PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**O DIREITO DO PARLAMENTAR À CORREÇÃO DO PROCESSO
LEGISLATIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: os impactos da visão do Tribunal sobre o Poder Legislativo na
construção do Estado de Direito e da Democracia no Brasil**

Leda Lúcia Soares

Belo Horizonte
2010

Leda Lúcia Soares

**O DIREITO DO PARLAMENTAR À CORREÇÃO DO PROCESSO
LEGISLATIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: os impactos da visão do Tribunal sobre o Poder Legislativo na
construção do Estado de Direito e da Democracia no Brasil**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Marinella Machado Araújo

**Belo Horizonte
2010**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S676d

Soares, Leda Lúcia

O direito do parlamentar à correção do processo legislativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: os impactos da visão do Tribunal sobre o Poder Legislativo na construção do Estado de Direito e da Democracia no Brasil / Leda Lúcia Soares. Belo Horizonte, 2010.
137f.

Orientadora: Marinella Machado Araújo

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Brasil [Constituição (1988)]. 2. Jurisdição (Direito constitucional). 3. Poder legislativo. 4. Democracia. 5. Cultura política - Brasil. I. Araújo, Marinella Machado. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.4

Leda Lúcia Soares

O direito do parlamentar à correção do processo legislativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Os impactos da visão do Tribunal sobre o Poder Legislativo na construção do Estado de Direito e da Democracia no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Professora Doutora Marinella Machado Araújo (Orientadora) – PUC Minas

Professora Doutora Wilba Lúcia Maia Bernardes (Avaliadora) – PUC Minas

Professora Doutora Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (Avaliadora) - UFMG

Belo Horizonte, 19 de março de 2010

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo apoio incondicional, pela liberdade de escolher meus caminhos, por acreditar em minhas escolhas.

Aos amigos, pela compreensão nas ausências.

À minha orientadora, Prof^a. Dr^a. Marinella Machado Araújo, pela dedicação e relevantes correções e direcionamentos; aos demais professores do Programa de Pós-Graduação da PUC Minas, pelos essenciais ensinamentos e agradável convivência.

Aos professores da Graduação em Direito da PUC Minas em Arcos. Em especial, à Prof^a. Luciana Costa, por despertar em mim o interesse e prazer pela pesquisa, minha professora (sempre) e amiga;

Aos colegas do Mestrado, em especial à Clarice e à Gabi;

À PUC Minas em Arcos, na pessoa do Prof. Marcelo Leite Metzker, à Coordenação e colegas do Curso de Direito, na pessoa do Prof. Anaximandro Lourenço, por acreditarem em meu trabalho;

Aos meus alunos, pelo desafio de sua confiança.

A verdade

De Carlos Drummond de Andrade

*A porta da verdade estava aberta,
Mas só deixava passar meia pessoa de cada vez.
Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil
de meia verdade.
E sua segunda metade voltava igualmente com meio
perfil.
E os meios perfis não coincidiam.
Arrebentaram a porta.
Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso onde a verdade
esplendia seus fogos.
Era dividida em metades diferentes uma da outra
Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar.
Cada um optou conforme seu capricho,
sua ilusão,
sua miopia.*

RESUMO

A pesquisa investigou os impactos na compreensão da democracia constitucional brasileira, em especial do papel do poder legislativo em seu âmbito, das decisões do STF que apresentam o direito individual do parlamentar à correção do processo legislativo como fundamento para admitir ações de mandado de segurança que provocam controle de constitucionalidade do processo legislativo. O STF expressa, por esse argumento, uma visão acerca da situação jurídica conferida ao representante por seus eleitores, o que afeta a compreensão das normas que definem o papel do Poder Legislativo na construção da democracia a partir de seu desenho constitucional. As decisões do STF são determinantes na concretização das normas constitucionais, reconhecido o caráter (re)construtivo da atuação da jurisdição constitucional. As decisões judiciais não resultam de um simples processo silogístico de aplicação do texto, a concretização do direito compõe as normas mediante um processo complexo de atribuição de sentido conformado pelo caso concreto, seu contexto e suas necessidades. A mudança paradigmática, representada pela Constituição da República de 1988, exige uma releitura acerca do exercício do poder político, expressando concepções adequadas ao paradigma de Estado Democrático de Direito, coerentes com as implicações do princípio da soberania popular, a partir do qual todo o poder é exercido legitimamente por ser de titularidade do povo. Assim, a realização e correção da função de legislar, bem como de outras atribuições conferidas pelo mandato parlamentar, dizem respeito aos direitos políticos de todos, não refletindo, portanto, interesse/direito próprio, individual, do parlamentar. Partiu-se das seguintes hipóteses: 1) a manutenção, pelo STF, do direito individual do parlamentar à correção do processo legislativo como fundamento para verificá-la em ações de mandado de segurança, tendo em vista o impacto da prática jurídica e do trabalho de aplicação das normas (em especial, no âmbito da jurisdição constitucional) na definição do sentido e alcance da Constituição vigente, implica em perda de efetividade/normatividade da Constituição atual, que estabelece a soberania popular como fundamento de todo o poder no Estado Brasileiro; 2) a permanência desse fundamento implica em confirmar, no plano das decisões emitidas pelo STF, aspectos da cultura política brasileira que vão de encontro ao Estado de Direito e à democracia, rejeitados pelo processo que culminou na CRFB/1988, consistentes no patrimonialismo, personalismo e autoritarismo, todos resultantes dos processos de aquisição do poder político no Brasil, uma vez que entender a correção do processo legislativo como direito/interesse individual do parlamentar implica na afirmação da apropriação privada (e suas consequências) de espaço e função essencialmente públicos (o parlamento e a função de

legislar). Tomou-se como marco teórico: a proposta concretista de Friedrich Müller, que inclui a compreensão da norma jurídica, o papel da práxis jurídica e do intérprete na composição do sentido da norma e efetivação do direito; as constatações de Ronald Dworkin, no que se refere ao caráter construtivo do trabalho de aplicação do direito. Trata-se de pesquisa bibliográfica, incluindo revisão da literatura pertinente e análise de decisões judiciais. Parte-se também de abordagem histórica e interdisciplinar. As hipóteses levantadas foram confirmadas ao final da pesquisa.

Palavras-chave: Constituição da República de 1988, Jurisdição constitucional, Poder Legislativo, soberania popular, cultura política brasileira.

ABSTRACT

The research investigated the impacts in the understanding of the Brazilian constitutional democracy, in special the role of the Legislative Power in its scope, of the decisions of the Supreme Court (STF) that presents the individual right of the parliamentarian to correct during the legislative process as bedding to admit the action of the Security Mandate that provoke the constitutional control of the legislative process. The Supreme Court (STF) express, with this argument, a vision concerning the legal situation conferred to the representative by its voters, what affects the understanding of the rules that define the role of the Legislative Power in the construction of the democracy from its constitutional drawing. The decisions of the STF are determinative in the concretion of the constitutional rules, recognized the character (re)constructive of the performance of the constitutional jurisdiction. The sentences do not result of a simple logical process of the application of the law text, the concretion of the right is composed by the norms through a complex process of attribution of meaning conformed the concrete case, its context and its necessities. The paradigmatic change, represented by the Constitution of the Republic of 1988, demands a reinterpretation concerning the exercise of the political power, expressing adequate conceptions to the paradigm of the Democratic State of Right, coherent with the implications of the principle of the popular sovereignty, from which all the power is exerted legitimately by being of titularity of the people. Thus, the accomplishment and correction of the legislate function, as well as other attributions conferred by the parliamentary mandate, are related to the political rights of all, not reflecting, therefore, interest/proper right, individual, of the parliamentarian. It was studied from the following hypotheses: 1) the maintenance, by the STF, of the individual right of the parliamentarian to the correction of the legislative process as bedding to verify it in the action of the Security Mandate, analyzing the legal practice impact and the work of application of the rules (specially, in the scope of the constitutional jurisdiction) in the definition of the direction and the reach of the Constitution, implies the loss of effectiveness/normativeness of the current Constitution, that establishes the popular sovereignty as bedding of all the power in the Brazilian State; 2) the permanence of this bedding implies in confirming, in the plan of the decisions emitted by the STF, aspects of the Brazilian political culture that are compatible with the State of Right and the democracy, rejected by the process that culminated in the Constitution of 1988, consistent in the patrimonialism, personalism and authoritarianism, all resultants of the processes of acquisition of the political power in Brazil, since understanding the correction of the

legislative process as right/individual interest of the parliamentarian implies in the affirmation of the private appropriation (and its consequences) of essentially public space and function (the parliament and the function of legislating). The theoretical landmark was: the concretist proposal of Friedrich Müller, that includes the understanding of the rule of law, the paper of the legal praxis and of the interpreter in the composition of the meaning of the rule and effectiveness of the right; the conclusions of Ronald Dworkin, as for the constructive character of the work of application of the right. It is a bibliographical research, including revision of pertinent literature and analysis of sentences. It has been also done a historical boarding and interdisciplinary. The raised hypotheses had been confirmed at the end of the research.

Key-words: Republican Constitution of 1988, constitutional Jurisdiction, Legislative Power, popular sovereignty, political Brazilian culture.

LISTA DE SIGLAS / ABREVIATURAS

ADIN – Ação direta de inconstitucionalidade

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

HC – *Habeas Corpus*

IF – Intervenção Federal

MI – Mandado de Injunção

MS – Mandado de Segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

Coord. – Coordenador

Min. – Ministro

Org. – Organizador

Rel. – Relator

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 FUNDAMENTO, ORIGEM E PAPEL DO PODER LEGISLATIVO NOS ESTADOS DE DIREITO.....	19
2.1 O fundamento legitimador do exercício do poder político em Estados Democráticos: a soberania popular.....	19
2.2 A representação política no constitucionalismo: das Revoluções Liberais às democracias contemporâneas.....	26
2.3 Uma concepção adequada acerca da relação entre parlamentares e cidadãos: o mandato parlamentar à luz da soberania popular.....	33
2.4 As Funções do Poder Legislativo nos Estados de Direito: do questionamento das monarquias absolutistas às mudanças provocadas pela retomada das exigências democráticas	41
3 O CONSTITUCIONALISMO PÓS 2^a GUERRA MUNDIAL, A ASCENSÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E A MUDANÇA NA COMPREENSÃO DA NORMAS CONSTITUCIONAIS E DO PAPEL DO INTÉRPRETE DO DIREITO.....	59
3.1 As releituras do constitucionalismo após a 2 ^o Guerra Mundial e a ascensão dos Tribunais Constitucionais.....	59
3.2 A compreensão da norma e o processo de concretização na hermenêutica concretista.....	64
3.3. A construção e reconstrução do Direito na prática jurídica cotidiana.....	71
4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E SUA COMPREENSÃO ACERCA DO PODER LEGISLATIVO EXPRESSA NOS FUNDAMENTOS DE ADMISSÃO DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS.....	76
4.1 A posição do Supremo Tribunal Federal na história constitucional brasileira anterior à Constituição da República de 88.....	76
4.2 O Supremo Tribunal Federal na Constituição da República de 1988.....	82
4.3 Implicações decorrentes do atual papel constitucional do STF.....	87
4.4 O controle jurisdicional do processo legislativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e seu fundamento de admissibilidade.....	92
4.4.1 <i>O marco inicial da jurisprudência analisada: o Mandado de Segurança 20.257/1980.....</i>	<i>95</i>
4.4.2 <i>A Jurisprudência após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....</i>	<i>97</i>
5 OS IMPACTOS DO FUNDAMENTO DE ADMISSIBILIDADE DAS AÇÕES NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: CONSEQUÊNCIAS NA NORMATIVIDADE DA CRFB/1988 E NA DEFINIÇÃO DO PAPEL CONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO	104
5.1 Conseqüências sobre a normatividade da Constituição de 1988 da manutenção direito subjetivo do parlamentar ao processo legislativo como pressuposto de admissibilidade das ações estudadas.....	104

5.2 Impactos das decisões estudadas na definição do papel constitucional do Poder Legislativo.....	109
6 CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS.....	125

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo investigar os impactos das decisões do STF que apresentam o direito individual do parlamentar à correção do processo legislativo – como fundamento de admissibilidade das ações de mandado de segurança que tem por objeto o controle de constitucionalidade do processo legislativo – na Democracia Constitucional Brasileira, em especial na compreensão do Poder Legislativo.

A definição do problema a ser estudado não inclui o questionamento acerca da correção da decisão do STF em entender-se legitimado a realizar controle da correção do processo legislativo durante seu curso no âmbito do Congresso Nacional; bem como não pretende responder à indagação acerca da correção em considerar como legitimados para provocar este controle apenas os representantes eleitos para o Poder Legislativo. O objeto do trabalho centra-se no questionamento acerca da adequação em se compreender como pressuposto de admissibilidade das ações o direito/interesse individual do parlamentar à correção do processo legislativo frente à Constituição da República de 1988.

O Supremo Tribunal Federal - STF, na atual ordem constitucional, possui função basilar na concretização das normas constitucionais, principalmente por ser legitimado a exercer controle sobre a atuação dos demais poderes em favor da preservação da supremacia da Constituição. Ao exercer esse controle sobre o Poder Legislativo, o STF expressa uma visão acerca da situação jurídica conferida ao representante por seus eleitores: o mandato parlamentar. Assim, a partir das decisões proferidas nas ações que têm por objeto o controle jurisdicional do processo legislativo, é possível identificar a concepção de mandato parlamentar vigente no STF. Trata-se da definição de situação jurídico-política decorrente da função pública de representação, expressando uma visão qualificada (por vir de um Tribunal Constitucional) quanto à relação entre povo e parlamentares.

A visão apresentada pelo STF nas decisões analisadas constitui uma posição acerca do papel do Poder Legislativo na democracia constitucional brasileira e sua correlata legitimidade como concretizador da Constituição. Sua visão sobre o mandato parlamentar gera conseqüências nas normas que definem o reconhecimento e preservação da legitimidade do Poder Legislativo como órgão essencial à democracia, participante da práxis constitucional.

Assim, trata-se de dois órgãos participantes da prática constitucional, um por meio da atividade jurisdicional, outro por meio da atividade legislativa e de deliberação política. As

atuações desses atores constitucionais se intercalam na situação analisada, as visões expressas criam, autorizam ou cristalizam práticas ou visões acerca de ponto essencial na democracia brasileira.

A mudança paradigmática efetuada pelo advento da Constituição da República de 1988 exige uma releitura no que diz respeito ao exercício do poder político, de modo a expressar concepções adequadas ao paradigma de Estado adotado. A inobservância dos pressupostos resultantes da adoção do Estado Democrático de Direito reflete uma desconsideração das disposições constitucionais, o que implica em perda de força normativa da própria Constituição, principalmente quando se trata da atuação dos principais responsáveis por sua concretização. O Supremo Tribunal Federal – como intérprete qualificado da Constituição em razão de suas atribuições similares às de um tribunal constitucional – possui função basilar na concretização de suas normas, principalmente por ser legitimado a exercer controle sobre a atuação dos demais poderes. Seu papel no atual Constitucionalismo Brasileiro, assumido, em especial na última década, reforça o que já é inevitável no processo de aplicação de normas jurídicas: as decisões emitidas e seus respectivos fundamentos não constituem meras resultantes de um processo silogístico de aplicação de um texto já existente; o trabalho dos operadores do Direito compõe o sentido das normas mediante um processo complexo de concretização composto não só pelo texto normativo, mas por um horizonte de possibilidades definidas pelo caso concreto, seu contexto e suas necessidades.

Partiu-se inicialmente da hipótese de que a manutenção deste fundamento pelo Supremo Tribunal Federal – dado o papel deste tribunal a partir da Constituição da República de 1988 – implica em perda de efetividade da própria Constituição em face das normas que estabelecem a soberania popular como fundamento do Estado Brasileiro, tendo em vista o impacto da práxis jurídica e do trabalho de aplicação das normas na definição do sentido e alcance da Constituição vigente.

A realização da pesquisa levou à definição de uma segunda hipótese: a permanência do direito/interesse do parlamentar como fundamento para admitir ações de mandado de segurança que tenham por objeto a correção do processo legislativo implica em corroborar, por meio de decisões jurisdicionais, traços da cultura política brasileira que vão de encontro ao Estado de Direito e à Democracia, ambos em processo de construção permanente. Trata-se de características apontadas por cientistas políticos e sociólogos como resultantes da formação e dos processos de aquisição do poder político no Brasil. O patrimonialismo, personalismo e autoritarismo são os pontos centrais desses estudos no que se refere à relação entre os

cidadãos e o Estado.

Assim, redefiniu-se como hipótese que a concepção de mandato parlamentar vigente nas decisões analisadas – expressa pelo entendimento de que a correção do processo legislativo é direito/interesse individual do parlamentar – desvincula o exercício do mandato do titular da soberania popular, identificando-o com o interesse do parlamentar e desconsiderando o caráter público inerente às funções parlamentares, o que resulta, por um lado, em perda de efetividade das normas constitucionais afetas à democracia, em especial a que prevê a soberania popular como fundamento do exercício do poder político; por outro, na perda de legitimidade por parte do Poder Legislativo ao corroborar a imagem do Congresso Nacional como instituição pública apropriada pelos representantes eleitos e seus interesses próprios.

A pesquisa, partindo dos pressupostos do constitucionalismo contemporâneo decorrentes da releitura do positivismo jurídico e de suas conseqüências no que se refere à efetividade das Constituições, foi feita à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Incorpora a idéia de uma Constituição normativa e aberta ao tempo, que consagra princípios e regras a serem necessariamente observados, mas considera a relevância da práxis constitucional para que esses dispositivos adquiram força normativa e haja correspondência entre o texto da Constituição e a realidade por ela conformada.

Tomou-se como marco teórico as formulações da proposta concretista de autoria de Friedrich Müller referente à compreensão da norma jurídica, do papel do trabalho de compreensão e concretização do Direito, da atuação do intérprete na composição do sentido da norma e atribuição de sentido e efetividade, em especial, às Constituições contemporâneas.

O trabalho embasou-se ainda nas constatações de Ronald Dworkin no que se refere ao caráter construtivo do trabalho de aplicação do Direito, em especial à sua relevância na construção de sentidos que, atendendo às necessidades de casos concretos, atenha-se aos fundamentos centrais do direito da comunidade política, tornando, ao mesmo tempo, o ordenamento jurídico melhor para o futuro.

Reconhecida a situação de condicionamento recíproco entre teor escrito da prescrição normativa, realidade social e política e práxis constitucional na composição do sentido e na preservação da efetividade das normas constitucionais, a questão que a sucede é discutir as conseqüências geradas quando o fundamento de uma decisão emitida vai de encontro aos fundamentos estabelecido pela atual Constituição.

A Constituição da República de 1988 consiste em um projeto em permanente construção, composto de conquistas e retrocessos promovidos pela prática da sociedade que a

vive. Os seguintes pontos, porém, resultantes de um processo histórico próprio da sociedade brasileira, constituem suas bases essenciais de sustentação: o Estado de Direito, os Direitos Fundamentais e a Democracia no Brasil.

As decisões proferidas nas ações que têm por objeto o controle jurisdicional do processo legislativo permitem identificar a concepção de mandato parlamentar vigente no STF. Trata-se da definição de situação jurídico-política decorrente de uma função pública de representação, que deve necessariamente ser adequada ao paradigma constitucional adotado. Este, por sua vez, centra a legitimidade do regime político na titularidade do poder pelo povo não como um ícone abstrato, mas como povo real, uma sociedade heterogênea, diferenciada. A sociedade brasileira retrata o pluralismo em suas mais diversas faces, considerando-se as diferenças econômicas, sociais e culturais possíveis em um Estado de dimensões territoriais continentais. A construção normativa correta, democrática e legítima perante a Constituição é, nesse contexto, um desafio permanente que exige o equilíbrio de interesses, o respeito a direitos efetivamente iguais para sujeitos e situações diferenciadas e conflitantes. Assim, a exigência primordial de correção é o reconhecimento de que as instituições legislativas e suas funções, como espaço público e tarefas públicas por excelência, constituem espaços de realização dos direitos políticos de todos. A representação política não pode ser mecanismo de distorção desse pressuposto essencial, mas deve ser compreendida a partir dele.

O Poder Legislativo é instituição essencial nas democracias modernas, no contexto atual como espaço de autonomia na construção do direito, coincidindo sua dizimação com a ascensão de regimes e práticas autoritárias.

As instituições brasileiras foram redefinidas pela Constituição de 1988 a partir de pressupostos democráticos. Todavia, guardam características de uma cultura política que se expressa corriqueiramente como fortemente liberal, embora não democrática e elitista. Assim, demonstram características latentes de representação política a partir de uma visão eminentemente liberal, mas resistente a pressupostos básicos do liberalismo, tais como a igualdade e a forte distinção entre o plano das instituições públicas e os interesses privados imediatos das pessoas e/ou grupos que a elas ascendem.

Esta pesquisa justifica-se, portanto, pela necessidade de discutir cientificamente os contornos jurídico-constitucionais do papel do Poder Legislativo expresso nas decisões do STF, considerando o impacto de suas decisões na definição do sentido e na efetividade das normas da Constituição atual, o que exige análise criteriosa de seus fundamentos frente às exigências mínimas expressas para o exercício do poder político, seus pressupostos legitimadores.

A relevância do estudo se mostra ainda em face das práticas institucionais e manifestações sociais de descrença e até mesmo repúdio à atuação do Poder Legislativo, desprendendo-se as análises e críticas acerca das Casas Legislativas de seu fundamento primordial de existência: a liberdade política necessária à existência e preservação da Democracia e dos Estados de Direito. Isso se apresenta com maior gravidade se considerada a história política, institucional e constitucional brasileira anterior a 1988, marcada por sucessivos golpes e pela instauração de regimes autoritários, centrados na exacerbação dos poderes do(s) chefe(s) do Executivo, priorizando como medida inicial de afirmação o cerceamento ou erradicação das organizações legislativas.

O quadro político e institucional atual oferece o risco de que as instituições legislativas sejam apresentadas como desnecessárias ou perniciosas na Democracia Brasileira, colocando suas mazelas como justificativa para cerceamento de sua independência e restrição de seus papéis. Trata-se de momento em que o Poder Legislativo possui baixa representatividade perante a sociedade brasileira. Assim, é preciso que se vislumbre a prática jurisdicional direcionada ao Poder Legislativo de maneira suficientemente criteriosa e crítica para evitar que iniciativas e visões contrárias à Constituição sejam chanceladas pela atuação da jurisdição constitucional.

Sob essa perspectiva, esse estudo faz-se necessário e possível, uma vez que estas ações persistem no STF com características semelhantes, desde 1980 até o momento atual: se iniciaram em momento anterior à Constituição da República de 1988, passando pelo período que a antecedeu, pelo momento de sua promulgação e pela consolidação de suas disposições. Isso permite verificar se a adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito pela Constituição refletiu-se na definição dos fundamentos de admissibilidade dessas ações.

Para verificação das hipóteses levantadas, foi utilizada pesquisa bibliográfica, incluindo revisão da literatura pertinente e análise de decisões do Supremo Tribunal Federal. Adotou-se um viés interdisciplinar ao estudar o problema da ótica da ciência jurídica, mas analisando também abordagens das ciências sociais afins (em especial da ciência política e da sociologia). A abordagem inter e transdisciplinar funda-se, primordialmente, na necessidade de resgate do Direito como ciência social, na medida em que essa condição é essencial para a compreensão e satisfação das exigências de efetividade do Direito, as quais demandam também o estabelecimento de diálogo com as demais ciências sociais que o auxiliem na compreensão dos contextos e relações que pretende conformar corretamente.

A identificação de que o quadro constitucional atual é resultante e ao mesmo tempo conformador de um projeto de construção do Estado de Direito e da Democracia no Brasil, e

que este projeto remonta às raízes da sociedade brasileira (as quais compõem a identidade constitucional de seu povo) tornou necessária uma abordagem histórica para demonstração das variáveis do problema, formulação e verificação das hipóteses.

A escolha das decisões que compõem a amostra se deu pelos seguintes critérios: a época da decisão, a referência ao direito subjetivo ou individual do parlamentar nos fundamentos de admissibilidade e a inovação na fundamentação. De acordo com esses critérios foram selecionadas três decisões principais: o caso inicial, cuja decisão foi proferida em 1980; uma decisão proferida em 1996, que inovou por discutir o direito ao devido processo legislativo; e uma última decisão, mais recente, proferida em 2004, a qual expressa a situação atual do entendimento do tema pelo Tribunal. No desenvolvimento do trabalho foram utilizadas também outras decisões que compõem a mesma jurisprudência e cujos fundamentos foram necessários para melhor caracterizar os julgados e confirmar o entendimento expresso nas três decisões escolhidas como paradigmáticas. Constituiu-se uma amostra pequena porque as decisões proferidas, apesar de serem muitas, apresentam objeto e fundamentação semelhantes, repetindo-se muito as características dos julgados.

As decisões coletadas foram analisadas integralmente, incluindo-se os votos que prevaleceram e os votos vencidos. Os votos foram lidos e seus fundamentos de admissibilidade foram analisados à luz do referencial teórico adotado.

