstimos da chanceler alemã Angela Merkel para a Espanha foram parar na suprema corte espanhola. A política financeira do Banco Central da Europa teve de ser avaliada pela suprema corte de Portugal. No século XIX, os legislativos tinham o protagonismo. No século XX, foi a vez do Executivo. Chegou o século do Judiciário.” FALCÃO, Joaquim. Este é o século do Judiciário. São Paulo: 2015. **Veja**, São Paulo, edição 2442, ano 48, n. 36, p. 15-19, 9 set 2015. ENTREVISTA concedida a Thiago Prado.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o supremo tribunal federal e o governo da maioria. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 22-23

relações oblíquas entre Executivos e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio". Por isso tudo, "a doutrina, que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o déficit democrático na representação política". Tem-se, então, o que Luís Roberto Barro chama de "curioso paradoxo":

Em curioso paradoxo, o fato é que em muitas situações juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares.

De fato, o argumento clássico utilizado para barrar interferências do Judiciário em decisões políticas – o princípio da separação dos Poderes – encontra-se já superado, até pelo reconhecimento de que a Constituição é *norma jurídica, que orienta e limita os poderes constituídos*. Não haveria como falar em política alheia à normatividade.

Todavia, Barroso vai além, e, em prol da legitimidade de uma atuação judicial de maior amplitude, apresenta diversos argumentos que fragilizam os próprios postulados da democracia. Tais argumentos, compilados de diversos estudos, podem ser assim enunciados⁷⁸:

- o acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, corresponde à busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado Moderno;

- a jurisdição constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e depressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo;

⁷⁸BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

- juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia;
- a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias nos processos decisórios.

É preocupante que argumentos desse tipo sejam utilizados para justificar uma atuação judicial cada vez mais preponderante. Cabe analisá-los um a um.

A primeira alegação, no sentido de que o avanço da atuação judicial significa o restabelecimento de um equilíbrio de forças, em resposta à expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado Moderno, não serve para justificar a substituição, pelo Judiciário, dos agentes políticos constitucionalmente encarregados de tomar as decisões *políticas* em prol da persecução dos objetivos constitucionalmente tidos como relevantes. Protagonismo judicial não reflete equilíbrio de forças, porque, se há protagonista, há desequilíbrio.

A alegação de que a jurisdição constitucional serve à superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos tampouco convence.⁷⁹ Se existe um déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, é necessário olhar para as *regras* de formação da composição e de funcionamento desses órgãos eletivos, ou até mesmo para o arranjo institucional posto (e não são poucas as críticas ao modelo existente de divisão dos poderes, conforme analisado no capítulo anterior). A consolidação de um protagonismo judicial é

⁷⁹ Esse argumento é repetido por Luís Roberto Barroso em BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Página 22: “No Brasil, por igual, vive-se uma situação delicada, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo. Ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio revelou as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados. Em suma: a doutrina, que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o déficit democrático da representação política”.

antes um sintoma do que uma solução para o desarranjo institucional existente⁸⁰.

Alega-se, ainda, que “juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia”. Tal raciocínio consiste em que, se há uma insuficiência de desempenho por parte dos poderes democraticamente eleitos, restaria à Justiça Constitucional o papel de fazer valer a Constituição. Noutro estudo, Barroso parece encampar este entendimento⁸¹:

[N]ão é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário. Inúmeras razões contribuem para isso. Início por uma que é menos explorada pela doutrina em geral, mas particularmente significativa no Brasil. Juízes são recrutados, na primeira instância, mediante concurso público. Isso significa que pessoas vindas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma Faculdade de Direito e tenham feito um estudo sistemático aplicado, podem ingressar na magistratura. Essa ordem de coisas produziu, ao longo dos anos, um drástico efeito democratizador do Judiciário. Por outro lado, o acesso a uma vaga no Congresso envolve um custo financeiro elevado, que obriga o candidato, com frequência, a buscar financiamentos e parcerias com diferentes atores econômicos e empresariais. Esse fato produzir uma inevitável aliança com alguns interesses particulares. Por essa razão, em algumas circunstâncias, juízes são capazes de representar melhor – ou com mais independência – a vontade da sociedade. (...)