O desenvolvimento do trabalho exigiu, inicialmente, a análise do papel do Poder Legislativo nas democracias modernas até o contexto atual, demonstrando as releituras no contorno de suas funções de acordo com as mudanças sofridas pelo constitucionalismo. Nessa análise foi caracterizada a conformação atual do Poder Legislativo Federal no Brasil frente ao Executivo e ao Judiciário, centrando-se, quanto ao último, no papel adquirido pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, retratou-se os impactos da redefinição do Constitucionalismo após a 2ª Guerra Mundial que resultou no questionamento das bases essenciais do positivismo jurídico, na compreensão das normas jurídicas, na definição de uma nova visão acerca das Constituições, na exigência de supremacia e efetividade das normas constitucionais e ascensão dos tribunais constitucionais. A partir das propostas de Friedrich Müller e Ronald Dworkin, foi feito um desenho dos seguintes pontos essenciais do constitucionalismo contemporâneo: compreensão da relação entre Constituição e o contexto de sua existência; exigências de efetividade e adequação das normas constitucionais; redefinição do processo de aplicação das normas; papel do trabalho do intérprete na construção do ordenamento jurídico.

O próximo passo foi apresentar o processo histórico percorrido pelo Supremo Tribunal

Federal, demonstrando como alcançou seu papel atual no Constitucionalismo Brasileiro, em especial a partir da Constituição de 1988, tendo em vista sua conduta na última década que o levou a um espaço similar ao de Tribunal Constitucional, embora não o seja no sentido de uma definição técnica.

Apresentou-se, então, as características centrais das decisões proferidas pelo STF em ações de mandado de segurança impetrados por parlamentares e que tem por objeto a provocação de controle de constitucionalidade no curso do processo legislativo. Em razão do objeto do presente trabalho, o foco central foi demonstrar e analisar o significado da decisão do Tribunal no que se refere a entender como pressuposto de admissibilidade das ações o direito/interesse individual/subjetivo do parlamentar ao processo legislativo constitucional.

Por fim, foi feita a verificação das hipóteses analisando os efeitos das decisões em dois aspectos: normatividade/efetividade da Constituição de 1988 e compreensão e papel do Poder Legislativo na atual Democracia Constitucional Brasileira.

2 FUNDAMENTO, ORIGEM E PAPEL DO PODER LEGISLATIVO NOS ESTADOS DE DIREITO

2.1 O fundamento legitimador do exercício do poder político em Estados Democráticos: a soberania popular

O processo de secularização do poder político provoca o surgimento da idéia de soberania propriamente política para solucionar um duplo problema fundacional: a questão da fundação do Estado como forma moderna de organização da política e, simultaneamente, a questão da fundação do Direito como aparato jurídico-coercitivo do Estado (NEUENSCHWANDER, 1998).

O conceito de soberania tem origem na França - onde se afirmava que o caráter distintivo do Estado é ser soberano - e formou-se a partir da luta travada pelos reis franceses contra os barões feudais com a finalidade de imporem sua autoridade (o que poder-se-ia chamar de soberania interna) e se emanciparem da tutela do Santo império Romano I e do Papado (o que poder-se-ia chamar de soberania externa). Os primeiros reis da França não eram militarmente os mais fortes. Conseqüentemente, não eram também os mais acatados. Deve-se lembrar que na Idade Média não existia a idéia de Estado, de nação e de pátria presente entre os gregos e romanos, desaparecendo com as invasões bárbaras. Aos poucos os barões, soberanos em seus feudos, perderam essa condição para o rei; logo depois os reis, que só deviam obediência a Deus, subtraíram de um só golpe a autoridade dos papas e a intervenção do povo, tornando o poder real absoluto (AZAMBUJA, 2000).

As teorias teocráticas, que justificaram a soberania como atributo do monarca, possuem como ponto comum a base divina que emprestam ao poder político. As teorias teocráticas da soberania podem ser divididas em doutrina da natureza divina dos reis, doutrina da investidura divina e doutrina da investidura providencial (BONAVIDES, 2000).

(...) teorias teocráticas, que tiveram predominância no fim da Idade Média, quando já se renunciava a clara conceituação de soberania, bem como no período absolutista do Estado Moderno. Seu ponto de partida é o princípio cristão expressado por São Paulo, *omnis potestas a Deo*, ou seja, todo poder vem de Deus. Essas teorias apresentavam-se como de direito divino sobrenatural quando afirmavam que o próprio Deus concedera ao príncipe, e de direito divino providencial quando sustentavam que a soberania vem de Deus, como todas as coisas terrenas, mas que, diretamente, ela vem do povo, razão pela qual apresenta

imperfeições. Mas, em ambos os casos, o titular da soberania acaba sendo a pessoa do monarca (DALLARI, 2005, p. 82).

As teorias da soberania que atribuem ao povo ou à nação o poder político opuseram-se às teorias teocráticas de justificação da titularidade do poder (MAGALHÃES, 2000, p. 377).

Os princípios que assentam no povo a fonte incontroversa de todo o poder político haviam germinado na obra de teólogos católicos medievais, na teoria contratual de Hobbes e na doutrina dos reformadores protestantes do séc. XVII, logo seguidos pelos juristas da Escola do Direito Natural e do Direito das Gentes, por Jean-Jacques Rousseau, bem como pelos enciclopedistas e pelos constituintes franceses da Revolução, em cujas reflexões e máximas de comportamento e organização política da sociedade amadurecem doutrinas capitais e de todo distintas em seus efeitos: a doutrina da soberania popular e a doutrina da soberania nacional (BONAVIDES, 2000, p. 128).

Hobbes (1988) desenvolveu uma teoria da soberania para fazer derivar da vontade popular, na sua teoria do contrato social, a justificação do poder monárquico.

Rousseau (1965) e seus seguidores consideravam que a soberania popular é a soma das distintas frações de soberania, que pertencem como atributo a cada indivíduo, o qual, membro da comunidade estatal e de parcela do poder soberano fragmentado, participa ativamente na escolha dos representantes.

A concepção de soberania popular, na linha de Rousseau, teve muita influência no desdobramento ulterior das idéias democráticas, nomeadamente no que diz respeito à progressiva universalização do sufrágio, considerando a importância atribuída a este como pressuposto do regime democrático nas lutas constitucionais dos dois últimos séculos (BONAVIDES, 2000).

As Revoluções Liberais e o movimento constitucionalista tornaram decisiva a questão da titularidade do poder político.

O movimento constitucional desencadeou no plano doutrinário e político, uma acesa discussão quanto a dois problemas fundamentais intimamente relacionados: o problema da soberania e o problema da legitimidade e da legitimação. Trata-se de saber, por um lado, quem detém e exerce o poder soberano; trata-se, por outro lado, de obter a justificação da titularidade e exercício desse poder. A soberania deve ter um título de legitimação a ser exercido em termos materialmente legítimos (legitimidade); a legitimidade e a legitimação fundamentam a soberania (CANOTILHO, 1999, p. 108).

A utilização do termo “povo” como titular da soberania sofreu resistência no curso da Revolução Francesa em razão do perigo de se atribuir o poder à população em geral, rejeitando a posição rousseauiana que conduziria à possibilidade de exercício do poder político pelo elemento popular. As forças que deram maior impulso à Revolução Francesa o

fizeram em nome da burguesia, embora arvorassem a bandeira de um poder que pretendia adquirir legitimidade utilizando-se do povo (BONAVIDES, 2000, p. 131).

Cumpria dar ao problema da soberania solução jurídica, política e social, concebida em termos de participação limitada da vontade popular, que evitasse, de uma parte, a continuação do regime monárquico autocrático e de outra parte coibisse os excessos em que se despenharia a autoridade popular, caso lhe fosse conferido o pleno exercício do poder (BONAVIDES, 2000, p. 131).

Os Revolucionários fundaram e fizeram prevalecer na Assembléia Constituinte a doutrina da soberania nacional, o que se expressou na Constituição de 1791 pelos seguintes dizeres: “A soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Pertence à Nação; nenhuma seção do povo, nenhum indivíduo pode atribuir-lhe o exercício” (Art. 1º do Título III) (BONAVIDES, 2000, p. 131-132).

Quando os ideais liberais-democráticos conseguiram afirmar-se, o problema da soberania dinástica foi logo posto em causa. Não valia argumentar com o elemento tradicionalista para dizer que a soberania do rei foi legitimada pelo velho bom direito; não era pertinente adotar o carisma de chefe ou de rei numa altura em que ele estava próximo do cadafalso ou se tinha desprestigiado perante a Nação; argumentos racionais a favor da legitimidade dinástica acabavam na exaltação do absolutismo ou identificavam-se com o discurso tradicionalista. Perante isto os revolucionários tiveram uma só resposta: só a Nação é soberana, só os poderes derivados da nação são legítimos (CANOTILHO, 1999, p. 108).

A idéia de soberania como atributo de cada indivíduo é substituída pela concepção de uma pessoa privilegiadamente soberana. Povo e Nação formariam assim uma entidade, compreendida organicamente como um ser novo e abstratamente personificado, dotado de vontade própria e superior às vontades dos indivíduos que o compõem. A Nação exerce a soberania que lhe pertence através de seus representantes.

A doutrina da soberania popular implica que a faculdade de participação política se universalize, inclua todos como direito inerente à condição de indivíduo. Na idéia de soberania da Nação, a participação política se confere apenas àqueles que a Nação entender capazes de escolher os governantes (BONAVIDES, 2000).

A vontade da Nação, como um ser sem existência concreta, acaba por ser a vontade daqueles que mais força possuem para exercer o poder político, os quais acabam por decidir, legitimando-se na referência à Nação, quem pode participar do processo político, o que serviu aos interesses da burguesia na tomada do poder após a Revolução Francesa.

A ambigüidade do termo povo é afastada pelos revolucionários franceses, colocando no lugar do rei um dos mais notáveis ícones dos tempos modernos: a Nação, em cuja sombra

tem-se abrigado comodamente, desde então, os mais variados regimes antidemocráticos (COMPARATO, 1997, p. 10).

Os norte-americanos não adotaram a idéia de soberania como atributo da Nação e foram os primeiros a utilizar de forma conseqüente o conceito de povo como titular da soberania democrática nos tempos modernos (COMPARATO, 1997).

Thomas Jefferson, mesmo antes da declaração de independência, atribuía ao povo um papel preeminente na constitucionalização do país, propondo em seu projeto de Constituição para a Virgínia, em 1776, que essa lei suprema, após declarar caduca a realeza britânica, fosse promulgada “pela autoridade do povo”. O recurso à idéia de povo como titular da soberania é novamente utilizado quando a forma confederativa se torna inadequada para a organização política dos Estados americanos (COMPARATO, 1997), servindo para justificar a criação da federação norte-americana.

A Convenção de Filadélfia, por exemplo, traz a questão da soberania popular para a discussão, mas de forma indireta ao discutir sobre o Poder Legislativo.

Na sessão de 12 de junho de 1787, ao se deliberar sobre a legislatura na Câmara dos Representantes, Elbridge Gerry, representante do Massachussetts, declarou que “o povo da Nova Inglaterra jamais abrirá mão de eleições anuais. Ele está a par da passagem, feita na Inglaterra, das eleições trienais para setenais, mas consideraria uma inovação dessas, aqui, como o prelúdio de uma usurpação”. Em réplica, Madison observou que, se as opiniões do povo devessem servir como guia para os convencionais, haveria dificuldade em se saber qual o caminho a tomar (COMPARATO, 1997, p. 8).

Outro exemplo foi a afirmação de Charles Pinckney, ao discutir sobre a criação do Senado, em 25 de junho de 1787, de que “o povo dos Estados Unidos é, talvez, o mais singular de quanto conhecemos. No seio do povo há poucas diferenças de fortuna e, menos ainda de posição social (*rank*)” (PINCKNEY *apud* COMPARATO, 2004, p. 8).

A ausência de uma tradicional divisão de estamentos sociais bem como de fundos vínculos aristocráticos na sociedade norte-americana facilitava a aceitação do povo como titular da soberania. A persistência da escravidão legal em seu ordenamento jurídico não obstava teoricamente esse empreendimento político, pois a democracia ateniense apresentava-se como um modelo que todos respeitavam, no qual não apenas os escravos, mas também os metecos e as mulheres eram excluídos do rol dos cidadãos (COMPARATO, 1997).

A redefinição do titular do poder político, com o ressurgimento da idéia democrática, faz ressurgir a noção de povo com importância decisiva na Era Moderna, apesar de já ser utilizado na Antigüidade Clássica em matéria de teoria política e direito público

(COMPARATO, 1997), embora sem o caráter de universalidade que adquire nas democracias modernas.

A afirmação do princípio da soberania popular e a definição de seu significado decorreram em várias ocasiões do sentido ambíguo do termo “povo”.

Na teoria política e constitucional, povo não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata de designar, com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, no universo jurídico-político (COMPARATO, 1997, p. 7).

“O povo” foi utilizado como fonte de legitimação das mais diversas formas de manifestação do poder político, inclusive de práticas absolutamente contrárias aos interesses do povo como conjunto concreto de sujeitos situados (MÜLLER, 2000).

Exemplo desse caráter operacional do conceito de povo é a discussão referente aos escravos norte-americanos na Convenção de Filadélfia: em 11 de julho de 1787, quando se pretendia fixar o número de representantes de cada Estado na Câmara Federal, o critério adotado foi o da população de cada Estado, razão pela qual os sulistas quiseram que os escravos contassem como membros do “povo” representado, que servissem como massa de manobra política, além de instrumentos materiais de produção (COMPARATO, 1997).

Os sistemas de governo representativo, que foram progressivamente se implantando pelo Ocidente após as Revoluções Liberais, mesmo fundamentando o exercício do poder na soberania popular, traziam um conceito de povo que, para fins de exercício do poder político, incluía apenas aquela parcela de pessoas consideradas como os cidadãos, ou seja, o povo-cidadão, cuja capacidade política variava de acordo com o grau de riqueza e/ou de instrução, com o gênero ou cor. Essa situação sofreu alterações progressivas em razão da expansão do sufrágio mediante a inclusão de negros, mulheres e analfabetos, até que ele se tornasse universal, entendido como aquele em que a faculdade de participação não fica adstrita às condições de riqueza, instrução, nascimento, raça e sexo (BONAVIDES, 2000, p. 233).

Em outras palavras, a cidadania política é redefinida, não mais considerada como um atributo de uma parcela dominante, mas de todos os indivíduos que pertencem a determinado Estado.

O surgimento de novas propostas democráticas que pretendem superar o modelo representativo puro, e, em geral, pautam-se pela inclusão da sociedade de maneira mais direta nos processos decisórios, como um direito, promove um alargamento maior da idéia de

soberania popular. A soberania, além de ser um poder de titularidade do povo em geral, passa a ser também passível de ser exercida diretamente por seus titulares, na concepção de cidadania política do Estado Democrático de Direito.

A idéia de soberania popular, tal como na Constituição atual, atribui ao cidadão um poder que anteriormente pertencera aos monarcas absolutistas e, em nosso caso, aos ditadores oriundos das bases militares ou que com essas mantinham um estreito relacionamento (OLIVEIRA, 2002).

No Brasil¹, somente com o advento da Constituição de 1988 há verdadeira conformação jurídica do poder político e estabelecimento efetivo, no plano normativo, dos contornos de um Estado Democrático, do povo como fonte do poder legítimo. No contexto de um regime ditatorial, mesmo que se tenha uma previsão legal ou referência constante ao povo (e principalmente à Nação), não se verifica a existência de um poder com fundamento na soberania popular, e sim um poder absoluto conformado apenas pela vontade do ditador, sendo a Nação ou o povo apenas ícones, tal como delineado por Müller (2000) em sua obra *Quem é o povo*.

A Constituição da República de 1988 adota expressamente o princípio da soberania popular (Art. 1º, parágrafo único), o qual deve ser compreendido de acordo com o significado que adquire no contexto do Estado Democrático de Direito.

O termo “democracia” não deriva apenas etimologicamente de povo. Estados democráticos chamam-se governos do povo; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria governando (MÜLLER, 2000).

Canotilho (1999) afirma que o princípio da soberania popular traz sempre várias dimensões historicamente fundadas: implica que o domínio político não é pressuposto, ele carece de uma justificação quanto à sua origem, necessita legitimar-se (legitimação que deriva apenas do povo e não de qualquer outra ordem fora do povo real - ordem divina, natural, hereditária, democrática); o povo é ele mesmo titular da soberania, o que se apresenta sob um aspecto negativo, segundo o qual o poder do povo distingue-se de outras formas não populares (monarca, casta), e sob um aspecto positivo, que significa a necessidade de uma democracia efetiva, uma vez que o povo é o titular e o ponto de referência dessa legitimação; o povo, a vontade do povo e a formação política da vontade política do povo é real, eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios

¹ Não se fez em relação à soberania popular no Brasil uma abordagem histórica de todas as Constituições ou fases constitucionais, pois, em razão do caráter predominantemente semântico ou nominal das Constituições Brasileiras anteriores a 1988, torna-se dispensável de acordo com o recorte e embasamento teórico do trabalho.

da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural dos interesses e dotada proceduralmente de instrumentos que garantam a operacionalização desses princípios; a Constituição legitimada materialmente e formalmente fornece o plano de organização da democracia, determinando os pressupostos e procedimentos segundo os quais as decisões e manifestações de vontade do povo gozam de relevância jurídica e política.

Um regime político somente pode ser considerado democrático se fundado na soberania popular e objective o respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa (COMPARATO, 2004).

O princípio da soberania popular não pode ser visto apenas como fonte de legitimação do poder político: sua observância representa também a garantia, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa; implica no reconhecimento de que todo poder pertence ao povo e somente em seu interesse se justifica. Trata-se, ademais, de uma garantia dos cidadãos frente ao arbítrio, na medida em que o respeito integral aos direitos do homem é inalcançável quando o poder político supremo não pertence ao povo (COMPARATO, 2004).

A presença do princípio da soberania popular não indica apenas uma intenção, afinal trata-se de prescrição jurídica com plena qualidade de norma e os instrumentos de sua concretização devem ser delineados sem perder de vista seu significado em um Estado Democrático de Direito.

A democracia, porém, é o regime político no qual ninguém, nem mesmo o povo, titular da soberania, exerce um poder absoluto, sem controles. O poder soberano do povo só pode ser exercido legitimamente no quadro da Constituição (COMPARATO, 2004).

A caracterização do princípio da soberania popular, como um princípio jurídico que conforma o exercício do poder político, requer uma definição do que se entende por povo, uma vez que esse conceito pode evocar vários sentidos, nem sempre adequados ao esforço de se caracterizar o titular do poder político em uma democracia.

O esforço definitório nessa matéria, como mostra convincentemente o Professor Müller, é indispensável, se se quiser superar a condenável utilização atual desta palavra como *idolum mentis*, verdadeiro ícone ou imagem sagrada, que suscita veneração declamatória, mas nunca respeito prático e submissão política. Na América Latina, em particular, a invocação do povo exerce, atualmente, a mesma função hierática que representava, nos tempos coloniais, a invocação da figura do rei. “As ordenações de sua Majestade”, diziam sem ironia os chefes locais ibero-americanos, “acatam-se, mas não se cumprem”. Havia aí, talvez, a aplicação em matéria política do elegante *distinguo* teológico entre o conselho e o preceito, com o qual foram sistematicamente esvaziadas todas as exigências éticas do Evangelho. (COMPARATO, 1997, p. 7).

Nas sociedades em que reina o pluralismo e a existência do conflito e divisão já se

tenham tornado legítimas, não é mais possível que se conceba o povo como se tratasse de uma entidade unificada e homogênea dotada de uma única vontade geral (MOUFFE, 1994).

O reconhecimento de que a referência ao povo significa toda uma sociedade composta dos mais diversos grupos e interesses, muitas vezes conflitantes, implica dizer que o respeito ao princípio da soberania popular passa necessariamente pela possibilidade de sobrevivência de uma sociedade pluralista mediante o respeito aos direitos fundamentais, dentre eles o direito à participação política, e conformação do poder político, nos moldes em que a Constituição estabelece.

2.2 A representação política no constitucionalismo: das Revoluções Liberais às democracias contemporâneas

As revoluções liberais implantaram governos representativos pelo mundo a partir do último quartel do séc. XVIII, por influência em especial das idéias de Locke e Montesquieu.

Grande parte dos princípios da democracia moderna surgiu na Inglaterra do século XVII, com a abertura do poder político inglês à participação e ao controle social, por meio da hegemonia do Parlamento sobre o rei. O poder político começou a abrir canais à participação do corpo social, surgindo novos dispositivos institucionais que colocaram a questão democrática num horizonte histórico sem medida comum com a antiga democracia ateniense. A questão da democracia tornou-se inseparável das instituições representativas modernas, no sentido restrito de um corpo de delegados diretos da sociedade, cuja função é a de antepor-se e de controlar o titular do poder real, embora os mecanismos de participação e controle social do poder não tenham sido abertos irrestritamente a todos os cidadãos. Ao mesmo tempo, teve início a divisão interna do poder político, com a constituição de mecanismos de equilíbrio e controle recíproco entre os órgãos estatais. A democracia moderna é, assim, constitutivamente abstrata, compatível com a pretensa separação entre Estado e sociedade e fundada nesta construção teórica (TORRES *apud* BERCOVICI, 2005, p. 282)

As democracias modernas, as quais podem ser chamadas de democracias parlamentares em sua origem, caracterizaram-se, fundamentalmente, por partir do pressuposto que a vontade política se forma por meio de representantes, mas não do povo diretamente (AMARAL JÚNIOR, 2005).

Locke e Montesquieu são os grandes precursores teóricos da representação política com os matizes adquiridos nas experiências implantadas a partir das Revoluções Liberais.

Com a obra *O segundo tratado sobre o governo civil*, de 1668, Locke propõe a

consolidação do poder do Parlamento e a submissão do rei à sua vontade. Locke, contratualista, concebe a origem do Estado na superação de um estado de natureza, um estado anárquico que permitia o surgimento intermitente de conflitos e, fundamentalmente, impedia o homem de desfrutar de sua propriedade. Nessa transição, os direitos do indivíduo subsistem e a lei natural, segundo a qual ninguém deveria lesar ninguém, passa para o corpo político em favor dos indivíduos (LOCKE, 1994).

Para Locke (1994), o *pactum societatis* deveria formar-se pela configuração de um corpo político representado pelo Parlamento, o qual agiria em consonância com o princípio majoritário, de maneira a programar o governo de acordo com os interesses da sociedade. O autor concebeu a legitimidade do Estado (aparato burocrático-administrativo) e do Direito por meio da sociedade (mercado) e do processo eleitoral. A maioria das urnas programaria os interesses majoritários da sociedade, os quais deveriam ser perseguidos pelos governantes eleitos. Assim, o espaço do Estado é ocupado apenas pelos representantes eleitos em favor dos representados.

O princípio majoritário e o voto são, em Locke, mecanismos de defesa do direito fundamental de propriedade, o que permite compreender que somente os proprietários fossem dotados do direito de votar (KRIELE *apud* CRUZ, 2004). Essa característica explica o caráter censitário do voto utilizado no governo representativo: a seleção da minoria governante era feita também por uma minoria dentre o povo por meio do sufrágio censitário, o que excluía os mais pobres de qualquer participação política, graduando-se os demais quanto ao voto e à elegibilidade em razão de seu grau de riqueza.

O povo possuiria suficiente capacidade para escolher, mas não para governar. Um dos inconvenientes da democracia dos antigos era o fato do povo deliberar sobre os negócios públicos, capacidade que, para Montesquieu, ele não possui (ao contrário de seus representantes, plenamente capazes de decidir sobre a vida pública) (BERCOVICI, 2005, p. 283).

Esse traço das democracias modernas é profundamente influenciado por Montesquieu, mais especificamente os fundamentos do Estado Liberal:

Já que, num Estado livre, todo homem que supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, é necessário que o povo, no seu conjunto, possua o poder legislativo. Mas como isso é impossível nos grandes Estados, e sendo sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo, por intermédio de seus representantes, faça tudo o que não pode fazer por si mesmo (...) A grande vantagem dos representantes é que são capazes de discutir os negócios públicos. O povo não é, de modo algum, capaz disso, fato que constitui um dos graves inconvenientes da democracia (MONTESQUIEU, 1979, p. 120)

No âmbito do processo político, portanto, o Estado Liberal trabalhou com um conceito de cidadania seletiva, considerando cidadão o indivíduo do sexo masculino e dono de propriedades (HELD, 1987).

A concepção de representação, como mecanismo de escolha dos mais capazes para decidir pelo povo, pode ser identificada na observação acerca do sistema representativo, feita por alguns juristas brasileiros em tempos recentes:

O sistema representativo é o único que conduz à legitimidade dos governos, não obstante os grandes percalços que a sua instituição tem encontrado na organização, não só do eleitorado, de seu preparo e de sua capacidade, mas também dos processos de coleta de vontade popular e na escolha dos sistemas eleitorais que podem conduzir à interpretação segura e honesta da vontade do eleitorado. (...) Além do mais, o povo desconhece os problemas gerais, sabendo alguns, apenas a pequena parte que lhes toca segundo suas próprias atividades. Por isso não se pode atribuir às massas deveres de absorção de problemas que transcendem as fronteiras de suas possibilidades. Estrutura-se, pois, um sistema adequado de normas para permitir a escolha livre, dos melhores, de acordo com a vontade de cada um e segundo os anseios populares em geral, desde que a maioria traduza realmente a vontade popular, para tomar aquelas decisões (CINTRA, 1977, p.56).

A representação popular traduz a idéia de ação de quem não é titular do direito; e pela expressão popular, a idéia do sujeito, ou melhor, dos sujeitos representados, pressupondo, então, ser este o titular do direito (SOARES, 1997).

A mudança do enfoque sobre a liberdade exige que o governo não seja arbitrário, pois seus limites são impostos através das liberdades individuais dos cidadãos (o que não ocorria com os antigos). A liberdade política é usufruída apenas como forma de garantir a liberdade individual. A cidadania se torna esporádica, através de eleições periódicas, e se abstrai (BERCOVICI, 2005).

O Poder Legislativo se torna o *locus* essencial da expressão da vontade política de todos por intermédio dos membros mais capazes da sociedade.

O direito privado é visto como o espaço de verdades absolutas, o direito público, ainda que variando em seus detalhes de acordo com o país, é visto como mera convenção da sociedade política da qual deveria participar apenas a melhor sociedade, estabelecida de acordo com o critério da renda. A sociedade civil, nesse contexto, encontra-se, portanto, separada de forma rígida da sociedade política, cabendo a esta última identificar e guardar os interesses gerais de seus membros, daquela parcela cultural e economicamente privilegiada (CARVALHO NETTO, 1999).

A soberania tornada abstrata pelos modernos gera o traço fundamental da política moderna, a abstração do Estado: isto é, a separação, autonomização e especialização de um

centro de poder em relação ao corpo de cidadãos. O Estado moderno surge nesse processo combinado de fundação da soberania, despatrimonialização e despersonalização do poder, dando origem ao domínio público. O Estado, como instância abstrata, representa, incorpora e une a multiplicidade diversa e contraditória do todo social. O Estado abstrato é o lugar onde a comunidade real encontra unidade e identidade. Dessa abstração nasce o sistema representativo. A representação política é instituída como forma de compensar a distância agora existente, sem deixar de ser controlável, entre o Estado (instância autonomizada da sociedade) e os indivíduos (que retornam sobre essa projeção) para lhe dar forma (BRUM *apud* BERCOVICI, 2005).

A legitimidade do direito produzido é aferida pelo simples cumprimento do procedimento formal de elaboração das leis (DEL NEGRI, 2005), por aqueles legitimados como mais aptos para participar da sociedade política, encarnados na figura do legislador.

O sistema representativo, inicialmente implantado com a finalidade de instituir um governo aristocrático, sofreu modificações, principalmente a partir do fim do século XIX, com o gradual abandono do sufrágio censitário em favor do sufrágio universal, primeiramente estendendo a possibilidade de votar e se eleger a todos os homens e posteriormente também às mulheres. Com o sufrágio universal, os representantes passam a ser eleitos por todos, o que confere um caráter democrático à representação política, passando o sistema a ser chamado democracia representativa.

Após a luta pelo sufrágio universal ser vitoriosa em vários países, liderada pelos movimentos trabalhistas e socialistas, a inclusão das massas trabalhadoras no sistema político será um dos elementos cruciais para a consolidação do constitucionalismo do século XX. (BERCOVICI, 2005).

A democracia representativa funda-se na idéia de soberania popular, mas ela não é exercida pessoalmente por cada cidadão. A eleição é o modo pelo qual o povo participa da formação dos atos de governo e do processo político, garantindo-se apenas a participação indireta, delimitada por instituições políticas como voto, sistema eleitoral, mandato representativo. A legitimidade das ações realizadas pelos governantes está calcada no fato de estes terem sido devidamente eleitos, apostando-se a idéia de legitimidade no procedimento eleitoral periodicamente realizado.

Os Estados constitucionais passaram por rupturas e mudanças profundas, mas a representação política e os instrumentos que lhe são próprios permanecem. Em certa medida, eles se fortalecem a partir da relevância assumida pelos regimes democráticos após as experiências dos Estados totalitários na Europa e dos regimes ditatoriais na América Latina.

O modelo de democracia representativa clássico, porém, está passando por uma crise e não mais atende às necessidades da sociedade atual (HELD, 1987).

A diferença entre o Estado em cujo contexto surgiu a democracia representativa, o Estado Liberal, e o contexto em que ela ainda está vigente é relevante para se determinar as causas dessa crise. Campilongo (1988) aponta três diferenças relevantes entre o contexto atual e o contexto de surgimento da democracia representativa: o primeiro aspecto é o das relações entre Estado e sociedade, o segundo aspecto é o das relações entre Estado e economia e o terceiro a expansão da cidadania política.

A perspectiva do liberalismo clássico no século XIX estabelecia uma nítida separação entre o Estado e a sociedade civil; no século XX², essa linha divisória não é mais tão nítida. Atualmente a representação política não pode ser encarada como órgão da sociedade perante o Estado, nem como exclusiva titular da função de produção de normas jurídicas, nem como instituição indiferente aos problemas da ordem econômica (CAMPILONGO, 1988).

A falta de clareza na separação entre Estado e sociedade civil coloca o padrão liberal de análise da representação política (e de certa forma, também o padrão marxista, com sua separação semelhante entre base econômica e superestrutura política) frente a obstáculos epistemológicos de difícil transposição. Torna-se necessário admitir função representativa para instituições colocadas fora do Estado, identificar a íntima relação existente entre a vida econômica e as regras jurídicas aprovadas nas casas de representação e admitir que o direito e a política não se reduzem à ação estatal (CAMPILONGO, 1988).

O segundo ponto, a relação entre Estado e economia, é assim explicado: na visão do *laissez faire*, concepção predominante no modelo liberal de Estado, a atividade econômica era reservada aos particulares, as regras da economia eram ditadas pelo mercado. Não obstante as contradições inerentes ao princípio do *laissez faire* – que conviveu com uma série de instituições estatais que facilitavam a iniciativa privada -, prevaleceu a concepção de um Estado equidistante dos problemas econômicos, o que gerou, especificamente no âmbito da representação política, a noção de que é vedado às decisões tomadas mediante a regra da maioria a interferência na propriedade privada. Significa, em suma, que política e economia, assim como Estado e sociedade, estão dissociadas. Que a avaliação das funções desempenhadas pelos dispositivos de representação torna-se impraticável (CAMPILONGO, 1988).

² Ressalta-se que o autor faz esta afirmativa no final da década de 1980, mas ela continua válida e torna-se ainda mais evidente no início do século XXI, o que pode ser comprovado neste trabalho onde se caracteriza a sociedade no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Em um sistema onde convivem as iniciativas estatal e privada, onde o Estado e a sociedade assumem progressivamente papéis intercambiáveis e a regulamentação da distribuição e aplicação dos recursos econômicos desempenha função de equilíbrio econômico e social, torna-se impensável separar as teorias do Estado e as teorias econômicas (CAMPILONGO, 1988).

Campilongo (1988) aponta que a expansão da cidadania política demonstra a seguinte mudança: enquanto no século XIX ainda persistiam grandes limitações formais de acesso ao jogo político, no século XX praticamente todos os cidadãos maiores – independentemente de critérios censitários, sexuais ou culturais – participam do processo eleitoral. Pode-se dizer, portanto, que é a transformação dos sistemas representativos de governo em democracias representativas que tornou o instituto da representação popular mais complexo.

Os elementos identificados acima podem ser definidos como resultantes do fato de que a representação política, instituída no contexto do Estado Liberal, continua a ser utilizada no contexto de um Estado Democrático de Direito.

As críticas ao modelo representativo são várias, dentre as quais se pode destacar os pontos que seguem: a democracia representativa reduz a política a uma competição por votos, o que gera o desprezo pelos cidadãos e a manipulação da vontade dos eleitores, tidos como instrumentos de busca pelo poder (LUCHMANN, 2002). Isso geraria uma ausência de compromisso entre representantes e representados, tornando as instituições representativas ineficientes na captação e realização da vontade popular.

A representação política é uma instituição deficiente para exprimir com fidelidade, a vontade popular e a realização dos interesses populares na multiplicidade de suas manifestações, o que se expressa pela insatisfação popular com a representação tradicional e pela consolidação de vários institutos de democracia direta, nas sociedades contemporâneas, como corretivos à democracia representativa (BENEVIDES, 1990).

A representação política no Brasil padece, ainda, de vícios decorrentes de uma tradição oligárquica que acaba por gerar uma extrema privatização da política, defeitos inerentes à legislação (como a subrepresentação de Estados mais populosos e desenvolvidos). Com isso, tornam-se mais radicais as críticas que apontam o que se convencionou chamar de verdadeiro “estelionato político”, decorrente da perversão da representação (BENEVIDES, 1990).

O Estado Brasileiro padece ainda das complexidades geradas para a representação política advinda da diversidade econômica, política, social e cultural, exacerbadas pela dimensão continental do território. Acrescem ainda os desafios e circunstâncias resultantes da

adoção da federação como forma de organização política sobre o território brasileiro.³

As propostas resultantes dessas críticas à representação congregam os que consideram suficiente aperfeiçoar o sistema de representação tradicional e aqueles que procuram superá-lo em alguns pontos, admitindo-se a impossibilidade de sua extinção, propondo mecanismos de correção (BENEVIDES, 1990).

A representação política, não obstante os movimentos por participação direta dos cidadãos nos processos de decisão, ainda é o principal meio de ligação entre o povo e a formação das decisões políticas, e é por esse motivo que seus institutos necessitam ser revistos, uma vez que existem juridicamente e são efetivamente utilizados.

O significado da representação política necessita ser revisto em um contexto no qual, por um lado, ela goza de descrédito, mas por outro ainda é o principal canal de comunicação entre a sociedade e a formação da vontade política.

A representação política continua sendo um tema fundamental para o Direito constitucional e para a Ciência Política. Não importa a coloração partidária de quem discuta o assunto. O certo é que de Lênin a Maurras, por exemplo, ainda que atacando as instituições parlamentares, se reconhece a importância do conceito de representação. A representação política democrática, isto é, aquela que resulta do livre embate eleitoral, é critério básico de legitimação das regras jurídicas e dos comandos políticos. O principal canal de comunicação entre o Estado e a sociedade, entre o direito e a política, ainda é ocupado pelas entidades de representação. Por tudo isso, quando se assiste ao descrédito reservado às instituições representativas ou à desmesurada apologia do “participacionismo” (muitas vezes visto como algo excludente da representação), pergunta-se: o que se passa com as instituições representativas? (CAMPILONGO, 1988, p. 98).

Os modelos democráticos de representação política necessitam ser vistos no cenário das condições históricas da época em que se apresentam (MEZZARROBA, 2001, p. 29). Em razão do grande número de habitantes com o qual contam os estados atuais é impraticável a tomada de todas as decisões por todos os cidadãos em conjunto. Por outro lado, a representação política não pode ser tolerada como mecanismo de apropriação privada do espaço público institucionalizado, tendo em vista as exigências democráticas dos Estados de direito contemporâneos.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inclusive, coloca como permanentes, por meio da preservação como cláusula pétreia, institutos essenciais à democracia representativa, tais como o voto direto, secreto, universal e periódico, e os demais

³ Sobre o tema confira-se: ABRUCIO, Fernando Luiz. Os Barões da Federação: os Governadores e a Redemocratização Brasileira. São Paulo: Editora Hucitec, 1998; LOURENÇO, Luiz Cláudio, SOARES, Márcia Miranda. A representação política dos Estados na federação brasileira. Revista Brasileira de Ciências Sociais, [online]. 2004, vol.19, n.56, p. 113-127. v.19, n. 56, p. 113-127.

direitos políticos (na qualidade de direitos fundamentais) (Art. 60, § 4º, CRFB/1988).

O regime democrático representativo resultou, em grande medida, da necessidade de conciliar a impossibilidade da democracia direta com o princípio democrático. Por outro lado, porém, é inaceitável a persistência de uma concepção acerca dos institutos de representação política na qual está implícita uma visão restrita de participação política e de cidadania em um contexto constitucional que consagra o paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual os mecanismos de representação convivem com instrumentos de democracia participativa, todos legitimados no mesmo fundamento: a soberania popular.

Assim, a própria relação entre representantes e representados necessita ser revista, uma vez que o mandato político representativo, com as características adquiridas na democracia representativa clássica, não atende às necessidades das democracias contemporâneas e seus pressupostos legitimadores.

2.3 Uma concepção adequada acerca da relação entre parlamentares e cidadãos: o mandato parlamentar à luz da soberania popular

O mandato pertence à natureza do regime representativo, de modo que as acepções em que a história o toma ou o vê praticado indicam a mesma linha do desenvolvimento da democracia representativa (BONAVIDES, 2000), constituindo elemento básico democracia representativa. É nele que se consubstanciam os princípios da representação legítima, situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha um função política na democracia representativa (SILVA, 2002).

A existência do mandato representativo decorre do modelo representativo de exercício do poder político. Sua definição, portanto, não pode ficar alheia à concepção de democracia vigente. Assim, a compreensão desse instituto sofre alterações na mesma proporção em que o modelo representativo se transforma.

As transformações sofridas pela democracia representativa, e conseqüentemente pelo instituto do mandato, resultam das modificações sofridas pelos pressupostos de legitimação do exercício do poder político. Portanto, no contexto atual, passando pelas reeleições determinadas pelo Estado Social, há uma redefinição da concepção do mandato que faz com que suas características iniciais, advindas de uma compreensão liberal da cidadania política, sejam mitigadas ou revistas.

Na medida em que o princípio da soberania popular se afirma e a cidadania política se expande, há necessariamente uma redefinição do mandato político. Sua existência se conserva na medida em que se preserva a democracia representativa, mas sua compreensão se modifica tal como se altera a compreensão da possibilidade/necessidade de participação do povo no governo.

A teoria política conhece duas formas principais de mandato político: o mandato representativo e o mandato imperativo, sendo que sua natureza se define, desde que se formulou a teoria jurídica da representação, de acordo com a adoção política ou constitucional das duas doutrinas básicas da soberania – a doutrina da soberania nacional e a doutrina da soberania popular.

A posição de Montesquieu, defendida principalmente por Sieyès, prevaleceu no debate constitucional francês, extirpando a idéia de democracia direta. As instituições representativas decorreriam de fatores naturais que inviabilizariam o exercício direto da soberania por toda a população. As atividades privadas afastaram os cidadãos dos negócios públicos e o povo seria capaz de escolher representantes, mas não de conduzir os negócios do Estado. O mandato imperativo, herança medieval defendida por Rousseau, foi substituído pela idéia de que o deputado representava toda a Nação, não apenas sua localidade (BERCOVICI, 2005, p. 285). Portanto, no contexto da democracia liberal tem-se com a adoção da doutrina da soberania nacional o mandato rigorosamente representativo. Já com o advento da democracia social, que adota a doutrina da soberania popular, permanece o mandato formalmente representativo, mas sua substância se altera consideravelmente, de modo que alguns publicistas chegam até mesmo a dizer que na democracia social contemporânea o mandato seja imperativo. Neste sentido, é a posição de Bonavides (2000).

Porém, a referência ao mandato imperativo não se reporta a esse instituto em momento anterior à Revolução Francesa, contexto em que possuía caráter contratual, refere-se aos contornos que o mandato tem adquirido na medida em que se firma a responsabilidade de seu detentor frente ao povo representado, em razão da afirmação deste como titular e fonte de legitimação do poder do Estado.

O mandato imperativo implicava que os representantes do povo recebiam um mandato, ficando obrigados a seguir fielmente as instruções, geralmente escritas, que lhes davam seus eleitores. As instruções dos eleitores determinavam minuciosamente como deveria se comportar o representante durante as votações e perante as questões que lhes fossem submetidas. Caso surgissem circunstâncias novas, não previstas antecipadamente, o representante deveria dirigir-se aos eleitores para que lhes fossem dadas instruções, ficando

sempre obrigado a prestar contas de seu desempenho. Sendo julgada insatisfatória a atuação do mandatário, o mandato poderia ser revogado sendo ainda possível que não fossem pagos os subsídios devidos (DALLARI, 2005).

O mandato imperativo, que sujeita os atos do mandatário à vontade do mandante; que transforma o eleito em simples depositário da confiança do eleitor que “juridicamente” equivale a um acordo de vontades ou a um contrato entre o eleito e o eleitor e “politicamente” ao reconhecimento da supremacia permanente do corpo eleitoral, é mais técnica das formas absolutas de poder, quer monárquico, quer democrático, do que em verdadeiro instrumento autêntico do regime representativo (BONAVIDES, 2000, p. 262).

O mandato imperativo vigorou em alguns dos grandes Estados europeus desde o fim da Idade Média até ser repudiado pelos teóricos da Revolução Francesa.

Os mais ardorosos propugnadores do sistema de representação pura da democracia liberal, coluna do poder político da burguesia, combateram frontalmente o mandato imperativo, conforme se depreende das afirmações de Mirabeau e Condorcet. Estes dois revolucionários afirmaram nitidamente a tese da democracia representativa clássica com as seguintes colocações: “Se fôssemos vinculados por instruções, bastaria que deixássemos nossos cadernos sobre a mesa e voltássemos às nossas casas” (MIRABEAU *apud* BONAVIDES, 2000, p. 263); “Mandatário do povo, farei o que cuidar mais consentâneo com seus interesses. Mandou-me ele expor minhas idéias, não as suas; a absoluta independência das minhas opiniões é o primeiro dos meus deveres para com o povo” (CONDORCET *apud* BONAVIDES, 2000, p. 263)

Desprestigiado e malsinado pelos defensores da doutrina constitucional do terceiro estado, o mandato imperativo se lhes afigurava uma reminiscência incômoda do absolutismo, um traço – que se fazia mister abolir – das praxes políticas adotadas nos Estados Gerais do *ancien régime*, quando os protestos dos mais humildes e as queixas sociais se punham em forma de instruções nos célebres *cahiers*. Iam estes ser recebidos depois, durante as reuniões daquela assembléia, das mãos dos mandatários, convertidos assim em meros portadores de um mandato particular, de certo grupo de eleitores ou de determinada circunscrição (BONAVIDES, 2000, p. 263).

A Constituição Francesa de 1791 estabeleceu a seguinte norma: “Os representantes eleitos nos departamentos não serão representantes de nenhum departamento em particular, mas de toda a Nação, e não lhes poderá ser dado nenhum mandato” (DALLARI, 2005, p. 157). Esta norma deixa transparecer a concepção de mandato defendida pelos representantes da burguesia, que forneceu a concepção de mandato político adotada no modelo liberal de Estado que se seguiu.

O mandato representativo foi criado pelo Estado Liberal Burguês, sendo um meio, dentre muitos outros utilizados, para manter separados Estado e sociedade. Foi também uma forma de tornar abstrata a relação entre povo e governo. Vedado o caráter de uma relação contratual, o representante não ficaria vinculado aos representados, extinguindo a relação de fato com o fim das votações.

A teoria do mandato representativo vincula-se na sua origem francesa, política e juridicamente, à adoção da doutrina da soberania nacional, tendo sido esta a doutrina que prevaleceu na fase moderada da Revolução de 1789 e aquela que realmente se transmitiu aos hábitos constitucionais do liberalismo no século XIX, quando este se fez conservador (BONAVIDES, 2000).

Os órgãos representativos exercem o poder soberano que pertence à Nação. De acordo com a primeira Constituição revolucionária, são representantes da Nação o corpo legislativo e o rei, tendo o mandato representativo sua origem na Constituição, do que transparece a dissociação entre o princípio eletivo e o princípio representativo. Na França de 1791, com uma nova ordem constitucional, o rei não eleito era representante, ao passo que agentes da administração pública investidos no cargo por sufrágio não obtinham tal denominação. A Constituição outorgou aos representantes o poder de querer para a Nação (BONAVIDES, 2000).

A esta altura do sistema representativo, a eleição é apenas um dos meios pelos quais a Constituição se utilizou para designar aqueles que deveriam exprimir a vontade da Nação, a preocupação maior não era com a escolha democrática e sim com a seleção dos mais aptos, inerente aos pressupostos liberais. Neste sentido, Carvalho Netto (1999), Oliveira (2002) e Cruz (2004).

Assim, pode-se afirmar que:

A idéia de seleccionar os mais aptos, os mais capazes, domina o entendimento político vitorioso. O século racionalista e filosófico faz da representação política o coroamento de suas teses sociais. Perpassa aí o otimismo e a confiança nos triunfos da razão; a razão intelectual, reformadora da sociedade, modificadora das instituições, afiançadora da verdadeira paz social (BONAVIDES, 2000, p. 260).

O sufrágio limitado já restringia o corpo eleitoral, tornado ainda mais restrito por não possuir qualquer vontade soberana, atuando como mero instrumento de designação, uma vez que mandante é a Nação, de cuja vontade o representante, considerado o mais apto e racional, é o intérprete sem nenhum laço de sujeição ao eleitor. O comportamento do representante, seus atos, votos e vontade são imputáveis à Nação soberana, presumindo-se sua conformidade

com a vontade nacional (BONAVIDES, 2000). As características do mandato daí decorrentes são: o mandatário é livre porque não se sujeita aos eleitores, de quem não representa a vontade; é irresponsável, porque seus atos não são a ele imputáveis e sim à Nação, cuja vontade é função sua traduzir; é geral, porque a Nação é considerada como uma vontade homogênea que não se identifica com interesses de pessoas ou grupos individualizados.

A teoria da representação política, nos moldes liberais, determina que o mandato representativo tenha por característica ser geral, livre, irrevogável em princípio, e não comporta ratificação dos atos do mandatário.

Diz-se geral, porque o eleito por uma circunscrição ou mesmo por um distrito não é representante só dela ou dele, mas de todas as pessoas que habitam o território nacional. É livre, porque o representante não está vinculado a seus eleitores, de quem não recebe instrução alguma, e se receber não tem obrigação jurídica de atender, e a quem, por tudo isso não tem que prestar contas juridicamente falando, ainda que politicamente o faça, tendo em vista o interesse na reeleição. Afirma-se, a propósito, que o exercício do mandato decorre de poderes que a constituição confere ao representante, que lhe garantem autonomia da vontade, sujeitando-se apenas aos ditames de sua consciência. É irrevogável, porque o eleito tem o direito de manter o mandato durante o tempo previsto para sua duração, salvo a perda nas hipóteses indicadas na própria Constituição (SILVA, 2002, p. 139).

A doutrina do mandato representativo, com essas características, mostra-se coerente com a doutrina da soberania nacional. A Nação se exprime através dos representantes, invioláveis no exercício de suas prerrogativas soberanas como legisladores; titulares de um mandato que não fica preso às limitações ou dependência de nenhum colégio eleitoral particular ou circunscrição eleitoral (BONAVIDES, 2000, p. 260).

A total desvinculação entre a vontade do representante e a vontade do representado faz com que se possa dizer que não há uma representação, não passando a designação de um mandatário de simples técnica de formação dos órgãos governamentais.

Essa visão funda-se nas concepções liberais de igualdade abstrata, separação absoluta entre esfera pública e privada, cidadania política restrita aos membros da sociedade tidos como mais aptos em razão de sua condição social, econômica ou cultural.

O eleitor individual não dispõe de mais influência sobre a vida política de seu país do que a momentânea de que goza no dia da eleição, por certo relativizada por disciplina ou automatismo partidário e pela pressão dos meios de informação e pela desinformação da propaganda; que, uma vez produzida a eleição, os investidos pela representação ficam desligados de seus eleitores, pois não os representam a eles em particular, mas a todo o povo, a nação inteira (SÁCHICA *apud* BONAVIDES, 2000, p. 140).

O questionamento e a reeleitura dos pressupostos do Estado Liberal provocam uma

descaracterização gradual dessa noção de mandato, fazendo necessária uma nova compreensão do instituto.

A superação do modelo liberal de Estado, passando pelo paradigma do Estado Social até chegar ao momento atual, trouxe novos contornos ao mandato representativo, em razão da aproximação entre representados e representantes gerada pelo reconhecimento e afirmação progressiva do princípio da soberania popular.

A evolução do processo político vem incorporando outros elementos na democracia representativa que promovem uma relação mais estreita entre os mandatários e o povo, especialmente os instrumentos de coordenação e expressão da vontade popular: partidos políticos, sindicatos, associações políticas, comunidades de base, imprensa livre, de tal sorte que a opinião pública – expressão da cidadania – acaba exercendo um papel muito importante no sentido de que os eleitos prestem mais atenção às reivindicações do povo, mormente de suas bases eleitorais (SILVA, 2002, p. 140).

O princípio da soberania popular e o sufrágio universal foram se afirmando como condicionantes na organização do poder político da democracia do século XX. Esse processo, iniciado no Estado social, provocou a mudança dos institutos clássicos do Estado Liberal: os partidos políticos passaram a ser organizações lícitas e essenciais ao exercício do poder democrático, o mandato tornou-se cada vez mais sujeito à fiscalização e controle do eleitorado, chegando-se a uma responsabilidade política do mandatário perante o eleitor e seu partido (BONAVIDES, 2000).

O advento do Estado Social inicia tais mudanças porque promove uma releitura dos pilares do Estado Liberal, os quais também serviram de sustentáculo para a concepção liberal de mandato político: a igualdade abstrata, que fundamentava a idéia de que o poder era conquistado pelos economicamente mais fortes porque estes eram mais aptos, uma vez que todos gozavam da mesma liberdade e mesma igualdade. Com o advento do Estado Social não houve apenas o acréscimo dos direitos de segunda geração, mas também uma releitura dos direitos de primeira.