⁸⁰ Não se pode ignorar, ainda, que os próprios órgãos encarregados do controle de constitucionalidade não escapam a seus próprios desvirtuamentos, como bem aponta Paulo Bonavides: “Ora, essa relação pessoal [entre juiz nomeado e entidade nomeante] tem havido lastimavelmente no caso da designação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil e ocorre de forma assombrosa, preocupante e em tal dimensão crescente, que já provoca uma reação generalizada no País, que procede tanto do meio jurídico como da opinião pública. Em artigo intitulado ‘A escolha do ministro do Supremo’, Joaquim Falcão, mestre em Direito pela Universidade de Harvard e professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, partindo desta interrogação: onde trabalhavam desde 1988 os ministros, quando indicados pelo Presidente? Deu a seguinte resposta: cerca de 50% dos indicados trabalhavam diretamente com a Presidência.” BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 129, Aug. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 06/10/2015.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Página 24-25.

Diversas outras razões se acrescentam a essa. Em primeiro lugar, juízes possuem a garantia da vitaliciedade. Como consequência, não estão sujeitos às circunstâncias de curso prazo da política eleitoral, tampouco, ao menos em princípio, a tentações populistas. (...) Por fim, mas não menos importante, decisões judiciais precisam ser motivadas. Isso significa que, para serem válidas, jamais poderão ser um ato de pura vontade discricionária: a ordem jurídica impõe ao juiz de qualquer grau o dever de apresentar razões, isto é, os fundamentos e argumentos de seu raciocínio e convencimento.

Esta linha de argumentação talvez seja a de mais difícil assimilação pelos ideais democráticos. Ora, se, por um lado, não se pode admitir como normais os recorrentes *desvios de conduta* dos agentes políticos eleitos, esse mesmo estado de coisas tampouco pode servir para fundamentar como normal um quadro de um *protagonismo judicial*. Conforme referido, o protagonismo judicial é mais um sintoma do desarranjo do que uma solução para a situação.

O único dos argumentos com o qual se pode concordar é aquele que afirma que a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos. Mas esse argumento é a refutação de todos os demais, porque reforça a importância de regras democráticas que permitam a adequada representatividade de todos os grupos na tomada de decisões políticas, garantindo um debate transparente e igualitário entre os envolvidos, e não admite que haja a supressão dessa instância democrática para que as grandes decisões da política nacional sejam delegadas aos juízes.

Democracia consiste em assegurar ao povo o poder de tomar justamente as decisões que se mostrem mais importantes ao desenvolvimento da sociedade. Nas palavras de Jeremy Waldron:

It follows that those who value popular participation in politics should not value it in a spirit that stops short at the threshold of disagreements about rights. Such curtailment, I believe, betrays the spirit of those who struggled for democracy and universal suffrage. The workers who braved cavalry charges at Peterloo in 1819, the women who chained themselves to the White House railings or threw themselves under the hooves of the King's horse at Epsom in turn-of-the-century suffrage campaigns, the African-Americans who faced batons, police-dogs, fire hoses, and worse in the Civil Rights movement in the 1950s and '60s, did these things to secure a voice on the matters of political principle that confronted their community. They did not do them simply for the sake of a vote on interstitial issues of policy that had no compelling moral dimension. They fought for the franchise because they believe that controversies about the fundamental ordering of their

society – factory and hours legislation, property rights, free speech, police powers, temperance, campaign reform- were controversies for them to sort out, respectfully and on a basis of equality, because *they* were the people who would be affected by the outcome⁸².

Veja-se, então, que o neoconstitucionalismo (que, segundo leitura ora sustentada, fomenta uma expansão do Poder Judiciário sobre outras esferas da estrutura do poder estatal) parece alimentar-se do problema que pretende solucionar, que é a crise de legitimidade e de funcionalidade que se abate sobre o parlamento e a chefia de Estado, governo e administração.