A liberdade não mais pode ser considerada o direito de fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material (CARVALHO NETTO, 1999, p. 480).

No paradigma do Estado Social, porém, o Estado se coloca acima da sociedade,

considerada uma massa amorfa, cliente de prestações (CARVALHO NETTO, 1999, P.480), distante do espaço das decisões políticas, não obstante a expansão do sufrágio. A carência material é inclusive colocada como óbice para o exercício da cidadania. Nesse contexto entram em cena discussões teóricas que impõem um modelo democrático calcado no poder de decisão do Estado pretensamente observador da vontade pública (OLIVEIRA, 2002). O exercício do poder político é correlacionado com condições mínimas de existência de modo que o exercício do poder permaneça entre os mais aptos, postergando-se o acesso da sociedade em geral em razão de uma suposta incapacidade de compreender e fazer escolhas de natureza política.

Há uma publicização da esfera tida como privada no contexto do Estado Liberal, mas a responsabilidade pelo cumprimento dos novos direitos que surgem é apenas do Estado, persistindo um distanciamento entre a sociedade civil e o exercício do poder político, não obstante a progressiva inclusão nos processos eleitorais. O acesso ao voto e a possibilidade de escolha por ele conferida é utilizada, inclusive, como moeda de troca (voto x benefícios sociais) e sustentáculo para legitimar por meio da vontade do povo decisões com finalidades alheias ao interesse público. Isso provoca uma situação de desigualdade entre representantes e representados, e aquilo que é devido como direito acaba sendo entregue como favor pessoal.

A transformação mais consistente na situação jurídica e política conferida ao representante ocorre, porém, na rejeição dos estados ilimitados e na constatação de indispensabilidade da democracia para a preservação dos direitos fundamentais. Este processo ganha mais força após a 2ª Guerra Mundial em razão, principalmente, das seguintes variáveis: a apropriação das escolhas pelos representantes, a legitimação na referência ao povo de decisões contrárias aos direitos de todos (Müller, 2000), demonstradas de maneira trágica na experiência dos Estados totalitários; a ascensão das lutas pelo respeito à pluralidade, movimentos contraculturais e de minorias, o que requer espaços e canais de manifestação para que haja respeito à igualdade; o reconhecimento dos interesses e direitos coletivos e difusos, os quais conduzem à interrelação entre questões públicas e privadas e necessário compartilhamento de responsabilidade entre instituições para efetiva proteção dos direitos de todos (CARVALHO NETTO, 1999, CRUZ, 2004).

A cidadania política torna-se um direito fundamental, rejeitando qualquer concepção até então vigente que conduza ao pertencimento do espaço político aos membros mais capazes da sociedade, abandonando-se a visão de direitos políticos como direitos de privilégio. A vontade representada pelo mandatário, no contexto de um Estado Democrático, não é mais do ente abstrato denominado “nação” e sim do povo, realidade concreta. A designação dos

representantes se dá necessariamente pelo procedimento eleitoral, o qual, dada necessidade do exercício de uma cidadania ativa, ainda é considerado insuficiente para legitimar o exercício do poder político.

A pretensão de representação de uma vontade nacional homogênea a ser traduzida pelo representante frustra-se diante do reconhecimento de que o Estado Democrático comporta uma sociedade pluralista, o que torna complexa a formação das decisões, exigindo o reconhecimento e respeito aos mais diversos grupos e interesses. A relação entre povo e governo não é mais abstrata, uma vez que as sociedades civil e política se interrelacionam, principalmente pelo reconhecimento da necessidade de se compartilhar as decisões de caráter público com a sociedade em geral (em especial com a sociedade civil organizada).

Nesse contexto, os representantes eleitos não se tornam detentores do espaço público e se desvinculam da vontade e do controle de seus eleitores. A proximidade entre as instâncias decisórias de questões públicas e a sociedade em geral é necessária para conferir legitimidade às decisões.

A liberdade e a irresponsabilidade do mandatário devem ser relativizadas, pois a titularidade do poder pelo povo resulta necessariamente na obrigação de prestar contas sobre o seu exercício. Quanto maior o poder maior a responsabilidade, entendida esta como o dever que incumbe ao detentor do poder em nome de outrem, de responder pela forma como o exerce (COMPARATO, 2004, p. 156).

A responsabilidade em um regime democrático desdobra-se, no dizer de Comparato, em duas relações: “a correspondente ao dever de prestar contas (que na língua inglesa denomina-se *accountability*) e a relação de sujeição às sanções cominadas em lei pelo mau exercício do poder (*liability*)” (COMPARATO, 2004, p. 156).

Todas as mudanças decorrentes do advento do Estado Democrático de Direito fazem com que o mandato representativo perca parte de suas características de cunho liberal passando a adquirir até mesmo contornos de mandato imperativo. Isso não significa que o mandato representativo tenha adquirido caráter de uma relação contratual entre representante e representado. Significa que há a exigência de controle do poder político pelo povo, inerente ao regime democrático, sem o que a titularidade da soberania seria meramente nominal.

À medida que se observa o declínio do regime representativo de tradição liberal, mais se acentua, com a democracia contemporânea, a tendência a reintroduzir nas técnicas do exercício do poder o velho mandato imperativo, desta feita como instrumento de autenticação da vontade democrática (BONAVIDES, 2000, p. 263).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incorpora os pilares do Estado Democrático de Direito, situado a partir das exigências do constitucionalismo contemporâneo consistentes na limitação e transparência do exercício do poder, respeito à soberania popular e aos direitos fundamentais.

Um modelo democrático de Estado não se satisfaz com modelo representativo puro de democracia, exige a participação direta dos cidadãos junto ao poder público e atuação efetiva da sociedade civil nas decisões do governo. Esse traço está presente na CRFB/1988 a partir dos seguintes instrumentos: o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular de lei, a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, conselhos deliberativos e audiências públicas. Dentre estes, encontram-se instrumentos que podem ser manejados pelo particular, por entidades da sociedade civil organizada ou pelo Ministério Público.

A mudança na compreensão do mandato representativo, que se faz necessária para sua utilização legítima no Estado Democrático, decorre da falência de suas bases iniciais: a soberania não mais pertence à nação e sim ao povo; a relação entre povo e governo não é mais abstrata; o espaço político não pode ser entendido como o espaço dos mais capazes; o conjunto de vontades a ser representado não pode mais ser considerado homogêneo; a representação não é o único meio de contato dos eleitores com o poder público, não se esgotando a participação no momento da votação.

O mandato parlamentar sofre, portanto, as conseqüências da mudança do instituto do mandato representativo, bem como dos reflexos das mudanças ocorridas nas atribuições e papéis desempenhados pelo Poder Legislativo nos Estados de Direito.

2.4 As Funções do Poder Legislativo nos Estados de Direito: do questionamento das monarquias absolutistas às mudanças provocadas pela retomada das exigências democráticas

Os Parlamentos constituem instituições consideradas essenciais ao funcionamento das democracias modernas. Seu surgimento e mudanças ao longo da história formam um importante componente na compreensão das bases dos Estados de Direito.

A democracia parlamentar começa a tomar forma na Idade Média, evolui por meio da adoção de mecanismos de limitação e de controle político do poder real. Os Parlamentos surgem para limitar e controlar o poder do rei (AMARAL JÚNIOR, 2005). A função de

fiscalização e controle político é inerente aos parlamentos desde sua constituição original.

Os seguintes eventos são considerados marcantes no surgimento e ascensão dos Parlamentos:

Em 1215, João Sem Terra foi obrigado a outorgar a *Magna Carta Libertatum* aos seus barões, documento que afirmava que, se o rei desejasse tributos excedentes aos pactuados, deveria obter o consentimento do *Magnum concilium*, formado pelos altos feudatários laicos e eclesiásticos. Também eram convidados representantes dos condados e das cidades para assegurar que os tributos aprovados pela assembléia seriam efetivamente suportados por todos os cidadãos livres. Em 1265, um poderoso feudatário, Simon de Monfort, reuniu o Parlamento contra a vontade do Rei Henrique III e convocou, também, dois cavaleiros de cada condado e dois burgueses de cada cidade (em razão do que é chamado “pai da Câmara dos Comuns”). O Rei Eduardo I, em 1295, consolidou o procedimento, utilizando convocações diretas para os nobres e clérigos e convocações por meio de representantes para o terceiro estado (“Parlamento modelo”) (AMARAL JÚNIOR, 2005, p. 2).

Nas primeiras décadas do século XIV, começou a tomar forma o bicameralismo no Parlamento Inglês. Foi somente a partir do século XV que começou a se configurar a competência legislativa do Parlamento Inglês (RUFFIA *apud* AMARAL JÚNIOR, 2005).

As Revoluções Liberais foram os eventos cruciais para que o poder de legislar fosse transferido do rei para os Parlamentos.

O surgimento do Estado Liberal, momento de chegada da burguesia ao poder político após as revoluções liberais, dentre as quais se destaca a Revolução Francesa, promove a consagração dos direitos individuais e políticos por meio de seu reconhecimento em Constituições escritas. Trata-se da primeira fase do Estado Constitucional, representando a superação do absolutismo em favor de Estados limitados pelo Direito. Pretende-se superar, igualmente, uma sociedade feudal em favor de uma sociedade pautada na igualdade essencial e abstrata entre os seres humanos.

O Direito deixa de ser a coisa devida transcendentemente, assentada na rígida e imutável hierarquia social da sociedade de castas, para se transformar no Direito, ou seja, em um ordenamento constitucional e legal que impõe, a toda uma afluyente sociedade de classes, a observância daquelas idéias abstratas tomadas como Direito Natural pelo jusnaturalismo (CARVALHO NETTO, 1999, p. 478).

A propriedade, a liberdade e a igualdade formal são os três grandes pilares do Estado Liberal. Para que essas idéias florescessem era necessário evitar o retorno ao absolutismo. Por isso, esse paradigma constitucional buscou restringir os poderes do Estado, definindo um espaço livre de sua intervenção, com o objetivo de libertar a sociedade civil de interferências políticas, garantindo a liberdade dos cidadãos para que perseguissem seus objetivos

competindo entre si (HELD, 1987). Trata-se de um momento em que os direitos fundamentais caracterizaram-se como direitos de defesa ou liberdades negativas.

O Estado Liberal pretendia dar curso às seguintes idéias: a liberdade consiste em fazer tudo que as leis não proibam; todos são iguais perante a lei, mesmo que sejam muito diferentes em outros aspectos; todos são proprietários, no mínimo, de si mesmos, podendo até o mais humilde dos trabalhadores realizar atos contratuais, mesmo que tenha para negociar apenas a sua força de trabalho. Os Estados de Direito são implantados para realizar estas idéias, tidas como direito natural de cunho racional, verdades absolutas e inquestionáveis, inerentes aos indivíduos (CARVALHO NETTO, 1999).

Segundo Montesquieu (1979), a liberdade dos indivíduos só se realizaria nos governos moderados, visto que na forma de governo despótico o direito impôs-se exclusivamente pela força, em favor dos caprichos do governante.

Para os antigos, a liberdade se concretizava com as decisões em praça pública, como participação ativa e decisiva dos cidadãos das deliberações políticas. A liberdade era uma questão pública, exercida através do cidadão livre e cujo conteúdo era melhor expressado no exercício da soberania. Com o fim da escravidão (típica da Antiguidade), as funções e tarefas essenciais da vida social foram assumidas por homens livres. A vida privada e o conjunto de liberdades e direitos subjetivos passam a ser o interesse principal a ser preservado pelos modernos. A liberdade fundamental passa a ser a liberdade individual (BERCOVICI, 2005, p. 287).

O governo moderado caracterizar-se-ia pela separação dos poderes, com um sistema de freios e contrapesos entre as competências legislativas, administrativas e judiciais (sendo estas últimas exercidas por um poder denominado por Montesquieu como “poder federativo”).

A abordagem do tema separação das funções estatais remonta à Antiguidade, tendo sido seu precursor Aristóteles, na obra *A política*. Aristóteles apontou a existência das funções deliberativa, executiva e judicial, mas não sugeriu que fossem exercidas de maneira mais bem-sucedida se desempenhadas por órgãos distintos (PAIXÃO, 2007).

Após longo período de esquecimento, a proposta de separação das funções do Estado é retomada pelo contratualista inglês John Locke. É este autor, na obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, que propõe que cada uma das funções do Estado fosse entregue para órgãos distintos.

Locke (1994) coloca a defesa da propriedade como o principal objetivo dos homens ao ingressarem na vida em sociedade, servindo-se para tanto, primordialmente, das leis estabelecidas na mesma.

O Poder Legislativo tem como atribuição, segundo Locke, determinar quais serão os procedimentos segundo os quais o poder pode e deve ser empregado para resguardar a comunidade e seus membros. Estes devem se reunir para tal tarefa mediante convocação periódica e temporária, retornando ao seio da sociedade quando terminarem seus trabalhos, o que se deve à necessidade de evitar que essas pessoas se tornem um grupo distinto dos demais membros da sociedade em razão de sua condição de legisladores (LOCKE, 1994).

A aplicação das leis, por sua vez, deve ser tarefa contínua, exercida no cotidiano da sociedade, e incumbida ao Poder Executivo. Locke (1994) propõe ainda a existência do poder denominado Federativo, ao qual caberiam todas as relações com sujeitos e comunidades externas ao Estado, dentre as quais se sobressaem os poderes de fazer guerra e celebrar a paz, fazer parte de ligas e alianças.

O mesmo autor reconhece as três funções do Estado, mas uma delas não é a judicial. Ademais, reparte essas funções entre o Parlamento (função legislativa) e o monarca (função executiva e federativa). Reconhece ainda ao monarca a prerrogativa de agir discricionariamente visando o bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele. Verifica-se, porém, em sua obra, o ponto primordial da doutrina da separação de poderes nos Estados Modernos: o exercício de cada uma das funções por órgãos distintos.

A tentação de ascender ao poder pode ser muito grande para a fragilidade humana, portanto, não convém que as mesmas pessoas que exercem o poder de legislar tenham também o poder de executar a lei, pois poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução (LOCKE, 1994).

A partir das elaborações de Locke, uma vez que a função primordial das leis é proteger a propriedade, o Poder Legislativo é o poder supremo em toda comunidade civil.

Montesquieu, porém, é o responsável pela formulação da doutrina da separação de poderes tal como difundida pelo mundo, a qual se estabeleceu marcada pelas idéias deste autor, a título de exemplo: a nomenclatura dos ramos do poder, o bicameralismo do Legislativo, a independência judicial (PAIXÃO, 2007).

A idéia de organizar o poder do Estado por meio de divisões internas de funções, de modo que um órgão fosse capaz de conter o outro, juntamente com a limitação pelas declarações de direitos fundamentais, surgiu no momento em que se percebe a necessidade de limitar o poder dos governantes para que se instaurasse uma nova ordem política e jurídica.

A idéia de se entregar funções diferentes a órgãos diferentes e especializados como mecanismos de contenção do poder, de modo a forçá-los a agir de concerto, possibilitando assim que o poder detivesse o poder, só poderia mesmo ter surgido quando o problema da limitação do poder estatal tornou-se agudamente relevante. Em contraste com o que ocorria ao longo de boa parte da Idade Média, desde o século XV os monarcas europeus desfrutaram de poder cada vez maior, sendo que o século XVIII pode ser considerado o apogeu do absolutismo real. Não sem causar profundos descontentamentos. Apesar do fenômeno do “despotismo esclarecido” de alguns monarcas versados nas idéias iluministas, como Dom José, em Portugal, Catarina, na Rússia, e Frederico II, na Prússia, já se evidenciava por toda parte a necessidade de regras destinadas a condicionar a certos princípios o exercício do poder. O final do século XVIII veio a ser o momento histórico que marcou o começo do declínio do poder real, com as revoluções liberais de Estado Unidos e França (PAIXÃO, 2007, p. 25-26).

A grande preocupação de Montesquieu, ao estruturar a divisão das funções do Estado, é propiciar o controle do poder. O autor considera que a mesma pessoa ou o mesmo corpo de magistratura não deve reunir o poder legislativo e o poder executivo, pois assim não existiria liberdade, dado o temor de que o mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também o poder de julgar deve estar separado do poder legislativo e do executivo, pois se estivessem ligados, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário (o juiz seria legislador). Se o juiz estivesse ligado ao poder executivo poderia ter o poder um opressor (MONTESQUIEU, 1979).

O Poder Legislativo deve ser entregue a duas casas diferentes, uma formada por representantes do povo e outra formada por representantes da nobreza, as quais devem atuar de acordo com os interesses específicos dos dois grupos. O Poder Executivo, por sua vez, deve permanecer nas mãos do monarca, pois, por demandar ação instantânea, é melhor administrada por um só. O Poder Judiciário deve ser exercido por pessoas extraídas do povo, durante certo período do ano, tal como estabelecido na lei, formando um tribunal que dure apenas o tempo necessário (MONTESQUIEU, 1979).

Na doutrina clássica, por mais que se fale em tripartição do poder, a divisão não é equânime. Os três ramos do poder não são iguais, pois há, em última análise, uma proeminência do Poder Legislativo (PAIXÃO, 2007).

O reconhecimento dos direitos individuais e a adoção do princípio da separação de poderes, principalmente por sua submissão ao império da lei, foram mecanismos de realização do Estado limitado almejado após o declínio das monarquias absolutistas.

O Direito Público deveria assegurar, ainda que de distintos modos, o não retorno ao absolutismo, precisamente para que aquelas idéias abstratas pudessem ter livre curso na sociedade, mediante a limitação do Estado à lei e a adoção do princípio da separação de poderes que, ainda que lido de distintos modos, sempre deveria requerer, no mínimo, também aprovação da representação censitária da “melhor

sociedade” no processo de elaboração dessas mesmas leis. E, assim, às leis deveria ser reservado o tratamento de toda a matéria relativa à vida, liberdade e à propriedade dos súditos (CARVALHO NETTO, 1999, p. 478).

Montesquieu, assim como Locke, formula suas idéias de modo que, dentre as competências do Estado, sobressaia a função legislativa por ser confiada aos representantes do povo e por gerar as devidas limitações ao poder do Estado por meio da lei criada.

Assim, em razão da relevância da lei para a preservação dos pilares do Estado Liberal, o Poder Legislativo acaba por se sobrepor aos outros dois poderes, uma vez que a administração pública e o judiciário deveriam se pautar de maneira absoluta pelas proposições elaboradas em seu âmbito. Esse paradigma requer que a lei seja discutida e aprovada pelos representantes da melhor sociedade, autorizando a atuação de um Estado mínimo. Ao Poder Judiciário é vedado realizar qualquer tipo de inovação por meio da interpretação, e à administração pública é permitido agir tão somente para garantir que um indivíduo não ultrapasse a linha que demarca o limite de sua liberdade em relação à liberdade de outrem (CARVALHO NETTO, 1999).

No modelo do Estado Liberal, ao Legislativo era atribuída a verdadeira função de governo. Executivo e Judiciário eram poderes coadjuvantes do protagonismo político do Legislativo. No processo de superação do antigo regime absolutista, a tese da divisão dos poderes, com o destaque conferido ao Legislativo, surge como uma fórmula capaz de atingir os seguintes objetivos: deslocar o centro da decisão política para uma arena política na qual a burguesia tivesse assento (o Parlamento); impor limites à atuação do monarca, isto é, controlar o Executivo; dotar o Judiciário de uma posição institucional protegida das interferências do sistema político e orientada por critérios decisórios transparentes e previamente conhecidos (certeza jurídica, previsibilidade e garantia das expectativas) (CAMPILONGO, 2002, p. 32).

Essa orientação do Estado Liberal já havia sido proposta por Montesquieu (1779): as leis elaboradas pelo legislativo deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria interferência do Executivo para punir quem não as cumprisse.

A eminência da função legislativa é assim explicada por Campilongo (2002):

Na concepção liberal da divisão de poderes, a atuação do juiz está limitada ao espaço conferido pelo ordenamento jurídico supostamente completo. Do ponto de vista das operações internas do sistema jurídico, admitir a unidade do ordenamento significa assumir a plena racionalidade do corpo legislativo. A figura jurídica central dessa argumentação é a do legislador racional. O ordenamento só pode ser visto como coerente e livre de ambigüidades se o legislador que o produz for objetivo, prático e técnico. Dentre outras qualidades quase demiúrgicas do legislador, a doutrina costuma caracterizá-lo como consciente e onisciente, justo e omnicomprensivo, imperecível e lógico. Evidentemente, a legislação produzida nesse contexto deve geral, abstrata e voltada para a solução de problemas indeterminados (CAMPILONGO, 2002, p. 37).

Cruz (2004) também a explica:

Nessa máquina, o compartimento central era o Legislativo, guardião da vontade do Estado, confiado aos representantes do povo e que se manifestava pela criação de leis positiva. A lei era concebida como produto de um legislador racional e legítimo, por ser representante do povo (CRUZ, 2004, p. 72).

O Poder Legislativo constitui, assim, o lugar onde a classe economicamente privilegiada convencionou o espaço de atuação do Estado, fazendo-o da maneira que melhor atenda a seus interesses. A função do Direito, e também da separação de poderes, é a de garantir as regras do jogo para o desenvolvimento das relações de mercado (CAMPILONGO, 2002). Os direitos individuais e políticos, alcançados com o advento desse paradigma de Estado, acabaram não sendo direitos de todos, direitos humanos, mas direitos de privilégios, uma vez que só poderiam ser garantidos pelo Estado e contra o Estado para aqueles que fossem capazes de conquistá-los.

O individualismo e o neutralismo do Estado Liberal geraram imensas injustiças (HELD, 1987). A vivência das idéias que embasaram o constitucionalismo liberal levou à necessidade de sua negação. A liberdade e a igualdade abstrata terminaram por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto e as revoluções industriais (CARVALHO NETTO, 1999). A superação do paradigma liberal tornou-se então necessária para a manutenção do próprio sistema capitalista.

O resultado retrata o darwinismo social, que, adaptando a teoria de Darwin para aplicá-la no modelo socioeconômico, afirma que os melhores serão selecionados por este modelo que permite que apenas os mais capacitados sobrevivam construindo uma melhor sociedade (MAGALHÃES, 1999).

A ordem liberal foi colocada em xeque pelas idéias socialistas, comunistas e anarquistas, as quais ao mesmo tempo animaram os movimentos coletivos e de massa e neles se reforçaram com a luta por direitos coletivos e sociais, dos quais são exemplos: o direito de greve, de livre organização sindical e partidária, salário mínimo, jornada máxima de trabalho, seguridade e previdência social, acesso à saúde (CARVALHO NETTO, 1999).

Os principais marcos que fizeram irromper o movimento de superação do paradigma liberal foram as idéias marxistas e a Revolução Russa de 1917 que gerou a implantação do socialismo na Rússia (MAGALHÃES, 1999). As primeiras representaram, por seus questionamentos teóricos e científicos, a fragilidade das bases racionais do Estado Liberal,

enquanto a última demonstrou o perigo representado pelas mazelas sociais geradas pelo modelo liberal à sobrevivência do capitalismo, demonstrando o potencial destruidor das incoerências internas deste modo de produção. A Crise de 1929 é também colocada como elemento essencial para retratar a crise do Estado Liberal, uma vez que representou o fim da crença na capacidade absoluta do mercado para se autoconduzir e conduzir a sociedade, justificando a interferência do Estado na economia.

O paradigma do Estado Social – que se inicia após a primeira Grande Guerra e se consolida após a segunda – parte do pressuposto que o Estado deve intervir diretamente na economia e assume uma série de necessidades da coletividade, através da prestação de serviços públicos, buscando minorar as desigualdades sociais advindas do modelo anterior. O Estado assume a função de agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas públicas de vida boa. Nesse contexto, não seria mais adequado falar em separação de poderes, já que não haveria mais uma atribuição de diferentes competências a órgãos distintos, mas a atribuição de funções a diferentes órgãos que as exercem cooperativamente (OLIVEIRA, 2002).

A efetivação dos novos direitos reconhecidos exigia a execução de uma série de políticas públicas e outras intervenções, o que faz com que o Poder Executivo amplie suas atribuições, uma vez que executar essas políticas cabe à Administração Pública. O Poder Executivo passa a ser dotado de instrumentos jurídicos, inclusive legislativos, de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo, público, social ou nacional (OLIVEIRA, 2002), mediante a justificativa de operacionalizar suas atividades.

O Poder Judiciário, por sua vez, não mais se prende à literalidade da lei e enfrenta os desafios de um ordenamento cheio de lacunas, devendo aplicar o direito material vigente aos casos concretos que lhe são submetidos de forma construtiva, levando em conta mais a eficácia da prestação jurisdicional do que a certeza jurídico-processual (OLIVEIRA, 2002).

Ao Poder Legislativo, além da atividade legislativa, da qual uma parte foi delegada ao Executivo, cabe o exercício de funções de fiscalização e de apreciação da atividade da Administração Pública e da atuação econômica do Estado (OLIVEIRA, 2002). O Legislativo perde seu espaço de órgão predominante, já que, por um lado, parte de suas competências são transferidas ao Poder Executivo; e por outro, o Poder Judiciário já não está vinculado à lei tal como no paradigma anterior, tendo sido mitigada a preocupação com a manutenção da liberdade individual através da limitação do Estado pela lei em favor da preocupação com a igualdade material (a ser alcançada na solução das necessidades concretas).

O sentido das leis dado pelas normas constitucionais programáticas, normas que estabeleciam programas a serem cumpridos, o que fazia avultar o papel da jurisdição como médium para cumprir com o programa contido na lei. Percebe-se, neste paradigma, que era por meio da onipotência da clarividência do juiz que se chegava à norma, vez que ela deixava de ser um dado prévio, posto pelo legislador, para ser um dado a ser descoberto pelo portentoso juiz (DEL NEGRI, 2005, p. 99).

O ordenamento jurídico concebido como supostamente completo, produzido por um legislador racional no paradigma anterior, é substituído por uma legislação descodificada, que rompe com as idéias de unidade formal do ordenamento e aponta na direção de múltiplos sistemas normativos. O legislador, em razão da complexidade das matérias a serem reguladas e da velocidade das demandas, deixa de ser o porta-voz dos “interesses gerais” que tinham acesso ao Parlamento no séc. XIX – ou seja, da burguesia – para ser um representante de interesses corporativos e contraditórios. Isso torna difícil manter a ficção da racionalidade do legislador (CAMPILONGO, 2002, p. 39).

O controle de constitucionalidade, compreendido no paradigma liberal apenas como uma forma de legislação negativa (expressão do sistema de freios e contrapesos essencial ao princípio da separação de poderes) mediante o controle das leis pelo Poder Judiciário, passa a incluir também o controle de omissões inconstitucionais. A vinculação positiva e negativa do legislador às normas constitucionais é discutida e analisada, embora muitos publicistas, com base numa visão liberal do direito, defendessem a não aplicabilidade e a falta de eficácia vinculante destas normas (OLIVEIRA, 2002).

Segundo Campilongo (2002) o controle de constitucionalidade das leis afirma-se gradualmente, no século XX, sendo que no período liberal o controle judicial de constitucionalidade das leis existia, praticamente, só nos Estado Unidos.

O Poder Legislativo passa, portanto, a uma esfera marginal da atuação estatal, agindo quanto às competências que ainda lhe restaram como mero autorizador das ações do Poder Executivo, pelo qual a imagem do Estado se expressa. Todo o direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa (CARVALHO NETTO, 1999).

A grande massa da sociedade, tida como uniforme e inferior aos dirigentes políticos, persiste ainda alheia ao processo político, sendo sua relação com o Estado de clientelismo. As carências materiais são inclusive suscitadas como óbices para o exercício da efetiva soberania. Carl Schmitt (1996) discorria, por exemplo, que a democracia liberal estaria em crise e, no contexto de uma sociedade de massas, enquanto não existissem condições materiais para o

exercício da cidadania, caberia ao Estado tomar as decisões para a coletividade.

A concentração de poderes no Executivo como forma de solucionar os problemas de cunho social, aliada ao discurso de desqualificação de grande parte da sociedade para o exercício da cidadania política, acabou por colaborar para o surgimento de governos autoritários, dos quais são exemplos o nazismo e o fascismo na Europa.

Após o fim da 2ª Guerra Mundial, esse modelo de Estado começa a entrar em crise, a qual se manifesta em toda sua dimensão na década de setenta. Podem ser apontadas como suas causas: os abusos perpetrados nos campos de concentração, a explosão das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki, os movimentos contraculturais e de minorias, a crise econômica da década de setenta (que coloca em xeque a racionalidade objetivista dos tecnocratas e do planejamento econômico e a oposição antitética entre a técnica e a política), a transformação do Estado em empresa acima de outras empresas; a transformação das sociedades em hipercomplexas na era da informação ou pós-industrial (as quais comportam relações extremamente intrincadas e fluidas), o advento dos direitos de terceira geração, chamados de interesses ou direitos difusos (que compreendem os direitos ambientais, do consumidor e da criança, dentre outros) e a mudança na relação entre público e privado quando, por exemplo, associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra o Estado omissivo ou privatizado (CARVALHO NETTO, 1999).

As Constituições da República Portuguesa de 1976 e da Espanha de 1978 podem ser consideradas como exemplo da tentativa de construção historicamente assumida da justiça social, mas que considera indispensável a participação dos grupos e associações da sociedade civil neste processo. Essas problematizações tiveram influências no processo constituinte brasileiro de 1987-88 e sobre a compreensão constitucionalmente adotada de cidadania. A Constituição Brasileira de 1988, ao adotar o paradigma do estado Democrático de Direito (Art. 1º), rompe com as ordens constitucionais anteriores (OLIVEIRA, 2002), inserindo-se no contexto do constitucionalismo democrático.

As Constituições desse período representam os anseios de sociedades que vivenciaram as conseqüências da exacerbação do poder do Estado mediante a apropriação de seus espaços por sujeitos ou grupos que se apresentaram como portadores de decisões, projetos e idéias únicas, impostos pela força. Trata-se de projetos que rejeitam a restrição de direitos fundamentais, acolhem o pluralismo em suas diversas formas e a soberania do povo.

Em razão do paradigma constitucional adotado, é necessário romper com concepções liberais ou assistencialistas acerca da relação entre Estado e sociedade, bem como das funções dos órgãos do Estado. O Estado de Direito, seja como Estado Liberal seja como Estado social

nem sempre caracteriza Estado Democrático. O povo é visto como mero coadjuvante (DEL NEGRI, 2005) ou subordinado. O elemento democrático que caracteriza este paradigma faz necessária uma redefinição das funções do Estado e uma releitura dos direitos conquistados nos paradigmas anteriores.

Os direitos de 1ª e 2ª geração ganham novo significado. Os de 1ª são retomados como direitos (agora revestidos de uma conotação, sobretudo, processual) de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e seu direito participativo, pluralista e aberto (CARVALHO NETTO, 1999, p. 482).

O direito pluralista⁴ por que se pauta este paradigma implica no reconhecimento da legitimidade do conflito, da necessidade de compatibilizar interesses divergentes, que gozam igualmente de proteção pelo ordenamento jurídico. Seria então reconhecer que numa sociedade moderna e democrática é preciso considerar, necessariamente, a diversidade de interesses e, por conseqüência o conflito e a diferença (DEL NEGRI, 2005).

O dogma da completude do ordenamento jurídico através do legislador está sepultado. Somente é possível pensar a completude do sistema jurídico a partir de uma Constituição principiológica, que requer uma releitura do papel de seus intérpretes, em especial dos juízes. O juiz tem a missão de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que viole a Constituição. Torna-se, assim, o intérprete constitucional qualificado, que tem por função primordial permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável (FREIRE JÚNIOR, 2004).

Os espaços decisórios de questões públicas, dentre eles o Parlamento, passam a se legitimar na medida em que se abram para a inserção da sociedade em seu âmbito de deliberação e decisão. A participação da sociedade nos processos de decisão apenas através de eleições não atende às exigências do Estado Democrático de Direito.

O Poder Legislativo deixa de ser o representante dos interesses de uma única classe homogênea, tal como era no paradigma liberal, ou de apenas de classes contrapostas com interesses bem delimitados, tal como era no paradigma do Estado Social. A pluralidade de interesses, de grupos, de visões, transfere-se ao Parlamento, tornando-o o espaço de deliberação e decisão onde estes interesses entram em conflito e se harmonizam constantemente através da produção democrática do direito positivo.

A efetivação do princípio da soberania popular requer a inclusão da sociedade em

⁴ Gisele Cittadino define pluralismo como multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna (Citadino, 2000).

geral nos processos de decisão, uma vez que o respeito ao pluralismo só se torna possível mediante a possibilidade de se discutir com os diferentes grupos as medidas a serem tomadas que os afetarão, sob pena de ferir o princípio da igualdade e privilegiar certos grupos em detrimento de outros (GALUPPO, 2002). Os Estados que pautam sua atuação por este paradigma devem estruturar suas ações de forma a incluir todos os cidadãos nos atos de governo.

O processo legislativo constitui, portanto, um procedimento constitucionalmente previsto, pelo qual se constroem normas legítimas na medida em que se verifiquem em seu decorrer os diferentes interesses presentes em uma sociedade pluralista.

A produção da lei, nessas intrincadas cogitações, deveria reconhecer essas diferenças multiculturais como fundamento da democracia para possibilitar uma maior participação popular (DEL NEGRI, 2005), de forma a aproximar-se cada vez mais da efetivação do direito à elaboração legislativa autônoma, o qual “concretiza-se nos direitos políticos basilares que justificam pretensões igualitárias de participação nos processos legislativos democráticos” (OLIVEIRA, 2002, p. 73).

O caráter democrático da lei, em um Estado Democrático de Direito, não consiste no simples ato de analisar se a lei foi produzida por um órgão competente e de acordo com o procedimento regular (validade), e muito menos pelo acatamento que a norma impõe (eficácia). Deve-se observar, acima de tudo, se a lei, na fonte de produção e sua posterior aplicação, está sendo elaborada e aplicada de forma legítima pela participação da soberania popular e se o procedimento preparatório para o provimento (lei) é capaz de assegurar a observância dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia (DEL NEGRI, 2005, p. 99).

A concepção de processo legislativo, fundada na teoria do processo, faz com que as normas que regem a produção do direito positivo deixem de ser meros requisitos formais para se tornar garantia de observância dos princípios processuais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. Esses princípios são tidos como aspectos procedimentais essenciais para se garantir a legitimidade do direito produzido, uma vez que garantem participação igualitária no processo legislativo dos interesses plurais que compõem a sociedade.

A legitimação deve ocorrer na fonte de produção do Direito, e para que as normas possam ser elaboradas de forma legítima há de ter a participação popular mesmo que indiretamente, pelos representantes debatendo e votando os projetos normativos, mas com rigorosa observação ao devido processo constitucional como fator determinante de atendimento aos direitos fundamentais que objetivam a legitimação do Estado Democrático de Direito (DEL NEGRI, 2005, p. 100).

A função legislativa, típica primordial do Poder Legislativo, apresenta-se como

essencial à existência de uma sociedade democrática, uma vez que a produção do direito por seus próprios destinatários é pressuposto de legitimação do ordenamento jurídico pela soberania popular⁵.

O respeito ao princípio da soberania popular requer a efetiva titularidade do poder pelo povo, o que rejeita a possibilidade de que qualquer poder exercido pelo Estado seja considerado legítimo se apresentar-se em suas condutas e resultados como espaço apropriado por sujeitos ou grupos individualizados. Também implica reconhecer que a democratização do Estado requer que seus espaços e procedimentos sejam abertos à inserção e conhecimento popular e compreendidos a partir desta exigência.

O Poder Legislativo mostra-se indispensável nas democracias contemporâneas, uma vez que se apresenta como espaço de exercício da autonomia e manifestação da vontade política plural. O Poder Legislativo continua sendo o espaço de deliberação e produção do direito vigente, inclusive pela titularidade do exercício de poder constituinte derivado, além das funções de fiscalização do Executivo e auxílio nas ações de governo. Suas funções, legitimadas pelo voto popular, não são dispensáveis no quadro da atual Constituição.

Aponta-se, porém, que o desenho constitucional atual das três funções estatais, as práticas e dinâmicas institucionais conduzem à preponderância do Poder Executivo sobre o Legislativo, com implicações no desenvolvimento das funções e delimitação dos papéis de cada um.

A Constituição Brasileira de 1824, que normatizou a separação de poderes sob a influência da teoria de Constant, adotou um modelo quatripartido de organização dos poderes – poderes Moderador, Legislativo (respectivamente Real e Representativo, na terminologia de Constant), Executivo e Judiciário. Desde então, o princípio da separação de poderes tem sido uma das pilastras do Constitucionalismo nacional. As Constituições brasileiras, inclusive as de 1967 e 1969 (para não lembrar a Carta de 1937) entronizaram o princípio, rendendo-se, porém seu tributo à da lei mais abrangente do poder, formulada por Montesquieu, e segundo a qual “quem o detém tende a dele abusar”. A desordem constitucional pós-64 desfigurou o princípio, proclamando-o muito mais como uma espécie de “homenagem do vício à virtude” do que como pedra fundamental do arcabouço constitucional, tendo em vista a concentração de poderes armazenados no Executivo e o amesquinamento do Legislativo e do Judiciário (MORAES, 2001).

⁵ Acerca da co-autoria das normas por seus destinatários, um estudo aprofundado pode ser encontrado em HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

A organização dos poderes no Brasil, em toda sua história anterior ao movimento constituinte 1987-88, deu-se no plano formal, sendo a autoridade de fato alcançada pelo Poder Executivo, o que se verifica pela imposição da figura do imperador e seu poder moderador (FAORO, 1977), até os sucessivos golpes do Executivo sobre as competências e prerrogativas do Legislativo e do Judiciário, os quais podem ser ilustrados pelos eventos da era Vargas e da ditadura militar pós-1964, em especial por meio dos Atos Institucionais.

No século XX, a questão da organização do Estado gravitou em outras proposições. A importância da separação de poderes, a partir da justificativa de garantir a liberdade, viu-se debilitada. Diferentes perspectivas apontaram o aumento dos poderes e atribuições dos executivos frente aos legislativos, tendo em vista a crescente complexidade das sociedades modernas e industriais (HIUTT, 1972; SARTORI, 1996, *apud* GROHMANN, 2001, p. 81).

A reafirmação do princípio da separação de poderes pela Constituição de 1988 possui, portanto, também o sentido de operação restauradora para afastar a desfiguração levada a efeito pelo processo autoritário mais recente (MORAES, 2001).

O debate acerca da compreensão da dinâmica e organização das instituições brasileiras recolocou-se à própria dinâmica conjuntural, na medida em que, saída das brumas autoritárias, a nação buscou refletir e remodelar suas instituições no sentido da democratização (GROHMANN, 2001). Este processo é comum aos países que vivenciaram momentos similares.

Não foi diferente em diversos países latino-americanos, os quais, em parte pelos novos tempos na arena internacional (fim da Guerra Fria, rechaço a sistemas autoritários), em parte por suas dinâmicas internas, reconstruíram ou fundaram sistemas políticos orientados pela perspectiva da democracia representativa. Para tanto assumiu importância a definição do arcabouço constitucional, o qual, trivialmente, define as regras da competição política e do como governar. O desafio, que ainda perdura, é determinar quais arranjos constitucionais possibilitam que práticas democráticas sejam seguidas e consolidadas, afastando o máximo possível a chance de que regimes autoritários voltem a surgir no cenário político. (GROHMANN, 2001, p. 76).

A compreensão acerca das instituições e seus papéis no âmbito da Constituição que resulta do processo de mudança apontado deve nortear-se, assim, pelo projeto democrático instituído e almejado.

A rigor, nos Estados contemporâneos, e essa não é característica isolada do Brasil, pode-se dizer que o Executivo conseguiu mais representatividade do que o Legislativo. Aqui mais ainda, por conta do presidencialismo, pois, quando é o eleitorado que escolhe diretamente o governante, neste fundem-se as expectativas e as esperanças populares, num grau que jamais a eleição de um deputado poderá

igualar (FERREIRA FILHO *apud* MORAES, 2001, p. 47).

Pereira e Mueller (2000) apresentam dois aspectos do processo de tomada de decisão no Congresso Brasileiro como fundamentais para compreender como o Executivo controla o Legislativo: em primeiro lugar, o poder de legislar garantido ao presidente pela Constituição; segundo, a centralização do poder decisório nos líderes dos partidos no Congresso. Para estes autores, três categorias amplas de poderes constitucionais do presidente promovem a preponderância do Executivo sobre o Legislativo:

(1) poderes legislativos pró-ativos, ou seja, aqueles que permitem ao presidente legislar e estabelecer um novo *status quo*, o mais comum é a Medida Provisória (MP); (2) poderes legislativos reativos, ou seja, aqueles que permitem ao presidente bloquear a legislação e, como consequência, defender o status quo contra a maioria legislativa que queira mudá-lo, sobretudo vetos totais ou parciais; e (3) a capacidade do presidente de moldar ou até mesmo definir a agenda do Congresso, dado seu poder exclusivo de iniciar certos tipos de legislação (PEREIRA, MUELLER, 2000, 46-47).

O aspecto mais marcante do Congresso Brasileiro, no que se refere à relação com o Executivo, são os extensos poderes legislativos do Executivo. O Executivo brasileiro pode iniciar legislação, retirar propostas das comissões via pedido de urgência, vetar – em parte ou no todo – legislação aprovada no Congresso, influenciar na composição das comissões, influenciar na escolha dos presidentes e relatores das comissões e criar comissões especiais. (PEREIRA, MUELLER, 2000, p. 61).

A proeminência do Executivo em detrimento do Legislativo, no âmbito federal, decorre ainda da adoção de um sistema presidencialista. Duas características centrais podem ser apontadas nos sistemas presidencialistas: o presidente reclama total legitimidade democrática; o presidente é eleito para um período de tempo, que, sob circunstâncias normais, não pode ser modificado, encurtado ou (em virtude de dispositivos constitucionais vigentes nos países que proíbem a reeleição) prolongado. No parlamentarismo, por sua vez, o governo deriva sua autoridade da confiança do Parlamento, das maiorias parlamentares ou da tolerância parlamentar em relação aos governos minoritários. O povo, no presidencialismo, elege de modo direto e por período determinado o chefe do Executivo, a quem são outorgados, pela Constituição, poderes para decidir a composição do ministério e para exercer o controle da administração. O Chefe do Executivo é o chefe simbólico do Estado (MORAES, 2001).

Moraes (2001), citando Figueiredo e Limongi (1999) e Santos (2001), afirma que se desenvolveu sob a nova ordem constitucional um padrão de governança que a literatura

denomina presidencialismo de coalizão.

O presidencialismo de coalizão reserva à presidência um papel crítico e central no equilíbrio, gestão e estabilização da coalizão. O presidente deve: cultivar apoio popular, o que exige eficácia de suas políticas, sobretudo as econômicas, para usar a popularidade como pressão sobre sua coalizão; ter uma agenda permanentemente cheia, para mobilizar atenção da maioria parlamentar e evitar sua dispersão; ter atitude proativa na coordenação política da maioria, dando-lhe direção e comando. A Constituição Federal conferiu ao Presidente da República possibilidades muito grandes de influência na legislação, mecanismos de intervenção no processo legislativo. Seus poderes de agenda incluem a capacidade para editar medidas provisórias com força de lei, o que permite ao presidente implementar sua agenda, sobretudo de natureza econômica e administrativa, superando possíveis obstáculos congressuais (MORAES, 2001). Por outro lado, a constante utilização e reedição das medidas provisórias acabam por congestionar a pauta dos trabalhos legislativos, contraindo o tempo destinado ao exame de outras matérias, possivelmente de origem no próprio Legislativo (SANTOS, 2000 *apud* MORAES, 2001).

O Presidente da República tem ainda ao seu dispor: ampla iniciativa das leis complementares e ordinárias; iniciativa privativa da legislação, dentre outras matérias, sobre o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, além da iniciativa das leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas, disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos ou aumento de sua remuneração, dos servidores públicos da União, criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública. Também não se admite aos parlamentares o aumento de despesas nos projetos de iniciação exclusiva do Presidente da República (MORAES, 2001).

Aponta-se o risco do presidencialismo imperial, acerca do que alerta, dentre outros autores, Benevides (1998):

Nunca vi na história brasileira, em períodos que não são considerados ditaduras, uma tal concentração de poderes. O presidente concentra poderes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Quando pressiona o Judiciário, quando impede ações diretas de inconstitucionalidade. Ele exercita o poder por meio de milhares de medidas provisórias. Isso caracteriza o presidencialismo imperial.(...)(BENEVIDES, 1998, p. 12).

Ainda que rejeitada a tese do presidencialismo imperial, tal como os argumentos de parte da literatura mais recente, por exemplo, Abrucio (1998), deve-se observar que a introdução do mecanismo da reeleição ocasiona, no que se refere às características do

presidencialismo brasileiro, os incentivos para a personalização do poder, tornando mais problemática a consolidação da democracia política no País, sobretudo por conta dos mecanismos de enfraquecimento partidário que acarreta (MORAES, 2001), o que reflete na baixa representatividade do Poder Legislativo em favor do Poder Executivo.

O Poder Legislativo é afetado ainda por certas características apontadas nas democracias mais recentes, mais fortemente no Brasil por questões de formação histórica. A análise política sistemática tem destacado que, nas democracias novas, como a brasileira, estão presentes pelo menos dois componentes perversos: 1) uma grande distância entre as normas formais e o funcionamento da maioria das instituições políticas; 2) o particularismo como uma instituição política dominante. Este componente refere-se aos vários tipos de relações não universalistas, desde as relações particularistas hierárquicas, por exemplo a patronagem e o nepotismo, os favores e “jeitinhos”, até as ações que, do ponto de vista das normas jurídicas atuais, seriam consideradas corruptas; apresenta-se como antagônico a um dos principais aspectos do complexo institucional de qualquer democracia política mais enraizada, qual seja a distinção comportamental e legal entre a esfera *pública* e a esfera *privada* (O.DONNELL, 1996, *apud* MORAES, 2001).

A organização política brasileira tem problemas no que diz respeito ao processamento da diversidade do País e à expressão da pluralidade de interesses e valores socialmente subjacentes. Esse caráter *delegativo* (e pouco *representativo*, por conseqüência) tem raízes mais antigas, oriundas de uma formação histórica de forte ênfase no Poder Executivo, da vocação eminentemente anti-representativa enquistada na cultura política brasileira e da recorrência ao autoritarismo, o qual, desgraçadamente, tem imprimido no desenvolvimento político nacional uma lógica de ciclos de contração e ciclos de abertura política (MORAES, 2001, p. 51).

A Constituição da República de 1988, porém, rejeita, por seu viés democrático, estes caracteres de uma cultura política que conduz ao autoritarismo e deságua no desprestígio das instituições e funções parlamentares. Trata-se da inauguração de um projeto com pretensão de permanência, contrapondo-se à herança de processos cíclicos de autoritarismo-abertura-autoritarismo. Não se trata somente de um conjunto de normas dissociadas da sociedade ou do contexto em que ganhou vigência, a Constituição atual decorre de um processo de construção da democracia e do Estado de Direito no Brasil que conduz à rejeição do autoritarismo, suas causas e conseqüências, em razão do aprendizado decorrente de sua vivência. Neste sentido, Oliveira (2000), Müller (2000), Cruz (2004) e Vianna (2004).

A compreensão do papel e relevância do Poder Legislativo no Brasil insere-se no processo de construção da democracia no Brasil, situando-se em seus desafios e

possibilidades no quadro até aqui descritos.

Os traços da cultura política, repudiados pela incorporação definitiva do princípio da soberania popular encontram-se, porém, arraigados no cotidiano das instituições e surgindo no pano de fundo do exercício das funções do Estado. Sua rejeição exige que a compreensão do papel e da dinâmica das instituições, principalmente no aspecto normativo, repudie-as, sob pena de: 1) permanência de um distanciamento entre a Constituição vigente e as práticas políticas e jurídicas; 2) perda de legitimidade das instituições representativas, em especial legislativas, e manutenção de concepções e condutas afetas ao autoritarismo.

Estas constatações ganham ainda maior relevância no constitucionalismo atual, pois o Poder Legislativo tem, por um lado, sua existência e atuação cercada das variáveis acima e submetida às exigências constitucionais democráticas; mas sua atuação sofre, por outro lado, o impacto da ascensão dos tribunais e cortes constitucionais após a 2ª Guerra Mundial. Este fenômeno se preserva e se reforça na medida em que a supremacia da Constituição se afirma sobre o poder político, no intuito de propiciar a limitação do exercício do poder, a efetividade dos direitos garantidos e a democracia.

As mudanças são resultantes das tentativas de solucionar a crise na qual adentrou o constitucionalismo em razão da ocorrência da 2ª Guerra Mundial, as quais geram releituras e (re)construções que alteram profundamente a compreensão da natureza e papel das Constituições, de seus processos de aplicação e atuação de seus intérpretes (no âmbito dos três poderes do Estado). Um dos pontos centrais é o reconhecimento da dimensão construtiva da aplicação do direito, em especial da jurisdição constitucional, compondo o sentido das normas vigentes, inclusive no que se refere ao arcabouço jurídico-constitucional que conforma os poderes Legislativo e Executivo.

A organização dos poderes no Brasil chega a um momento em que o sentido das normas constitucionais que delimitam os fundamentos e papéis do Poder Legislativo é, em parte, conformado pela atuação do Supremo Tribunal Federal. Assim, a jurisdição constitucional tem um papel primordial na efetivação dos postulados democráticos que legitimam o Legislativo, principalmente rejeitando práticas e concepções que os contrariam e retardam o desenrolar da democratização no Brasil.

3 O CONSTITUCIONALISMO PÓS 2^a GUERRA MUNDIAL, A ASCENSÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E A MUDANÇA NA COMPREENSÃO DA NORMAS CONSTITUCIONAIS E DO PAPEL DO INTÉRPRETE DO DIREITO

3.1 As releituras do Constitucionalismo após a 2^o Guerra Mundial e a ascensão dos Tribunais Constitucionais

A compreensão das Constituições, a partir da Segunda Guerra Mundial, submete-se a releituras direcionadas pela superação das mazelas promovidas, tanto pelas concepções que restringem as Constituições a uma conformação promovida pelo exercício de poder de fato, quanto pelas concepções que as identificam com previsões genéricas e abstratas fechadas em sentidos oferecidos unicamente por seus textos.