4.3. A crise do neoconstitucionalismo

Os fundamentos sobre os quais o neoconstitucionalismo busca legitimação repousam na ideia de conferir ao Direito e ao Judiciário o papel de reajustar algumas disfunções no exercício do poder estatal e no funcionamento da democracia (crise de legitimidade e de funcionalidade dos Poderes Legislativo e Executivo).

Essa crise tem com uma de suas possíveis causas (na visão de Cezar Saldanha, por exemplo) o próprio sistema de organização de Poderes desenhado pela norma fundamental vigente, que, adotando um modelo de *tripartição de poderes*, não é um modelo adequado ao Estado brasileiro, o qual possui aspirações muito mais ambiciosas do que o Estado liberal oitocentista,

⁸² Em tradução livre: Ocorre que aqueles que dão valor à participação popular na política não deveriam fazê-lo num espírito que desiste no início do dissenso sobre os direitos. Esse atrofiamento, acredito, trai o espírito daqueles que lutaram pela democracia e pelo sufrágio universal. Os trabalhadores que enfrentaram a cavalaria em Peterloo em 1819, as mulheres que se acorrentaram às cercas da Casa Branca ou se jogaram debaixo dos cascos dos cavalos do Rei em Epsom, nas manifestações pelo voto da virada do século, os afro-americanos que enfrentaram cassetetes, cães da polícia, mangueiras de incêndio, e coisas piores no movimento pelos Direitos Civis nos anos 50 e 60, fizeram essas coisas para garantir uma voz nos assuntos políticos que se impunham à comunidade. Não o fizeram apenas pelo voto em assuntos políticos rotineiros sem grandes dimensões morais. Lutaram pela causa porque acreditavam que controvérsias sobre os fundamentos da sociedade – legislação sobre jornada de trabalho, direito de propriedade, liberdade de expressão, poder de polícia, consumo de álcool, reformas eleitorais – eram controvérsias para que eles resolvessem, de forma respeitosa e isonômica, porque *eles* eram as pessoas que seriam afetadas pelos resultados da resolução. Extraído de WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford University Press, 1999. Página. 15.

inspirado nas ideias de Montesquieu⁸³. Ao deixar de separar o que deve ser separado (Administração, Estado e Governo), o constituinte rompeu com a racionalidade e criou um sistema viciado, que institucionalizou a fórmula do “conflito intergovernamental”. A história recente parece confirmar esta percepção, já que, por trás de cada escândalo vislumbra-se, como pano de fundo, relações espúrias entre estruturas intergovernamentais.

Natural que o desequilíbrio nas relações institucionais oriundos da mistura entre Administração, Estado e Governo repercute, também, nas demais instâncias do Poder Estatal (Legislativo e Judiciário). A própria relação entre Parlamento e Governo revela-se tortuosa, e, como estas instâncias revelam-se como principal fonte de direito em nosso sistema, resta patente que o exercício da jurisdição também é afetado.

O Poder Judiciário, diante da paralisia do Estado e do Governo, e ao deparar-se com um sistema viciado, acaba por adotar uma postura expansiva, nos exatos termos, e pelas exatas razões apontadas por Luís Roberto Barroso. Surgem, então, “novos paradigmas”, em que se ventilam, conforme já visto, “rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico”, “constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento, “reaproximação entre o Direito e a Moral, e “judicialização da

⁸³ Esse alerta foi feito por Cezar Saldanha à Assembleia Nacional Constituinte: “Farei uma última observação aqui a respeito de Montesquieu. Montesquieu é um liberal. Ele começa o “O Espírito das Leis” definindo o que é lei: “Lei é a expressão de relações necessárias entre as coisas e que radicam na natureza das coisas”. Para os liberais clássicos, radicais, a lei não se faz, a lei não se cria, não se inventa. A lei é uma lei natural, que se deduz. O Parlamento de Montesquieu não é o Parlamento dos partidos, mas o Parlamento do tipo americano de Governo. Ele é o Parlamento da demarquia do Maksoud, ou melhor, de Hayek, um órgão sem partidos em que se exorcizariam os partidos do seu bojo e se fariam mil requisitos, para despartidarizar-se o Parlamento. Seriam os melhores que vão deduzir da lei natural aquelas normas prospectivas e futuras que regulam a essência da natureza, ou a natureza das coisas. O Executivo seria meramente o executor dessas leis. Pois bem, esse tipo de Executivo só tem sentido onde não há intervencionismo, onde o Governo não existe – as suas funções são mínimas ou inexistentes – e, como bem disse o mestre Josaphat Marinho o mundo moderno e o mundo do intervencionismo, da socialização. Só pode ser mantido o intervencionismo com as funções do governo nulas se o sistema de votação for censitário.” Fala extraída de: ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (ATAS DE COMISSÕES). **Anais da Assembleia Constituinte**: subcomissão do Poder Executivo – anexo 3b. Disponível em <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituin角度/audienciap.zip>. p. 100.