As duas vertentes podem ser ilustradas pela dicotomia estampada por Kelsen (2007) e Schmitt (2007), demonstrando apenas dois caminhos: ou as Constituições estão estritamente na esfera do político, subjugando, por seu próprio significado, toda a produção e aplicação de um Direito impotente, ou, por outro lado, se restringem ao espaço jurídico a partir da pretensão de norma superior em um ordenamento jurídico isento de interferências da política, das demais esferas normativas e de outras ciências.

A concepção meramente formal, a partir das formulações de Kelsen (2007), compreende as Constituições como fórmulas normativas vazias em seu conteúdo, cujo teor se submete à vontade do legislador constituinte. As concepções materiais que, no sentido de Schmitt (2007), identificam a Constituição com a decisão política fundamental, submetem-na ao titular do poder político de fato, retirando-lhe qualquer possibilidade de limitação do poder do governante frente a direitos previamente reconhecidos. Ambas as concepções retiram das Constituições a possibilidade de promover a proteção permanente de direitos essenciais e submetem-nas ao decisionismo, incapazes de tornar o poder político e seus atores submissos aos limites jurídico-constitucionais.

Essas visões dicotômicas apresentam-se insuficientes e demandam uma revisão a partir do momento em que o Direito Constitucional precisa resgatar seus papéis que se perderam no Estado nazista e demais experiências de Estados Totalitários. O distanciamento entre norma constitucional e realidade social e política, bem como o esvaziamento do Direito de qualquer relação com a moral, a ética e a pretensão de justiça, provocados pelo positivismo

jurídico, fazem com que a efetividade do Direito seja irrelevante e o conteúdo das Constituições torne-se mera escolha política, isenta de avaliação em termos de correção que extrapole o procedimento e a competência de criação (MÜLLER, 2005).

A ocorrência da 2ª Guerra Mundial, em especial das barbáries que em seu âmbito são cometidas, promove alterações profundas na compreensão das Constituições, em especial no que se refere à sua relação com o exercício do poder político.

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era um convite a atuação dos poderes públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado (BARROSO, 2006, p. 102).

O Constitucionalismo Pós 2ª Guerra Mundial vê-se frente ao desafio de sobreviver em suas finalidades primordiais: garantir a existência de Estados limitados em seus poderes e o respeito aos direitos fundamentais da pessoa, por meio da supremacia das Constituições. Esse desafio se apresentou, porém, num momento em que as Constituições haviam fracassado nessas tarefas.

A supremacia das Constituições no ordenamento jurídico apresenta-se como inafastável para que de fato realizem as grandes promessas do constitucionalismo: reconhecer e garantir os direitos fundamentais em todas as suas dimensões, conformar o exercício do poder político por normas jurídicas, evitando-se a arbitrariedade e a subjugação de todos pela vontade de um ou de poucos. No entanto, essas pretensões não seriam bem-sucedidas no contexto de Estados autoritários, acrescentando-se, portanto, mais uma finalidade às Constituições: reconhecer e preservar regimes democráticos. O reconhecimento da força normativa das Constituições, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, passou a ser premissa (BARROSO, 2006), postulado do Constitucionalismo Democrático.

A lógica da supremacia da Constituição exige que a validade das leis e dos atos do Estado busque nela seu fundamento, o que leva perda pelo o Parlamento de seu papel de guardião supremo dos direitos fundamentais em favor do Poder Judiciário, em especial dos Tribunais Constitucionais (CASTRO, 2002).

O modelo de supremacia do Poder Legislativo vigorava, antes de 1995, na maior parte da Europa, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir da década de 40, todavia, a onda

constitucional trouxe não apenas novas Constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência norte-americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a dotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de Tribunais Constitucionais (BARROSO, 2006).

Os Tribunais Constitucionais foram idealizados por Kelsen para atuarem como garantes da Constituição (norma maior em sua concepção escalonada do direito), preservando sua supremacia ⁶, visando garantir a existência do próprio Estado de Direito em face da atuação dos poderes constituídos (KELSEN, 2007).

Uma das justificativas do autor para a existência de Tribunais que exercessem jurisdição constitucional é a preservação da liberdade (elemento primordial da democracia), em especial da liberdade política garantida por meio das normas constitucionais, o que seria garantido quando o Tribunal fizesse cumprir adequadamente as normas constitucionais que incidam no exercício do poder político. A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais (KELSEN, 2007). O Tribunal torna-se a instância de solução dos conflitos entre os atos dos poderes do Estado e a Constituição.

Esta importância é de primeira ordem para a República Democrática, com relação à qual as instituições de controle são condições de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada deste ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria (KELSEN, 2007, p. 181).

Os Tribunais Constitucionais perdem-se, porém, de sua função inicial de legislador negativo idealizada por Kelsen (2007), auferindo poderes de intérprete constitucional qualificado e construtor do ordenamento jurídico, cuja atuação se torna determinante para os membros e órgãos do Poder Judiciário, ao passo que adquire também possibilidades de atuação sobre os demais poderes do Estado. Trazendo à baila a questão dos limites da atuação

⁶ Ressalte-se que a função do controle de constitucionalidade no modelo de controle difuso não se afasta da mesma finalidade dos tribunais constitucionais: a preservação da supremacia da Constituição frente aos poderes constituídos. Por esta razão trata-se, no presente trabalho, uma questão de controle realizado na forma difusa relacionando com a atuação do STF como Tribunal Constitucional, visto que este tribunal realiza as duas espécies de controle em relação à atividade legislativa, reforçando ainda mais seu poder de cognição ao controlar o Poder Legislativo frente às normas constitucionais.

possível sobre os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, na medida em que os realizadores das funções do Estado passam a submeter-se às normas constitucionais supremas, quebrando-se o dogma da rígida separação dos poderes em favor da máxima obediência à Constituição.

A Constituição conforma juridicamente o exercício do poder político, assim, os Tribunais Constitucionais não atuam de forma que possa ser caracterizada como puramente jurídica, sua atuação também possui teor político. No direito constitucional se esfuma a esfera entre direito e política (MÜLLER, 2005). Este traço dos tribunais constitucionais foi reconhecido por Kelsen (2007) em seu embate com Schmitt (2007), considerando como inerente à sua função solucionar litígios nos quais a linha entre o Direito e a política seja tênue.

Os Tribunais Constitucionais chamam para si a preservação da Constituição, cujas normas são supremas no ordenamento jurídico, o que confere uma força suplementar ao poder de cognição dos juízes, principalmente quando se apresenta sob a forma de uma competência judicial concentrada para análise da constitucionalidade dos atos dos demais poderes (CASTRO, 2002). Trata-se do intérprete constitucional de maior qualificação, uma vez que suas decisões não estão subordinadas à revisão por nenhum outro. Esse papel colocou tais órgãos em posição central no arcabouço político-constitucional.

A função desses tribunais, comumente traduzida na expressão “guarda da Constituição” transforma-o em intérprete constitucional de maior autoridade dentro da estrutura de concretização do ordenamento jurídico, uma vez que suas decisões não estão subordinadas à revisão por nenhum outro. Assim, adquirem a possibilidade de até mesmo recriar as Constituições pela via interpretativa (SAMPAIO, 2002). Este papel construtivo do Direito, em especial das Constituições, apresenta-se na atividade jurisdicional em geral, embora mais latente nos tribunais constitucionais.

Esses Tribunais, porém, possuem o poder de dizer em última instância o sentido das normas de maior hierarquia no ordenamento jurídico, o que faz sem sofrer controle externo institucionalizado. Tal possibilidade oferece o risco de que o Tribunal se torne uma instância autoritária na medida em que utilize sua posição de intérprete qualificado para aumentar seus domínios, forçando interpretações insustentáveis. A obediência aos limites da interpretação possível é essencial para a legitimação de um Tribunal que pretenda se firmar como Tribunal Constitucional.

Por um lado, diversas alterações na configuração político-jurídica do Estado

constitucional conferiram ao Judiciário um protagonismo que ele nunca antes havia conhecido. O fenômeno da *constitucionalização* que caracterizou a Europa Ocidental pós Segunda Guerra e a Europa Oriental pós queda do Muro de Berlim, de um lado do Atlântico, e a América Latina com o fim dos períodos de ditadura, do outro, com a fixação de Cortes Constitucionais e o desenvolvimento da uma correlata jurisdição, acarretou um expressivo aumento da função judiciária – em especial no âmbito do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos – desencadeando, dessa forma, acirrados e infundáveis debates acerca do papel, dos limites e da legitimidade dessa atuação (SANTOS, 2006, p. 10).

Paralelo à aquisição de força e relevância pelos Tribunais Constitucionais, verifica-se uma diminuição do papel do Poder Legislativo na distribuição contemporânea das funções estatais e a perda de seu poder se representatividade frente à sociedade. São apontados como causas desse declínio do prestígio do Poder Legislativo: a concentração de poderes no Executivo, como forma de solucionar os problemas de cunho social (CARVALHO NETTO, 1999); bem como o questionamento e superação do dogma da completude do ordenamento jurídico através do legislador (MÜLLER, 2005), cabendo aos juízes a missão de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que viole a Constituição. Os Tribunais Constitucionais tornam-se intérpretes constitucionais qualificados, que tem por função primordial permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável (FREIRE JÚNIOR, 2004).

A definição dos limites e possibilidades de atuação destes tribunais se atrela à definição da própria compreensão da norma constitucional e seus correlatos processos de aplicação, de forma que só podem ser definidos a partir da análise da compreensão adequada de norma e dos processos de concretização do Direito no constitucionalismo atual.

As normas jurídicas possuem um caráter aberto em seu sentido, o que se apresenta pela própria natureza da linguagem que se conforma por um horizonte de sentido permanentemente em construção. O caráter aberto dos textos de norma torna-se mais evidente na medida em que os princípios adquirem gradualmente relevância até atingirem o topo do ordenamento jurídico. A efetividade dos direitos garantidos requer que os casos concretos recebam a resposta correta, adequada às suas peculiaridades, mas que guarde correspondência com aquilo que é devido pelo Direito.

As tentativas de oferecer sustentação teórica à necessidade de realizar as tarefas do Constitucionalismo Pós 2º Guerra promovem um breve retorno ao Jusnaturalismo, mas que não se sustentou em face das exigências de racionalidade dos fundamentos, tanto na produção quanto na aplicação do Direito (MÜLLER, 2005). Assim, os Estados de Direito, agregados das características e exigências da democracia, dependem da existência de Constituições supremas que os assegurem, mas apresentem-se devidamente fundadas em pressupostos

racionais de existência e procedimentos igualmente racionais e seguros de concretização. Uma racionalidade, todavia, de caráter argumentativo.

Neste sentido, Müller (2005), assim como Barroso (2006), argumenta que o Direito exige o resgate de suas relações com a ética, a moral e as demais ciências sociais, sem o que não superaria a ausência de fundamentos normativos mínimos e inafastáveis que evitem a aniquilação de direitos frente à diversidade e concretude das relações humanas e ao exercício do poder de fato.

O caráter construtivo da atuação dos intérpretes do Direito torna-se algo inevitável e necessário por dois motivos centrais: mudança na compreensão das normas jurídicas, dentre essas e com maior relevo as normas constitucionais, e, conseqüentemente, de sua aplicação; exigência de efetividade, em especial dos direitos fundamentais garantidos nas Constituições frente às exigências concretas de uma sociedade plural e de casos específicos, reconhecidos como eventos únicos e irrepetíveis. A previsão geral e abstrata, calcada no direito codificado, perde sua precedência e passa a ser submetida a um ordenamento constitucional principiológico que requer a obediência da legislação inferior, exigindo também a interpretação e adequação para que seus mandamentos sejam devidamente realizados a cada novo caso concreto (MÜLLER, 2005). As mudanças apontadas provocam a centralidade do controle de constitucionalidade das normas bem como uma mudança profunda no papel dos juízes e tribunais.

A hermenêutica concretista proposta por Friedrich Müller e a proposta construtivista de Ronald Dworkin, embora pertencentes a matrizes jurídico-constitucionais diversas, retratam de maneira convergente a compreensão do direito e da norma jurídica, bem como as variáveis envolvidas no processo de concretização da norma constitucional, com ênfase para o papel do intérprete.

3.2 A compreensão da norma e o processo de concretização na hermenêutica concretista

A mera previsão legal, no paradigma jurídico atual, não mais satisfaz a pretensão de validade de um direito. Portanto, faz-se necessária sua efetivação no plano concreto, ou seja, há uma exigência de aproximação entre texto e realidade constitucional. O estudo e a práxis jurídica devem concentrar suas preocupações na efetividade do Direito: a correspondência entre aquilo que é devido pelo ordenamento jurídico e o que de fato é auferido pelo titular do

direito quando a normas incide sobre seu caso específico.

A hermenêutica concretista, que tem como expoentes, na Alemanha, Friedrich Müller e Konrad Hesse e, no Brasil, Paulo Bonavides, oferece uma proposta de interpretação e aplicação do Direito que se pauta pela efetividade das normas constitucionais, partindo de uma nova compreensão da estrutura da norma jurídica. Esta corrente parte de uma crítica ao positivismo jurídico e pretende ir além de suas respostas, as quais, segundo Müller (2005), impossibilitaram desde o início a efetividade do Direito visto por essa perspectiva.

O positivismo jurídico parte dos seguintes pressupostos: separação entre o direito e a realidade, com a finalidade de tornar o direito forma pura e garantir sua autonomia frente a outras ciências, o que provocou o esvaziamento do direito no que se refere a questões de conteúdo e efetividade; separação rígida entre Direito e Moral e Ética; identidade entre vigência e validade da norma jurídica, por meio de um critério meramente formal de validade; identificação entre norma e texto da norma; pretensão de sentido unívoco do texto da norma (MÜLLER, 2005)

O Direito, partindo dos pressupostos de segurança e racionalidade, fecha-se em sua pretensão de conformar as relações humanas sem ser conformado, em contrapartida, pelo horizonte de vida social e política do qual emerge, o que, dado o caráter irrepetível e histórico dos fenômenos sociais, retiraria a anterioridade, generalidade e abstração da norma jurídica racional e segura.

O Direito afasta-se ainda de sua dimensão de ciência social aplicada, pois se desprende do que caracteriza essencialmente essas ciências, do fato de estarem situadas e terem por objeto a vida social e as relações humanas e ao mesmo tempo derivarem destas (MÜLLER, 2005).

O mesmo intuito de segurança e racionalidade provoca o esvaziamento do Direito do substrato que necessariamente lhe é dado pela Moral, pela Ética e pelas teorias da justiça. Essas esferas normativas comportariam um espaço de teor valorativo, tomado pelos positivistas como subjetivista e, portanto, variável e não seguro. Por esse motivo, o Direito deve se fechar em uma lógica própria de correção e legitimidade, fundada em parâmetros formais de elaboração (MÜLLER, 2005).

O Direito teria sua validade identificada com sua vigência, devendo a norma ser considerada o direito a ser aceito e acatado por ter passado por um procedimento formal de elaboração de origem estatal, o que acaba por submeter toda a existência e correção do ordenamento jurídico ao legislador, desde o legislador constituinte até o sujeito competente para elaborar a norma de menor hierarquia na pirâmide normativa.

Toda a compreensão positivista do Direito parte de uma possível apreensão da norma pelo teor textual que a expressa, identificando norma e texto normativo, mecanismo que possibilitaria apreender de antemão as situações a serem reguladas na vida social, portanto, mesmo que se admita que o sentido do texto possa apresentar mais de uma interpretação possível, este se fecha no teor literal do texto normativo, devendo todos os significados possíveis serem extraídos pelo intérprete, o qual escolherá politicamente aquele que será aplicado. Tais proposições convergem com as idéias de Kelsen (1984), em sua “Teoria Pura”.

O positivismo jusconstitucionalista compreende a Constituição como um sistema formal de leis constitucionais (assim como a lei é um ato de vontade do Estado sob a forma de lei), sem lacunas, sendo que suas normas não podem conter um nexó material com dados da história ou da sociedade que regulamenta. Não é negada a existência de tais nexos, mas são considerados como irrelevantes para a ciência jurídica (MÜLLER, 2005).

A pretensão de completude do ordenamento jurídico pressupõe a inexistência de lacunas, assim, qualquer caso concreto que surja já está previamente solucionado pelo sistema. Todos os casos imagináveis já estão pré-decididos, bastando que o sentido seja apreendido pelo intérprete dentro de um sistema meramente textual (MÜLLER, 2005).

A aplicação desses pressupostos na compreensão e vivência do ordenamento jurídico gerou os seguintes resultados: a norma é uma categoria meramente abstrata, previamente dada, e o Direito não possui um fundamento material; o trabalho com norma é um trabalho apenas com textos; o intérprete, no contexto de aplicação, apenas aplica o que já está posto no texto da norma, mediante um processo de subsunção lógica; o contexto, a realidade social é irrelevante para a decisão judicial; a adequação da decisão ao caso concreto não é relevante, uma vez que o Direito não se preocupa com a justiça ou qualquer pretensão de correção fora de parâmetros formais; a norma expressa tão somente em um texto, possui um conteúdo previamente definido (MÜLLER, 2005).

Os pressupostos e conseqüências do positivismo promovem, em grande parte, a crise do constitucionalismo que sucedeu a 2ª Guerra Mundial. Por outro lado, foram questionados em razão dela. As conseqüências precisam ser superadas para que o Direito, em especial o Direito Constitucional consiga cumprir suas promessas de realizar os direitos fundamentais do homem, limitar o poder do Estado, para o que necessita de outros fundamentos e métodos de trabalho, posto que o decisionismo e a ausência de pretensão de correção deixaram a pessoa à mercê dos Estados e governos e retiraram do Direito a capacidade de evitar o arbítrio.

A própria existência do Estado de Direito depende de uma releitura acerca dos fundamentos do Direito, seus processos de aplicação e a atuação de seus intérpretes.

A compreensão positivista do Direito e da interpretação jurídica parte de um erro fundamental acerca da própria definição da norma jurídica, considerando que sua estrutura encontra-se apenas no texto que a expressa.

Müller (2005) afirma que a estrutura da norma compõe-se de seu texto, chamado programa da norma (que estabelece os limites da concretização possível), e o âmbito da norma, formado pelas circunstâncias relevantes do caso concreto decidendo (consideradas como tais aquelas que o tornem um caso específico perante os demais regulados pelo mesmo texto de norma). Somente mediante a presença dos dois elementos pode-se dizer que há uma norma jurídica completa. Portanto, a norma jurídica somente é encontrada realmente como norma expressa na decisão de casos concretos.

O Direito é incapaz de produzir fórmulas abstratas nas quais os futuros casos reais venham a se encaixar perfeitamente. O sentido da norma não pode ser definido previamente apenas por seu texto, porque ela possui um núcleo materialmente circunscrito, o qual se torna claro, diferenciado e enriquecido na norma de decisão de cada caso individual, respeitadas as limitações impostas pelo texto (MÜLLER, 2005).

A validade é aferida a partir de uma dimensão material da norma e seu significado passa a ser entendido como dependente da realidade social à qual ela se refere. Portanto, a norma não preexiste à realidade, é constituída em e a partir dela.

Ordenação e realidade devem ser consideradas em sua relação, em seu contexto e em seu condicionamento recíproco. Para quem apenas contempla a ordenação jurídica, a norma ou está em vigor, ou derogada. Já para quem só leva em conta a realidade política e social, não consegue perceber o problema em sua totalidade, ou será levado a ignorar o significado da ordenação jurídica (HESSE, 1991, p. 13).

Dessa forma, o conteúdo da norma não está, portanto, previamente dado: é co-determinado pelo caso a ser solucionado. A norma possui um sentido material que somente pode ser oferecido por seu âmbito de aplicação. Assim, o mero silogismo não consegue produzir a decisão adequada porque não abrange o fundamento material das normas, só funciona com abstrações.

A decisão adequada, considerada como aquela capaz de efetivar um direito dando a resposta que oferece a melhor solução do ordenamento jurídico vigente para aquele caso específico, somente pode ser encontrada considerando as características fáticas relevantes presentes em cada caso decidendo. A construção da decisão adequada envolve aspectos materiais a serem também considerados, cada novo caso (considerado um evento histórico irrepetível) requer uma nova decisão adequada.

A decisão tem que alcançar uma fundamentação jurídica que vá além do texto legal. A normatividade, considerada como a capacidade da norma de conformar a realidade, depende da possibilidade de adequação entre texto jurídico e realidade jurídica. A norma só vai conformar a realidade se for adequada a ela. A adequação, porém, dá-se pelo trabalho jurídico, tendo-se constatado que a normatividade é de natureza processual (MÜLLER, 2005). Por isso, é necessário um processo de concretização que resulte na efetivação do Direito, determinando o conteúdo da norma e respondendo satisfatoriamente ao conflito.

O operador do Direito não atua satisfatoriamente por meio da realização de uma subsunção lógica entre a norma (premissa maior) e caso concreto (premissa menor), por meio de uma operação eminentemente abstrata. É sua tarefa realizar uma concretização, incluindo no processo decisório a análise do âmbito material da norma na mesma proporção em que observa seu texto (MÜLLER, 2005).

Bonavides (2002), referindo-se à hermenêutica concretista, afirma que todo o esforço de Müller se concentra em estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma de modo que a atividade interpretativa (deixada aberta pela tópica) possa, com a racionalização metodológica, ficar vinculada, não se dissolvendo o teor de obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional (BONAVIDES, 2002).

O intérprete tem que fornecer representações logicamente estruturadas de seus processos decisórios. A fundamentação necessária no contexto de uma democracia e de um Estado de Direito encontra-se no processo de concretização apresentado inteiramente (MÜLLER, 2005).

A clareza e a honestidade no que se refere aos métodos utilizados constituem elementos fundamentais do procedimento racional de concretização. Qualquer pessoa, cujo trabalho tenha por finalidade oferecer respostas para problemas jurídicos, tem a obrigação de expor seu processo decisório. A fundamentação da decisão deve resultar na exposição de representações logicamente estruturadas. Essa exposição do processo decisório é necessária por duas razões centrais: o trabalho de concretização possui abertura no que se refere à orientação pelo problema e sofre limitação pelo processo racional de concretização, direcionado pelo texto das normas; por outro lado, são elementos essenciais da decisão a possibilidade de contestação pelas partes envolvidas e a segurança oferecida pela juridicidade da decisão frente à Constituição.

(...) constitui exigência essencial no contexto de um Estado de Direito Democrático, em especial, em razão da necessidade de decisões que se mostrem juridicamente embasadas e passíveis de serem contestadas. O trabalho jurídico é objetivo na

medida em que for um processo estruturável, comunicável e controlável de trabalho com a linguagem (MÜLLER, 2005. p 145-151).

O procedimento deve considerar as características relevantes para se chegar à melhor decisão que o Direito possa oferecer. Não se trata de utilização arbitrária de qualquer circunstância fática, trata-se de características que estejam normativamente circunscritas, que ofereçam substrato material para determinar o conteúdo da norma.

O sentido do texto não é estático, unívoco, prévio, nem determinado isoladamente, mas direciona e limita a concretização possível em relação com outros textos, o que se dá mediante a interpretação de todo texto jurídico vigente relevante.

Cabe ressaltar que esta função limitadora não se dá a partir do texto, enquanto significado das palavras como um sentido isolado e definido previamente. O texto escrito não possui uma unidade, um centro de sentido, ele participa de processos em razão de sua relação com outros textos. O limite do teor literal é um dado a ser produzido pelo trabalho jurídico que trate o texto em sua correlação com outros textos do ordenamento que co-determinem seu sentido (MÜLLER, 2005, p.143-145).

A decisão adequada deve resultar de um processo decisório, no qual o texto constitucional tem uma função limitadora, e cuja racionalidade deve ser demonstrada pela exposição dos fundamentos da solução encontrada, bem como dos métodos de interpretação utilizados para tal.

O intérprete pode utilizar todos os métodos de interpretação, denominados elementos hermenêuticos: métodos tradicionais de interpretação, jurisprudência, elementos do âmbito da norma, dogmática, teoria constitucional, política constitucional. A hierarquia entre os elementos deve ser estabelecida em razão de sua maior proximidade em relação ao texto, uma vez que o texto (programa da norma) delimita o espaço possível de concretização (BONAVIDES, 2002).

A função limitadora do texto, aliada ao procedimento racional de concretização, atestam a juridicidade da decisão. Não obstante, necessário se faz reconhecer que a aplicação do Direito decorrente desse processo tem natureza criadora. Ao realizá-lo, o intérprete não se limita a efetuar a atuação da lei ao caso concreto. Ele constrói o sentido da norma considerando a realidade que perpassa sua produção.

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma ("*Gebot optimaler Verklichung der Norm*"). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o

Direito e, sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça desta tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (HESSE, 1991, p. 22).

Para Canotilho (1999), a dimensão criadora da concretização se confirma inclusive pela idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete. É necessário reconhecer que o operador jurídico não é um ser no meio do nada, o intérprete possui uma origem, um papel social, valores e pré-concepções resultantes de sua formação pessoal e profissional. Tal constatação não implica, porém, em atribuir um aspecto decisionista à atuação do intérprete, em reconhecer uma normatividade do fático construída pela escolha subjetiva do decisor.