política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”⁸⁴.

O Judiciário, então, busca traduzir os valores impregnados na Constituição, e, reaproximando Direito e Moral, abre aso à judicialização da política e das relações sociais. Ao fazê-lo, todavia, abre-se também a via inversa, com a *politização do Judiciário*, que passa a incorporar debates que seriam próprios da arena política, numa tentativa de *salvar os resultados*, olvidando que as regras do jogo parecem viciadas. O Judiciário acaba contaminando-se da própria irracionalidade que o neoconstitucionalismo buscava combater.

Nessa perspectiva, o neoconstitucionalismo não passa de um produto do desequilíbrio presente nas outras instâncias das funções estatais. Justificar a expansão da atividade jurisdicional no déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos não resolve o déficit de legitimidade⁸⁵, até porque, se os agentes políticos, eleitos democraticamente, não são mais dotados de legitimidade, nada há que autorize afirmar que tal legitimidade existe no Judiciário.

Ao invés eliminar as causas do problema – a disfunção institucional e o conflito intergovernamental -, esta postura expansiva do Poder Judiciário tem potencial para agravar o desequilíbrio estabelecido, na medida em que passa a colocar-se como senhor único da verdade e da razão. Neste sentido, Luís

⁸⁴ Conforme já referido anteriormente, trata-se de síntese formulada em SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Página 95-96.

⁸⁵BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79. Esse argumento é repetido por Luís Roberto Barroso em BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Página 22: “No Brasil, por igual, vive-se uma situação delicada, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo. Ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio revelou as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados. Em suma: a doutrina, que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o déficit democrático da representação política”

Roberto Barroso chega atribuir à Suprema Corte o papel de “vanguarda iluminista”. Em suas próprias palavras:

“Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra”⁸⁶

Nessa toada vanguardista, o Judiciário retira da arena política (e da disputa democrática), e avoca para si a responsabilidade para decidir questões de alta indagação moral ou que dizem íntima relação com a vida pública. Questões como pesquisa com células-tronco embrionária, interrupção da gestação de fetos anencefálicos, legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais, importação de pneus usados, proibição do uso de amianto, regras de financiamento de campanha, negociação de dívidas interfederativas, criminalização de uso de drogas, todas deixam o campo da política para ocupar os tribunais. Aparentemente, o Judiciário busca “corrigir” os resultados de um jogo cujas regras estão viciadas. Como consequência, diante da natureza dos debates, os tribunais passam a utilizar-se de linguagem própria da política e da moral, simplesmente porque a linguagem jurídica é inadequada para dar cabo da tarefa. Novamente, misturam-se papéis e funções que deveriam estar apartadas, agravando-se, ainda mais, o quadro de insegurança.

O Judiciário, ao invés de mediar e resolver, acaba fazendo parte do conflito intergovernamental, sendo, então, acometido da paralisia⁸⁷. Como resultado, chegamos ao ano em que a Constituição da República completa 30 anos e ainda não sabemos quando um indivíduo pode ser preso, porque o Judiciário ainda não decidiu como deve ser interpretada a norma prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Isso demonstra que descartar as instâncias políticas, porque padecem de “déficit de legitimidade”, e transferir os debates de moralidade política para a

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Página 27.