O trabalho jurídico requer uma visão além do Direito. O intérprete, para realizar uma concretização e não mera aplicação de texto legal, deve conhecer a realidade social que co-constitui a norma, o que inclui os aspectos sociais, políticos, culturais, econômicos, e ambientais de uma determinada comunidade. O Direito é uma ciência social, não pode mais ter a pretensão de ser uma ciência pura (MÜLLER, 2005).

A práxis constitucional é essencial na efetivação da Constituição. O trabalho jurídico com casos reais determina o conteúdo da norma e cada caso é um caso relevante na concretização da Constituição (MÜLLER, 2005). Esta dimensão construtiva da atividade concretizadora não se faz somente necessária, como também inevitável, dado o caráter dinâmico da realidade social dentro da qual se situam os conflitos, cujas respostas devem ser dadas pelo ordenamento jurídico de forma efetiva.

A construção e reconstrução do sentido da norma sem a perda do aspecto deontológico do direito requer uma atuação argumentativa do decisor, o que não restringe, pelo contrário, amplia a dimensão da responsabilidade do intérprete pelos resultados da decisão tomada. A mudança do contexto social, de forma a aproximar práticas institucionais e sociais do texto constitucional, satisfazendo a pretensão de efetividade dos direitos garantidos, depende da atuação construtiva dos intérpretes da Constituição.

3.3. A construção e reconstrução do Direito na prática jurídica cotidiana

Ronald Dworkin encontra-se dentre os juristas que afirmam a dimensão construtiva da atuação do intérprete. A atividade do intérprete na construção da decisão adequada é limitada pelo Direito que já está posto, ao mesmo tempo em que reconstrói e cria o Direito para o futuro. O autor expressa a proposta através da metáfora do romance em cadeia, segundo a qual o Direito deve ser interpretado como um livro escrito por vários autores, de forma que cada autor continue o romance do ponto em que parou o autor anterior sem perder a coerência com o trabalho deste, mas tornando a obra melhor em sua continuação (DWORKIN, 1999).

Os operadores do Direito, ao mesmo tempo em que realizam o direito vigente, também o constroem. Tal constatação é necessária a partir do questionamento do paradigma positivista de análise do direito, pelo reconhecimento de que o Direito possui uma dimensão material de validade e seu conteúdo resulta necessariamente do processo hermenêutico realizado por intérpretes situados em um determinado espaço e tempo.

Toda interpretação, assim como toda atividade humana dá-se num contexto histórico, pressupõe paradigmas e, para usar uma expressão de Habermas, um pano de fundo de mundo da vida compartilháveis, que simplesmente não podem ser, em sua totalidade, colocados entre parêntesis, através de uma atividade de distanciamento ou abstração, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem; “paradigmas”, mundos da vida compartilháveis, embora plurais, são condições pra a interpretação, são condições de comunicação. Por isso, a atividade de interpretação jurídica não se dá, como acreditam certas correntes positivistas, porque a linguagem através da qual a norma se expressa é ambígua ou obscura ou porque aquele que criou a norma assim o quis. Toda comunicação implica interpretação, não no sentido de que seja preciso desvendar um pretense verdadeiro significado, ou seja, aquele significado que o emissor quis ou intentou expressar, mas no sentido de que interpretar implica atribuir sentido, compreender o que se comunica, sob o pano de fundo de tradições e mundos da vida compartilhados (OLIVEIRA, 2001, pp. 143 -144).

A não arbitrariedade das decisões, sua certeza jurídica e racionalidade, decorrem do procedimento hermenêutico utilizado.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do direito vigente, satisfaçam a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, quanto no sentimento de justiça realizada que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto (CARVALHO NETTO, 1999, p.480)

O significado da norma, portanto, não é estático, ele sofre mudanças pela via da

interpretação de acordo as exigências da realidade social, política e econômica subjacente. Para Dworkin, os operadores do Direito o constroem na solução de casos concretos, na medida em que buscam soluções corretas para casos irrepetíveis por meio de uma argumentação fundada em razões de princípio. O Poder Judiciário não escolhe o significado das normas, constrói o sentido das proposições atendo-se ao Direito vigente, geral e universal, na busca pela solução correta para casos que são necessariamente específicos, uma vez que cada caso concreto é um evento histórico irrepetível (DWORKIN, 1999).

A dimensão construtiva do Direito é inerente à função jurisdicional no paradigma jurídico contemporâneo, mas não pode prescindir de um procedimento hermenêutico que garanta sua legitimidade. A construção do significado da norma no âmbito de aplicação deve decorrer de um procedimento argumentativo racional. O Poder Judiciário, ao determinar o significado e alcance de determinada norma, deve pautar sua decisão em argumentações que tornem tal significado passível de ter sua correção aferida *a posteriori* (fundada no entendimento acerca de todas as normas incidentes e das características do caso concreto, consideradas as manifestações das partes envolvidas), sob pena de perda da racionalidade da decisão em favor de um subjetivismo pautado por uma escolha valorativa do intérprete.

O intérprete, ao solucionar casos concretos, deve interpretar a prática jurídica de forma a construir um direito melhor no futuro, sem, no entanto, se descuidar do passado, atendo-se ao direito vigente, que inclui o direito legislado, os precedentes judiciais e ciência jurídica. Assim, a prática jurídica provoca releituras que faz o Direito evoluir sem perder-se dos fundamentos que o sustentam. O juiz deve sempre se pautar pela preservação da integridade, idéia que se define por razões de moralidade política que constituem o substrato das normas jurídicas, em uma dada comunidade e implica na convivência entre as idéias de justiça, imparcialidade e igualdade (DWORKIN, 1999).

A integridade requer que o intérprete ofereça a decisão justa a cada caso concreto. Uma decisão é justa (ou seja, respeita a Integridade do direito) se fornece a resposta correta (mesmo que esta não se baseie na estrita legalidade) para o caso (GALUPPO, 1999).

Segundo Galuppo (1999), a resposta correta funciona como um modelo ou como um norte para atividade do juiz, pois seria necessário um trabalho acima da capacidade humana para se chegar a ela.

O que propicia a resposta correta é a atitude interpretativa autoreflexiva pautada por razões de princípios. A atitude interpretativa requer um juízo de adequação mediante a análise global do caso concreto, cujas características não podem ser previstas de forma completa no ordenamento jurídico vigente.

Os princípios considerados como os fundamentos do Direito de uma dada comunidade propiciam a correção da resposta (DWORKIN, 1999). A exigência de Integridade do Direito (que se cumpre, antes de tudo, de forma interpretativa) requer que os princípios sejam concebidos como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que não podem ser enumerados previamente ao caso concreto, nem hierarquizados (GÜNTHER, 2000).

Dworkin parte de um conceito de Direito que é inerente às comunidades jurídicas pluralistas, nas quais todos estão unidos em comunidade, apesar de divididos em projetos, interesses e concepções diversas (GALUPPO, 1999). No contexto de aplicação, o intérprete tem que encontrar lugar para todos os princípios de acordo com as características do caso, uma vez que todos constituem fundamentos de igual relevância para o ordenamento jurídico. Por esse motivo, os fundamentos diversos do Direito concorrem sem que qualquer deles perca sua qualidade de norma plenamente válida.

O direito não se exaure em nenhum catálogo de regras ou princípios, cada um com seu próprio domínio sobre alguma arena separada do comportamento.(...) O império do direito é determinado pela atitude, não pelo território, ou pelo poder, ou processo. (...) Ele é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva endereçada à política no sentido mais amplo. É uma atitude de protesto que torna cada cidadão responsável por pensar o que os compromissos públicos de sua sociedade são em princípio, e o que estes compromissos exigem em novas circunstâncias. O caráter de protesto do direito (...) almeja, no espírito interpretativo, assentar princípio sobre a prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a fé correta no passado. É, finalmente, uma atitude fraternal, uma expressão de como nós estamos unidos em comunidade, apesar de divididos em projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer maneira, o que o direito é para nós, para o povo que nós queremos ser e para a comunidade que nós pretendemos ter (DWORKIN, 1999, p. 413).

O intérprete tem que estabelecer, na solução dos conflitos, um esquema não arbitrário de prioridade, acomodando os princípios de forma que leve em conta a origem de ambos na moralidade política.

É exigido de mim que encontre um lugar em toda interpretação geral de nossa prática legal para todos os princípios (...). Nenhuma interpretação geral que negasse qualquer uma delas seria plausível; a Integridade não poderia ser satisfeita se qualquer um deles fosse completamente rejeitado. Mas a Integridade exige que alguma solução para seu impacto competitivo (...) seja emanada. (...) A integridade exige isto porque exige que eu termine a questão (DWORKIN, 1999, p. 270).

O afastamento de um determinado princípio em favor de outro constitui uma questão de interpretação acerca do que é relevante para se chegar à decisão justa no caso concreto, o que requer um trabalho argumentativo do intérprete na prática cotidiana do Direito.

A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto para que se possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalização e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato que Günther denomina *sense* de adequabilidade, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador ao tomar suas decisões (CARVALHO NETO, 1999, p. 482).

Dworkin reconhece que um texto possibilita várias leituras, mas tal leitura no caso das decisões judiciais se caracteriza por ser a solução de um litígio concreto, e por isso envolve igualmente a interpretação de fatos que configuram uma situação de aplicação única e irrepetível. Portanto, no âmbito dos discursos de aplicação, faz-se justiça na medida em que intérprete for capaz de fundamentar sua decisão na escolha de uma única solução adequada à complexidade da situação que se apresenta. A imparcialidade do julgador se traduz, portanto, na sua capacidade de levar em conta a reconstrução fática de todos os afetados pelo provimento e fazer, assim, com que o ordenamento como um todo se faça presente para oferecer a norma adequada à situação, promovendo a justiça para as partes, sem desconsiderar a situação concreta de aplicação (CARVALHO NETO, 1999).

Dworkin adota também a concepção de que existe uma divisão entre as atividades legislativa e judiciária, e o que caracteriza o *mister* jurisdicional é seu caráter de concretude e irrepetibilidade, uma vez que cada caso concreto *sub judice* é historicamente singular (SILVEIRA *apud* CARVALHO NETO, 1999).

A proposta de Dworkin para uma interpretação construtiva teoricamente dirigida do Direito vigente pode, assim, ser defendida nos termos de uma leitura procedimentalista que altera as exigências idealizadas da construção de uma teoria sobre o conteúdo idealista dos pressupostos pragmáticos necessários ao discurso jurídico, a operar, no interior dos limites requeridos pelo princípio da separação de poderes, sem que o judiciário invada as competências legislativas e subverta os estritos limites legais da administração (CARVALHO NETO, 1999).

O esforço argumentativo do intérprete, no contexto de aplicação, pautado em razões de princípios e nas especificidades do caso concreto, permite a expressão da dimensão construtiva do Direito sem que este perca sua perspectiva deontológica e se converta em escolha do intérprete.

O significado da norma é, em parte, aferido no contexto de aplicação, uma vez que seu sentido só se completa pelo substrato material oferecido pelo caso a ser solucionado. Por outro lado, o Direito de uma comunidade também se constrói pela prática jurídica cotidiana.

A atuação do intérprete, no contexto de aplicação das normas, apresenta-se essencial

para a realização de direitos constitucionalmente garantidos, atribuindo-lhes parte de seu significado e fazendo-os atuar adequadamente na realidade que pretendem conformar, o que compõe parte do Direito vigente num processo permanente de (re)construção pelo trabalho cotidiano.

A solução de casos concretos possui relevância para o ordenamento jurídico por duas razões centrais: O direito se constrói e se reconstrói a partir de decisões específicas, o que torna cada caso um passo ou um retrocesso no direito de um povo (sociedade política); a efetividade do Direito somente é aferida quando casos concretos são solucionados de maneira adequada, recebendo a resposta que lhe é devida pelo direito válido, e é pela efetividade que uma Constituição se realiza na vida social.

O papel do intérprete ganha relevo, uma vez que sai da condição de mero transmissor do teor legal, no máximo o decisor de seu significado no melhor sentido gramatical, para a condição de operador de um trabalho complexo de concretização com dimensão criadora. Possui, porém, um conjunto de pré-compreensões, na qualidade de sujeito situado em um tempo, espaço e contexto social e político, que necessitam ser consideradas como interferentes em sua atuação na solução de casos, mas que não podem ser determinantes nesse processo, sob pena de esconder-se uma opinião pessoal sob o manto de uma variável jurídica na solução de um conflito concreto.

O trabalho com normas jurídicas extrapola, portanto, o trabalho com textos, envolve um processo de decisão inserido no contexto de uma sociedade específica, cujos contornos acabam por fazer parte do âmbito material da norma. Assim, contornos essenciais da vida em sociedade definidos por práticas historicamente sedimentadas podem incidir no processo de decisão de casos concretos, ainda que levadas pela pré-compreensão dos intérpretes atuantes.

Estas constatações ganham enorme relevância quando se trata de atuação dos tribunais constitucionais ao decidirem conflitos envolvendo instituições essenciais para a efetividade dos princípios constitucionalmente adotados, uma vez que a solução dada esgota a resposta a um caso específico, sem revisão por outro órgão, passando a necessariamente fazer parte da história constitucional, co-determinando o sentido da Constituição vigente na vida social.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E SUA COMPREENSÃO ACERCA DO PODER LEGISLATIVO EXPRESSA NOS FUNDAMNTOS DE ADMISSÃO DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS

4.1 A posição do Supremo Tribunal Federal na história constitucional brasileira anterior à Constituição da República de 1988

O Supremo Tribunal Federal- STF sofreu, em sua formação, influências da Suprema Corte de Justiça do Império, instituição de caráter político e judiciário, cuja finalidade foi assim descrita:

Era, pois essencial, indispensável descobrir um meio, criar uma autoridade que tivesse a alta missão não de ser uma terceira instância, sim de exercer uma elevada vigilância, uma poderosa inspeção e autoridade, que defendesse a lei em tese, que fizesse respeitar o seu império, o seu preceito abstrato, indefinido, sem se envolver na questão privada, ou interesses das partes, embora pudesse aproveitar ou não a elas por via de consequência. A sua missão direta e fundamental devia dirigir-se a reconduzir os tribunais ao sagrado respeito à lei, à pureza e uniformidade de sua aplicação, o obedecê-la religiosamente (PIMENTA BUENO, 1978, p. 338).

O STF, em sua origem já trazia a função de órgão maior do Poder Judiciário, sendo chamado por Pimenta Bueno de “defensor do império e pureza da lei no sentido do interesse público” (PIMENTA BUENO, 1978, p. 338).

A doutrina nacional, portanto, enxergava a tarefa do Supremo Tribunal de Justiça de uma perspectiva que retrata o Poder Judiciário como poder neutro e absolutamente subordinado ao texto da lei, sem nenhuma possibilidade de exercer uma tarefa criadora. Pimenta Bueno, defensor dos direitos e garantias individuais, tinha uma visão limitada do Supremo Tribunal de Justiça: Corte que deveria ater-se à pureza da lei, na tradicional perspectiva do Direito Francês (CRUZ, 2004).

A pretensão de autonomia e independência do Supremo Tribunal de Justiça, porém, frustra-se em razão do regime monárquico, no qual a Coroa ocupava posição predominante.

Cabia ao monarca a solução dos problemas de ordem interna e de exclusivo interesse do Tribunal. Sua competência se resumia à concessão ou denegação das revistas, na forma da lei; ao processo e julgamento de seus ministros, dos desembargadores, dos diplomatas e dos presidentes das províncias; aos conflitos de jurisdição entre as relações (XIMENES, 2004, p. 271).

As instituições monárquicas brasileiras, dentre elas o Supremo Tribunal de Justiça, inspiravam-se no Direito Europeu, mantendo fidelidade relativa às origens portuguesas, o que refletiu no pensamento dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça: afeição ao Direito Romano e Reinol, alguns também à cultura francesa e inglesa, tradicionalistas, leais às instituições monárquicas (XIMENES, 2004, p. 271).

A corte era formada por 17 juízes, sendo 5 portugueses de nascimento, sete brasileiros natos, e os 4 restantes ignora-se a nacionalidade ou naturalidade (BALEEIRO, 1968).

O fim da Monarquia promove a extinção desta corte e a criação do Supremo Tribunal Federal, através do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, aproveitando-se os juízes da instituição anterior (XIMENES, 2004).

Deste fato advém o primeiro percalço na história do STF, destacado por alguns autores: por questão de economia, ou talvez por pressões pessoais, aproveitaram-se os juízes da instituição imperial. Este aproveitamento foi contraproducente, pois os antigos juízes eram muito idosos e de espírito conservador, que aderiram à República, mas cuja mentalidade permaneceu no passado, sem adesão convicta ao sistema que se implantava. A nova missão política era complexa, pois implicava em adaptar-se ao novo modelo: o norte-americano (XIMENES, 2004, p. 271).

No período imperial, de fato, a Justiça era subordinada ao rei, inexistindo a tradição de resistência institucional ao poder imperial do Executivo, o que também dificultou a consagração da tripartição dos poderes por ocasião da proclamação da República (BALEEIRO, 1968, pp. 19-21).

O STF foi instituído com as seguintes características: composto por quinze juízes, com notável saber jurídico, elegíveis para o Senado (35 anos de idade mínima), vitalícios, gozando de irredutibilidade de vencimentos, e tendo por incumbência julgar, em última instância, as causas mais relevantes e proferir a última decisão na interpretação do direito escrito (BALEEIRO, 1968).

Os publicistas da época ressaltavam sua função política, como supremo intérprete da Constituição. A inspiração no modelo da Suprema Corte Americana se deu em razão da influência de Rui Babosa, a qual, porém, somou-se à pressão positivista do Exército, desejoso de colocar freios nos excessos do Legislativo (CRUZ, 2004).

As idéias republicanas, apesar da queda da monarquia, eram minoritárias naquele período, acreditando-se que os homens do Governo Provisório tenham modelado o Supremo Tribunal Federal à imagem da Suprema Corte Norte-americana muito mais como instrumento de conservação do regime político e de controle dos atos do Parlamento (CRUZ, 2004). O Supremo Tribunal Federal foi concebido não como instituição que deveria garantir a

Constituição, seu compromisso era garantir a República. Daí difere-se a função exercida pelo Supremo Tribunal Federal, neste período, daquela exercida pela Suprema Corte Norte-americana.

Tanto é que, enquanto nos EUA o controle de constitucionalidade surge por meio do gênio do *Chief justice* Marshall, no Brasil surge pela via do Direito positivo. Logo, o controle de constitucionalidade nascido nos EUA como fruto de interpretação judiciária, é transplantado para o Brasil a partir de sua inclusão formal no texto da Constituição. A postura da Suprema Corte Americana neste mister orientou-se no sentido de guarda da Constituição, da segurança jurídica, da democracia, da repartição dos poderes e da defesa dos direitos fundamentais. No Brasil, tanto o Supremo quanto o controle de constitucionalidade nascem muito mais como uma instituição e um instrumento de salvaguarda da República, sendo impostos por via da Assembléia Constituinte (CRUZ, 2004, p. 275).

O órgão, antes subordinado ao poder monárquico, tornou-se órgão de cúpula de um dos poderes do Estado. O primeiro decênio de sua existência foi marcado pela implantação, afirmação, superação dos obstáculos, dissídio com o Poder Executivo, e de conscientização do papel fundamental de guardião dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, além do clima de instabilidade política e de hostilização pelo governo. Tanto que, provavelmente, em face da nova missão e de dificuldade de adaptação ao novo modelo adotado, pouco mais de um ano depois de instalado, o STF já se achava renovado de quase metade, com sucessivas aposentadorias (XIMENES, 2004).

O caráter elitista do movimento de independência do Brasil também se refletiu na composição dos tribunais. A independência do Brasil não se fez junto com uma revolução burguesa liberal, o que transparecia na composição dos tribunais brasileiros, extremamente elitizados e isolados da vida do povo. Além das dificuldades de cunho político e institucional, a implementação do novo Supremo fez-se em um período marcado pela distância entre o poder político e a grande parcela da população (XIMENES, 2004).

A despeito de um início titubeante, e apesar de seu compromisso antimonarquista, o saldo geral das posições do Supremo em favor das liberdades civis em seus primeiros 10 (dez) anos de existência inaugurou o século XX com a bandeira da independência do Judiciário desfraldada (CRUZ, 2004).

Apesar da posição de alguns autores de que o período da chamada “política café com leite” tenha sido um período pacífico na história da República e em especial na atuação do STF (XIMENES, 2004), é relevante ressaltar que o Poder Executivo atuou com arbitrariedade para manter a hegemonia dos Estados dominantes, gerando uma série de conflitos principalmente entre facções políticas, o que acabou por se refletir no trabalho do STF.

Em 1898, tomado posse na presidência, Campos Sales, francamente favorável à idéia do federalismo dual, implantou a “política dos governadores”, consolidando as oligarquias estaduais por força do Governo Federal. Iniciava-se um período da história brasileira de seqüentes decretos de Estado de sítio e de intervenções federais, sempre seguidos por atos de violência e prisões ilegais (Cruz, 2004, p. 280).

O STF se colocou muitas vezes ao lado do Poder Executivo chancelando violações a direitos fundamentais. Não era raro que os debates no Supremo refletissem os interesses das facções oligárquicas rivais dos Estados-membros de origem dos ministros (CRUZ, 2004).

Rui Barbosa, usando de todos os argumentos possíveis, consegue uma ampliação do conceito de *habeas corpus*, anteriormente restrito à liberdade de locomoção. Assim, todo e qualquer direito, ameaçado e violado, passou a ter como garantia o *habeas corpus*. A inovação provoca reações do Poder Executivo, incluindo, por exemplo, a recusa do presidente Hermes da Fonseca em cumprir ordem concessiva do direito de determinada facção política de entrar no Edifício do Conselho Municipal do Distrito Federal, alegando que o Supremo havia exorbitado suas funções; acresça-se vários recursos interpostos e concedidos. Os conservadores promoveram uma reforma constitucional, em 1926, fazendo com que o *habeas corpus* retornasse aos seus limites originais, deixando uma lacuna que só seria suprida com o advento do instituto do mandado de segurança na Constituição de 1934 (CRUZ, 2004).

A vitória da revolução capitaneada pelos políticos da Aliança Liberal resultou numa série de impactos para o STF, dentre eles: a instituição foi atingida pelo decreto de 3 de fevereiro de 1931, o qual reduziu o número de ministros para onze e instituiu no Supremo órgãos fracionários (turmas); aposentadoria forçada de vários ministros, os quais, salvo algumas exceções, não reagiram (CRUZ, 2004).

A Constituição de 1934 passou a denominá-lo Corte Suprema, tendo sido introduzidas profundas e significativas alterações no sistema de controle de constitucionalidade, dentre elas: competência do Senado Federal para suspender a execução de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, emprestando efeito *erga omnes* à decisão da Corte; e o instituto da representação interventiva para fins de intervenção federal nos Estados (MARTINS, 2001).

As Constituições do Estado Novo, tanto a de 1934 quanto a de 1937, vedavam expressamente a análise de questões exclusivamente políticas pelo Poder Judiciário, instaurando um momento de alta imunidade das muitas questões entendidas como tal. Dentre todas as alterações, a que causou maior impacto foi a possibilidade de modificação pelo Poder Legislativo de uma decisão do STF, em sede de controle de constitucionalidade, dando ao

Poder Legislativo a última palavra em questões dessa natureza (SOUZA JÚNIOR, 2004), o que retirou do STF o principal traço que caracteriza um tribunal constitucional, neutralizando ainda sua independência.

Um novo período de atritos entre o STF e o governo iniciou após o movimento de 1930. A Revolução gerou centenas de *habeas corpus* impetrados pelos rebeldes contra as medidas repressivas adotadas pelo governo, dentro ou fora da lei. No entanto, em sessão de 27 daquele ano, o STF transmitiu os melhores votos para o governo de fato, que se instalara. Pouco depois o Min. Hermenegildo Rodrigues de Barros se insurgiu contra a ilegalidade do movimento revolucionário, o que contribuiu para sua aposentadoria forçada, ocorrida em 1937. De fato, com o advento do Estado Novo, o STF perdeu muito de sua autonomia, inclusive com a punição para os ministros que se manifestassem contrariamente ao movimento. O sistema de controle de constitucionalidade passou a existir apenas no papel, como toda a estrutura legal que pretendia legitimar o governo (XIMENES, 2004, p. 272).

A primeira fase do governo Vargas fez o Poder Judiciário conhecer os efeitos de um executivo hipertrofiado. Primeiramente, houve a proibição do Poder Judiciário analisar os atos revolucionários, foram suspensas as garantias da magistratura, o número de ministros do Supremo Tribunal Federal foi reduzido, sendo afastados seis ministros com a alegação de moléstia, idade avançada e outros motivos de natureza relevante (SOUZA JÚNIOR, 2004).

A Constituição de 1946, marco da primeira redemocratização na fase republicana, eliminou a cláusula vexatória mencionada acima e inseriu o princípio da inafastabilidade da jurisdição (SOUZA JÚNIOR, 2004). Após 1946, o STF reagiu contra a tentativa de interferência do Poder Legislativo em sua autonomia, declarando, em sessão plenária, a inconstitucionalidade da lei resultante de projeto apresentado pelo deputado João Agripino, sancionado pelo Presidente da República, que reduzia a competência do Supremo, quase o subordinando ao Legislativo, no que se referia aos serviços de sua secretaria (XIMENES, 2004). Verificou-se, porém, neste mesmo período, a recusa velada do STF em exercer um controle sobre o poder político do Executivo e do Legislativo, situação que pode ser ilustrada pela atuação do STF no caso em que o então presidente Café Filho, recuperando-se de uma doença, busca assumir o seu mandato e é impedido pelo Congresso, nesse momento é decretado o Estado de Sítio e Café Filho busca no STF a efetivação de sua posse, que se esquivava, adiando o julgamento da questão para o outro ano, quando ocorre o fim da medida de emergência e a posse do outro presidente, declarando, ao retomar a discussão, a perda do objeto da lide e evitando o enfrentamento do problema institucional (SOUZA JÚNIOR, 2004).