⁸⁷ Não é à toa que hoje são nossos juízes e ministros, e não apenas nossos agentes políticos, a estamparem capas de revistas e primeiras páginas de jornais.

instância judicial não resolve o problema, que é apenas realocado. É preciso, então, enfrentar o problema na origem: a organização dos Poderes do Estado deve dar-se de modo a prover equilíbrio e harmonia. De nada adianta litigar quanto aos resultados, por reputá-los ilegítimos, quando as próprias regras do jogo encontram-se viciadas. Nesta esteira, Jeremy Waldron lança um alerta certo:

So there are at least two tasks for political philosophy: (i) theorizing about justice (and rights and the common good etc.), and (ii) theorizing about politics. My general aim in this book is not to discredit or distract us from the first task. But I want to insist on the importance of the second sort of theorizing as a distinct agenda for political philosophy. I believe that philosophers of public affair should spend less time with theorists of justice, and more time in the company of theorists of authority and theorists of democracy, reflecting on the purposes for which, and the procedures by which, communities settle on a single set of institutions even in the face of disagreement about so much that we rightly regard as so important. We need, as I said, to see that as a *distinct* agenda, not one to be engaged in simply as an upshot, consequence, or way of pursuing the procedural implications of a particular substantive view.⁸⁸

Concluindo, se as instâncias de deliberação política padecem de déficit de legitimidade, porque são ineficientes, porque há desvios, porque não mais refletem o espírito majoritário, a proposta do discurso neoconstitucionalista, de transferir esses debates para a instância judicial, não trouxe bons resultados. A instância judicial possui códigos próprios e limitações estruturais de modo que lhe falta aptidão institucional (e também legitimidade democrática) para exercício do papel político.

⁸⁸ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford University Press, 1999. p. 3. Em tradução livre: Há duas tarefas para a filosofia política: (i) teorizar sobre justiça (sobre direitos, sobre o bem comum etc.), e (ii) teorizar sobre política. Meu objetivo geral com este livro não é desmerecer nem nos afastar da primeira tarefa. O que eu quero é insistir na importância do segundo tipo de teorização como uma agenda distinta da filosofia política. Eu acredito que filósofos publicistas deveriam gastar menos tempo com teóricos da justiça, e mais tempo na companhia de teóricos da autoridade e da democracia, refletindo sobre os propósitos e procedimentos pelos quais sociedades unem-se em torno de instituições mesmo quando discordam sobre tantas coisas que todos nós consideramos muito importantes. Nós precisamos, como eu disse, ver isso como uma agenda *distinta*, não uma agenda para ser vista meramente como um resultado, ou consequência, ou implicação procedimental de determinada teoria substantiva.

O neoconstitucionalismo, enquanto teoria do direito, ao contrário do que propõe, não é uma resposta viável à crise de legitimidade de poder que perpassa do Estado brasileiro.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha como proposta estabelecer as exigências da democracia em face da teoria do Estado e da teoria do Direito.

O primeiro passo foi estabelecer as bases filosófico-morais para a democracia. Trata-se, afinal, de uma forma de explicar a constituição e a legitimidade do poder, e encontra nascedouro nos ideais de igualdade e liberdade, conforme exposto.

Desses ideais decorrem algumas premissas básicas para uma democracia devidamente estruturada: primeiramente, um ideal de democracia só faz sentido quando se acolhe o relativismo filosófico-moral (no sentido de oposição ao absolutismo filosófico-moral); a democracia só existe de fato quando são assegurados ao povo liberdade de opinião e de expressão (a fim de viabilizar participação efetiva e compreensão esclarecida); por fim, deve haver igualdade de voto (direito à igual participação) e possibilidade de controle da agenda.

A elaboração de um sistema democrático que consiga atingir plenamente todas essas metas ainda é um desafio não superado, a demandar pesquisa em diversos campos, como a sociologia do direito e a ciência política (afinal, é preciso analisar e reformar os modelos existentes, paulatinamente, até que se obtenham os resultados desejados). O foco deste trabalho é mais restrito, pois tinha por objeto a hipótese de que uma democracia exige, ainda, um modelo de organização dos poderes (um arranjo institucional) e uma teoria do direito compatíveis com a democracia.

Ao longo do capítulo 3, objetivou-se estabelecer as exigências da democracia frente à teoria do Estado. Com base, principalmente, nas lições de Cezar Saldanha, concluiu-se pela necessidade de um arranjo institucional que

recepção a distinção das funções de governo, Estado e administração, sob pena de institucionalizar-se um verdadeiro desarranjo intergovernamental.

No capítulo 4, descreveu-se o marco teórico-jurídico predominante no Brasil, que é o *neoconstitucionalismo*, questionando sua compatibilidade com os ideais democráticos. Constatou-se, pela análise da doutrina de um de seus maiores expoentes – o Min. Luis Barroso – que o paradigma neoconstitucionalista busca fundamento legitimador justamente na necessidade de superar um déficit de legitimidade que abala as instâncias de deliberação políticas. Seria, portanto, uma resposta à crise.

O exame dos argumentos em favor dessa tese, frente à realidade atual, evidencia que o próprio neoconstitucionalismo está em crise, porque não foi capaz de superar a crise de legitimidade das instâncias políticas. O efeito foi o oposto: como este paradigma pressupõe a importação do discurso político (discussões de ordem moral) para dentro do Poder Judiciário, acabou-se por trazer também a crise de legitimidade para dentro do discurso jurídico.

Concluiu-se, ao final do capítulo 4, que o neoconstitucionalismo não era uma resposta adequada à crise de legitimidade que assombra as instâncias políticas.

De tudo quanto foi exposto, às conclusões parciais acima aduzidas, somam-se duas outras afirmações, sujeitas a ulteriores exames.

A primeira é a de que a teoria do direito não é capaz “corrigir” o desarranjo institucional que paralisa as instâncias políticas. Sem um novo arranjo, que permita o funcionamento dessas instâncias de poder político, não será possível ver a democracia florescer. O neoconstitucionalismo fracassou, neste aspecto, pretendia corrigir um problema que não é um problema do Direito, mas um problema da política.

A segunda é que uma teoria do direito, para ser compatível com a premissa democrática do relativismo filosófico-moral, deve ser uma teoria que não pressuponha conteúdo moral na identificação do direito. Afinal, quando o direito se apropria de um discurso moral, a moral do Judiciário (do juiz, em cada caso) acaba prevalecendo sobre a moralidade política. Perde-se certeza. Prova disso é que um dos produtos do neoconstitucionalismo brasileiro é a

indefinição sobre as regras de cumprimento de pena, porque, 30 anos após a promulgação do texto constitucional, ainda não se sabe como interpretar na norma contida no art. 5º, LVII, da Constituição.

A ideia de que uma teoria do direito precisa reaproximar Direito e Moral só ganhou força porque as instâncias de deliberação política perderam totalmente o prestígio e a credibilidade, o que permite concluir que uma teoria assim não seria necessária se o arranjo institucional posto para organizar os poderes fosse efetivo para assegurar o funcionamento da democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. Há direitos acima dos orçamentos? [In] SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (org). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (ATAS DE COMISSÕES). **Anais da Assembleia Constituinte**: subcomissão do Poder Executivo – anexo 3b. Disponível em http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria**. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____, Luís Roberto. **A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria**. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 14ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 177.

_____, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 129, Aug. 2004. Disponível em

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 06/10/2017;

BRUM, Guilherme Valle. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

CHRISTIANO, Tom. "**Democracy**", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/democracy/>, acessado em 23/06/2017.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

FALCÃO, Joaquim. Este é o século do Judiciário. São Paulo: 2015. **Veja**, São Paulo, edição 2442, ano 48, n. 36, p. 15-19, 9 set 2015. ENTREVISTA concedida a Thiago Prado.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

LOCKE, John. *Second Treatise of Government*, 1690. Enhanced Media (ebook).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014

PINTO, Marcos Barbosa. **Constituição e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo Judicial e Estado de Direito**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Edição eletrônica. Editora Ridendo Castigat Mores.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: (uma nova visão dos poderes políticos)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford University Press, 1999.