O STF não assumiu, durante o período de democratização que precedeu o golpe de 1964, seu papel de responsável pela Constituição, mostrando-se incapaz de resguardar os

limites constitucionais impostos ao poder político.

O golpe de Estado em 1964, e, em especial, o Ato Institucional n. 5 (AI-5) de 1968, conferiu ao chefe do Poder Executivo Federal poderes quase ilimitados, incluindo demissões, aposentadorias, remoções e disponibilidades dos magistrados, suspensão das garantias constitucionais de vitaliciedade e inamovibilidade.

Esta supressão das garantias de autonomia do Judiciário possibilitou a aposentadoria compulsória dos Ministros que não se submeteram ao regime de exceção. Ademais, retirou-se a competência para julgar os atos provindos da Presidência da República, do Conselho de Segurança Nacional ou da Junta militar de 1969. Ultrapassados os confrontos iniciais, e afastados os cinco Ministros contrários ao novo regime, o STF não apresentou mais resistência ao governo militar (XIMENES, 2004, p. 273)

As Constituições de 1967 e as emendas de 69 não apresentaram, no âmbito normativo, mudanças significativas no exame jurídico das ordens políticas. Todavia, os atos institucionais foram imunizados do controle judiciário e a situação ocorrida no Estado Novo repete-se: suspensão das garantias dos magistrados e alteração da estrutura do STF como forma de neutralizar a presença dos adversários do regime, primeiro alterando o número de ministros (de 11 para 16), e, posteriormente, aposentando-se cinco, sendo três compulsoriamente (XIMENES, 2004).

Segundo Lopes (2004), foram afastados apenas cinco ministros, do que se infere que o Judiciário aceitou ou, de certo modo, legitimou a intromissão do Poder Executivo nas suas funções de dizer o Direito: “Este período histórico deixa patente como, através de seus órgãos de cúpula, o Judiciário abdicou de sua autonomia.” (LOPES *apud* XIMENES, 2004, p. 273).

O STF, durante o período de transição democrática, silenciou sobre a reconstrução da democracia e do Estado de Direito, destacando-se, inclusive, o elevado nível de continuidade do quadro de pessoal que chegou ao poder no período militar, o que contribuiu para uma certa lentidão no processo de transição (XIMENES, 2004). Isso demonstra que a transição para a república em 1890, a transição democrática em 1946, e também o processo de abertura democrática pós 1964, possuem semelhança no que se refere à transição feita por aqueles que já estão no poder, sem ruptura brusca com a antiga ordem e sua peculiar mentalidade.

Não obstante a apatia do STF em relação ao processo de transição, a Constituição da República de 1988, marco jurídico da transição democrática, coloca-o em posição similar aos Tribunais Constitucionais, aumentando o seu poder, em especial pela ampliação do controle jurisdicional de constitucionalidade, dando-lhe novas características e atribuições, além das garantias necessárias para seus membros.

4.2 O Supremo Tribunal Federal na Constituição da República de 1988

A Constituição da República de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça, para o qual foi transferida a competência de julgar em grau de recurso questões referentes à lei federal, retirando do STF a grande carga de trabalho não constitucional, o que implica em reforço de sua área específica de atuação: a jurisdição constitucional.

Houve, de fato, uma reorganização e uma redefinição das atribuições dos vários organismos que compõem o poder judiciário. O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do poder Judiciário, foi modificado, passando a ter atribuições predominantemente constitucionais. Cabe-lhe declarar a constitucionalidade ou não das leis e atos normativos em tese (ou seja, em ação direta contra a lei em si), atribuição jurídico-política própria de uma Corte Constitucional. Cabe-lhe também julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e/ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (ARANTES, 1994, p. 35).

O STF, no contexto da atual Constituição, goza de maiores possibilidades de se firmar como Tribunal Constitucional e de afirmar sua independência na tarefa de concretizador dos preceitos constitucionais. Ampliadas as garantias institucionais dos magistrados e do próprio Poder Judiciário (autonomia administrativa e financeira), aparentemente, passou a ter o Supremo Tribunal Federal maiores possibilidades de consolidar sua independência em face das ingerências do Poder Executivo (CRUZ, 2004).

A Constituição de 1988 representou um passo importante no sentido de garantir a independência e a autonomia do Poder Judiciário – qualidades indispensáveis para a salvaguarda do estado de direito. O texto constitucional anterior, prevalecente durante todo o regime militar, inviabilizava de diversas formas o seu funcionamento como um poder independente; desde a suspensão de sua autonomia financeira até as garantias da própria magistratura. A partir de 1988, diferentemente, tornou-se efetivo e não meramente formal o princípio da independência dos poderes. A nova Constituição assegura a autonomia administrativa e financeira ao Judiciário, cabendo a este poder a competência de elaborar o seu próprio orçamento, que deverá ser submetido ao congresso Nacional conjuntamente com o do Poder Executivo (ARANTES, 1994, p. 35).

A nova Constituição trouxe também uma ampliação das pessoas legitimadas para provocar a apreciação de questões constitucionais no âmbito do Tribunal.

O STF passou a receber um número muito maior de ações, uma vez que foi consideravelmente ampliada a lista de agentes legitimados para proporem ação direta de inconstitucionalidade, antes integrada apenas pelo procurador-geral da República. Atualmente, são nove os possíveis titulares deste tipo de ação: o

presidente da República; a mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados; a mesa da Assembléia Legislativa; o governador de Estado; o procurador-geral da República; o conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Esta democratização do acesso à corte suprema, se por um lado representou uma abertura da instituição às demandas da sociedade, por outro aumentou consideravelmente os encargos do Tribunal. (ARANTES, 1994, p. 36).

A Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que fortaleceu o Legislativo – com a ampliação de seus poderes de controle e fiscalização, facultou ao Executivo legislar por meio de medidas provisórias, aumentando com isso a responsabilidade do Judiciário na mediação política entre eles e no controle constitucional dos atos legislativos e dos atos de governo (ARANTES, 1994).

O alargamento dos poderes do STF também foi provocado pela ampliação das limitações ao poder de reforma da Constituição inscritas no art. 60, §4º da Constituição.

A maior novidade desse artigo está na inclusão entre as limitações materiais ao poder de reforma da Constituição dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais. Portanto, de uma tradição de cláusulas pétreas que buscavam assegurar a integridade do Estado, sob a forma federativa e republicana, passou-se para a esfera da proteção dos direitos e da cidadania (VIEIRA, 1994, p. 74).

Segundo Vieira (1994), por intermédio desses dispositivos, associados ao poder de apreciar a constitucionalidade em tese das leis, abriu-se “uma enorme porta para que o Supremo Tribunal Federal exerça sua função de guardião da Constituição, inclusive em relação à soberania popular exercida pelo poder constituinte reformador” (VIEIRA, 1994, p. 76).

Não obstante todas as alterações, que ampliaram o poder e a responsabilidade do Supremo, alguns autores ressaltam que este Tribunal não tem assumido satisfatoriamente seu papel de tribunal constitucional. Neste sentido, Vieira (1994), ao analisar os julgados do Supremo Tribunal Federal:

Certamente o aprofundamento do Estado Democrático de Direito, como proposto na Constituição de 1988, exige mais. Na esfera do Supremo Tribunal Federal a tão longa transição brasileira parece ainda não ter se concretizado. Dos onze ministros que compõem o Tribunal, apenas recentemente passou-se a uma maioria de juízes indicados por presidentes civis. Parece compreensível que o supremo venha resistindo a assumir sem ambigüidades o seu papel de guarda da Constituição de 1988 (VIEIRA *apud* CRUZ, 2004, p. 301).

A consolidação da Constituição de 1988, principalmente no que se refere à devida

conformação do poder político aos limites constitucionais, depende em grande medida da jurisdição constitucional.

A forma de solução de controvérsias pelo Supremo Tribunal Federal reveste-se, entretanto de um caráter particular. Na condição de principal Corte do país, que decide de forma definitiva sobre questões constitucionais, o Supremo Tribunal Federal deve buscar também a consolidação de sua jurisprudência, de modo a estabilizar as expectativas dos cidadãos brasileiros em relação ao Poder Judiciário. Isto traz um ingrediente específico para os trabalhos do Supremo Tribunal Federal, pois não basta a ele resolver bem determinada controvérsia, mas ele deve resolvê-la de forma consistente com sua jurisprudência, já no sentido de afirmá-la, seja no sentido de desenvolvê-la ou mesmo de superar alguns de seus aspectos. Aqui cabe a lembrança da história que deve ser contada de forma coerente pelas Cortes, como destaca Dworkin (BARACHO JÚNIOR, 2004, p 209).

O exercício da jurisdição constitucional, não obstante a existência e tradição no Brasil do controle difuso, vem se centrando cada vez mais nas atuações do Supremo Tribunal Federal, seja pelo perfil e pelas atribuições conferidas pela Constituição da República de 1988, seja por sua própria atuação, em especial, a partir de 2003.

A atuação do Supremo Tribunal Federal apresenta momentos distintos na história constitucional brasileira pós-1988. Estes momentos podem ser divididos em: 1) de toda a década de 1990 até o ano de 2002; 2) a partir de 2003 até o presente momento (BELLO, 2005).

O primeiro momento do Tribunal caracteriza-se pelo não enfrentamento de qualquer questão de profundo impacto político.

Os seguintes temas julgados e decisões proferidas pelo STF exemplificam sua postura nesse primeiro período: não concessão de pedidos de intervenção federal por não pagamento de precatórios, presentes os fundamentos para concedê-los (DISTRITO FEDERAL, STF, IF2915, Rel. Min. Marco Aurélio Melo, 2003; DISTRITO FEDERAL, STF, IF2953, Rel. Min. Marco Aurélio Melo, 2003); a recusa da concessão de efeitos concretistas e/ ou concretista geral ao Mandado de Injunção, contrariando a finalidade do instituto e matando suas potencialidades (DISTRITO FEDERAL, STF, MI107, Rel. Min. Moreira Alves, 1990; DISTRITO FEDERAL, STF, MI283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1991; DISTRITO FEDERAL, STF, MI232, Rel. Min. Moreira Alves, 1992).

O STF, durante a década de 1990, pautou sua atuação pela discussão sobre os princípios constitucionais e suas técnicas de interpretação e efetivação, coincidindo com o legado europeu pós-1945 no tratamento de direitos fundamentais (RIBAS VIEIRA, DUARTE, 2005, p. 264-265).

O perfil da atuação do STF muda substancialmente a partir da década de 2000, de

forma mais explícita a partir do ano de 2003. A partir desse ano, verifica-se uma significativa mudança no perfil da jurisdição constitucional brasileira (BELLO, 2005). Uma série de eventos e julgamentos proferidos representa a atuação do STF a partir de outros parâmetros, em especial no que se refere à relação direito-política.

As seguintes decisões são ilustrativas desta mudança de postura.

A criação, pela via jurisprudencial do instituto da pertinência temática, ausente no texto da Constituição, que fixou um requisito para provocação do controle concentrado de constitucionalidade, impondo limite ao manejo das ações a partir dos interesses representados pelos legitimados para sua propositura (DISTRITO FEDERAL, STF, ADIN1096, Rel. Min. Celso de Mello, 1995).

O julgamento do MS 24849/DF, ao discutir a questão da instauração da CPI dos bingos, afirmou o papel contra-majoritário da jurisdição constitucional, determinando a instauração e composição de Comissão Parlamentar de Inquérito, presentes os requisitos constitucionais, como direito das minorias e exigência democrática (DISTRITO FEDERAL, STF, MS24849, Rel. Min. Celso de Mello, 2005).

A concessão de mandados de injunção com efeitos concretistas e/ou concretistas gerais, com a estipulação da norma aplicável e estendendo ainda estas normas aos casos similares, mudou a postura acerca de um terreno antes entendido como absolutamente restrito ao legislador, destas decisões os melhores exemplos são o mandados de injunção que trataram do direito de greve dos servidores públicos civis (DISTRITO FEDERAL, STF, MI670, Rel. Min. Maurício Correa, 2008; DISTRITO FEDERAL, STF, MI708, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2008; DISTRITO FEDERAL, STF, MI712, Rel. Min. Eros Grau, 2008).

A fixação de parâmetros quantitativos no que se refere aos mandatos de vereadores, por meio da decisão que impôs limites para a composição das câmaras municipais de vereadores (DISTRITO FEDERAL, STF, RE197917-8/SP, Rel. Min. Maurício Correa, 2004). A modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso, expresso nesse mesmo julgado, pelo qual o STF reduziu o número de vereadores da cidade de Mira Estrela e determinou que a decisão atingisse apenas a próxima legislatura, flexibilizou a tradição brasileira de atribuir caráter de nulidade à norma inconstitucional e efeito *ex tunc* à decisão que a declara.

A tendência, igualmente relevante, presente no Tribunal de atribuição de efeitos gerais e vinculantes à decisão proferida no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (transcendência dos motivos determinantes), a partir do julgamento já citado do caso de Mira Estrela e da discussão da constitucionalidade da progressão do regime na lei dos crimes

hediondos (DISTRITO FEDERAL, STF, HC82959, Rel. Min. Marco Aurélio, 2006) modifica os efeitos típicos (*inter partes*) do controle difuso no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. O aspecto dessas decisões reforça a tendência do Tribunal em afirmar-se como intérprete último das questões constitucionais na solução de conflitos concretos.

A decisão proferida acerca da fidelidade partidária, muda radicalmente a interpretação dada aos dispositivos constitucionais pertinentes no âmbito do tribunal, passando-se a entender que a vaga de representação parlamentar pertence ao partido, e, conseqüentemente, a infidelidade partidária configuraria causa de perda do mandato (DISTRITO FEDERAL, STF, MS26604, Rel. Min. Carmem Lúcia, 2008; DISTRITO FEDERAL, STF, MS26602, Rel. Min. Eros Grau, 2008; DISTRITO FEDERAL, STF, MS26603, Rel. Min. Celso de Mello, 2008). Esses julgados representam a disposição recente do tribunal em enfrentar questões de grande impacto político, propondo-se a atuar como árbitro dos três poderes.

Atuações notórias para caracterizar a recente postura do STF incluem também: a iniciativa de realização de audiências públicas no âmbito do Tribunal, tal como o que se deu no julgamento da constitucionalidade da Lei 11.105/05 – Lei de Biossegurança (DISTRITO FEDERAL, STF, ADIN3510, Rel. Min. Carlos Britto, 2007.); a iniciativa de realização de vistorias por membros do Tribunal por ocasião do julgamento do caso referente à demarcação das terras da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol; a utilização da figura do *amicus curiae*, tal como se deu no julgamento da ADIN 3105/DF (DISTRITO FEDERAL, STF, ADIN3105, Rel. Min. Cezar Peluso, 2005). Estes pontos representam indícios de tentativa de reestruturação da atuação do Tribunal numa perspectiva de maior abertura e democratização e aproximação com a sociedade civil, em especial com os segmentos organizados.

Assim, pode-se afirmar que a atuação do STF após a CRFB/1988, principalmente no que se refere aos últimos anos, pauta-se por alguns pontos centrais: 1) a concretização de direitos fundamentais em resposta ao aumento de demandas da sociedade civil pelo cumprimento de uma “agenda”; 2) comprometimento com a efetivação do princípio democrático; 3) ênfase no aspecto contra-majoritário da Jurisdição Constitucional (BINENBOJM *apud* BELLO, 2005); 4) reconhecimento da insuficiência do dogmatismo para a resolução de casos difíceis; imprevisibilidade das decisões (BELLO, 2005).

As decisões mencionadas demonstram que o STF tem enfrentado o mérito de decisões nas quais a linha entre a decisão jurídica e a escolha política é tênue, afirmando-se como instância de conformação do poder político ao Direito Constitucional (como no caso da CPI dos bingos e da fidelidade partidária). Além disso, trata o controle de constitucionalidade – em especial o controle difuso – de modo a chamar para si a decisão no que se refere à matéria

constitucional, o que se mostra claramente nas recentes decisões de promover modulação temporal, atribuir eficácia geral e efeito vinculante à próprias decisões no controle difuso.

Ressalta-se ainda que:

o déficit de representação política da população brasileira no Parlamento tem gerado uma mobilização inédita da sociedade civil, a qual tem se organizado para reivindicar suas demandas perante o Poder Judiciário, quando se trata de questões polêmicas e por vezes complexas, as quais os congressistas costumam engavetar por tempo indeterminado (BELLO, 2005, p. 72).

Santos e Avritzer (2002) apresentam a mesma constatação ao se referir à situação similar na Colômbia e em Portugal.

O desencanto dos colombianos pela política levou a que certos setores exigissem do poder judicial respostas a problemas que em princípio deveriam ser resolvidos, graças à mobilização cidadã, nas esferas políticas. O fenômeno não é exclusivo do nosso país (Portugal), mas no caso colombiano a debilidade dos mecanismos de representação política é mais profunda, o que possibilitou um maior protagonismo do Tribunal (AVRITZER, SOUSA SANTOS, 2002, p. 61).

A atuação recente, em especial a partir de 2003, tem promovido, portanto, a consolidação do Supremo Tribunal Federal no que se refere ao seu papel de órgão de cúpula do Poder Judiciário e Tribunal da federação e à sua ascendência no exercício da jurisdição constitucional e árbitro na atuação do poderes políticos.

A assunção desses papéis provoca, porém, o aumento do impacto das decisões do STF no projeto de Estado e sociedade que a Constituição atual representa, sendo suas práticas, em grande medida, determinantes para o sucesso da proposta constitucional.

4.3 Implicações decorrentes do atual papel constitucional do STF

O Supremo Tribunal Federal não é qualificado como Corte ou Tribunal Constitucional por dois motivos centrais: não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, dada a existência do controle difuso; integra o Poder Judiciário, não configurando como um poder constitucional, fora do aparato jurisdicional ordinário.⁷

⁷ Acerca do tema: JAYME, Fernando Gonzaga. Tribunal Constitucional: Exigência democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Os dois fatores apontados, contudo, perdem importância a partir das constatações acima, fazendo com que, mesmo que não se reconheça o STF, tecnicamente, como tribunal constitucional, seu papel se identifica com as funções exercidas por tais órgãos, provocando os mesmos impactos no ordenamento jurídico.

A ação como Tribunal Constitucional transforma o STF em intérprete constitucional de maior qualificação, uma vez que suas decisões não estão subordinadas à revisão por nenhum outro. Disto decorre o poder desses tribunais de, segundo alguns autores, até mesmo recriar as Constituições pela via interpretativa, o qual pode ser caracterizado nas palavras de Campos citado por Coelho (2000):

Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e especifica o governo. No poder de interpretá-la está a traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é atividade puramente dedutiva, mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, no poder de interpretar há de incluir-se, por mais limitado que seja, o poder de formular. O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata e amorfa ou indefinida a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie (CAMPOS *apud* COELHO, 2000, p. 49).

Segundo Sampaio (2002), estes tribunais são os grandes responsáveis pela preservação da supremacia da Constituição, no constitucionalismo atual, resguardando a correta aplicação de suas normas, bem como (re) construindo permanentemente suas disposições.

Os tribunais constitucionais trabalham com normas cujo conteúdo está impregnado de teor político, posto que a Constituição conforma juridicamente o exercício do poder político.

A normatividade da Constituição significa a possibilidade de conformação jurídica do processo político do poder, a pertença da política à esfera constitucional. A atividade política, manifestando-se quer por atos executivos, quer legislativos, torna-se controláveis pelos órgãos jurisdicionais, máxime pelos tribunais constitucionais. É neste universo relativo à defesa da Constituição, que se coloca com maior acuidade a questão jurídica que também é política do controle judicial e seus limites jurídico-funcionais (CASTRO, 2002, p. 295).

Dada a constatação da linha tênue entre direito e política (MÜLLER, 2005), apresenta-se a situação complexa descrita por Lopes (1994):

Saber o que exatamente diz a regra constitucional em cada caso é uma tarefa ao mesmo tempo de aplicação da regra já existente (a Constituição) e de formulação de uma nova regra, pois em caso de dúvida, a interpretação equivale à criação da regra. Se um órgão jurisdicional pode, em última instância, interpretar a constituição, sua tarefa é constitutiva do direito, sua tarefa é soberana. No caso do direito constitucional, particularmente nos casos de disputa judicial sobre a

constitucionalidade de leis ou atos de administração, política e direito voltam a se juntar (LOPES, 1994, p. 25).

A afirmação do Supremo Tribunal Federal por meio da assunção de papéis típicos de tribunal constitucional implica em adentrar em possíveis zonas de conflito com as demais funções do poder estatal, já que resulta em uma postura ativa no sentido de adequar o exercício do poder político ao que preceitua a Constituição.

É certo que uma postura mais ativa do Judiciário implica em possíveis zonas de conflito com as demais funções do Poder, todavia não se defende uma supremacia de qualquer das funções, mas sim a supremacia da Constituição, que implica que o Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas das demais funções. A eventual colisão de funções não é um argumento válido para refutar o aprimoramento da função judicial em prol da melhor aplicação possível da Constituição, posto que existem em todas as Constituições critérios prévios para a definição de soluções na hipótese de choques entre funções, como por exemplo o controle de constitucionalidade (FREIRE JR, 1991, p.40).

O enorme poder conferido ao tribunal constitucional provoca, na mesma proporção, sua responsabilidade pela concretização da Constituição, mantendo-se como um dos poderes a ela submetidos. A importância dos tribunais constitucionais alemães se deve, em grande parte, pelo entendimento de que estes souberam respeitar o primado do legislador político e não se arrogaram em senhores da Constituição (CASTRO, 2002).

Os juízes detêm a capacidade de dizer o que a constituição é, mas ao interpretarem-na permanecem conscientes de que são seus servidores, e não seus senhores, que são chamados a desenvolver seu sentido, não a modificá-lo (BACHOF, 1994).

Os Tribunais Constitucionais, ao mesmo tempo em que são responsáveis por adequar a atuação dos demais poderes ao que preceitua a Constituição, devem obedecê-la em sua conduta, estabelecendo seus próprios limites de atuação. Dessa forma, são instituições duplamente responsáveis por fazer cumprir as normas constitucionais. É em seu âmbito que deve fazer mais presente a vontade de cumprir a ordem estabelecida pela Constituição.

A Constituição, ensina Hesse (1991), transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida; se se fizerem presentes na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) (HESSE: 1991, p. 5).

Os fundamentos expressos nos julgados devem guardar coerência com a Constituição vigente, sendo permitida interpretação em favor da efetividade, a reconstrução a partir do caso concreto, não a decisão que vá de encontro às normas constitucionais.

As decisões judiciais reconstróem permanentemente o Direito para o futuro, de modo que os fundamentos expressos passam a fazer parte do ordenamento jurídico, do projeto (em permanente construção) do constitucionalismo de determinado povo. Isto se reforça na interpretação qualificada dos Tribunais Constitucionais, uma vez que sua práxis compõe o sentido da Constituição vigente e determina a atuação dos demais operadores do direito.

Os tribunais e cortes constitucionais, enquanto instituições responsáveis por zelar pela aplicação das regras da Constituição aos sistemas democráticos, são essenciais na concretização do ideal do Estado Democrático de direito. As suas atribuições constituem, neste sentido, o próprio reflexo das relações entre democracia e constitucionalismo, adotadas por cada sistema político. Quanto mais prevalecer a regra da maioria como forma de expressão da vontade política, menores serão as atribuições de um tribunal de caráter constitucional. Em sentido inverso, quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela constituição a salvo das decisões majoritárias, mais amplas serão as atribuições de um tribunal constitucional (VIEIRA, 1994, p. 72).

O exercício do poder político, no âmbito da Constituição da República de 1988, submete-se a uma série de normas afetas à democracia e aos direitos fundamentais, isentas de modificação pelas regras da maioria. As normas, porém, tem seu sentido e efetivação conformado pela compreensão que se (re) constrói no plano da solução dos conflitos concretos.

O atual momento histórico brasileiro representa o processo de consolidação democrática, onde a sociedade tenta efetivar os direitos adquiridos na Constituição de forma substantiva, realmente exercendo a cidadania. Neste contexto o Supremo adquire uma concepção política de proteção ao ideal democrático, não só de representação via procedimentos eleitorais, mas de efetiva participação em um processo de judicialização da política (XIMENES, 2004, p. 278).

A responsabilidade é ainda maior no âmbito de um tribunal constitucional, como afirma Lopes (1994), se um órgão jurisdicional pode, em última instância, interpretar a Constituição, sua tarefa constitui o Direito.

O papel do Supremo Tribunal Federal, deve-se deixar claro, é a guarda da Constituição, para o que dependerá sempre de uma ação judicial – sobre discussão em tese de matéria constitucional ou a tutela concreta de um direito (BARACHO JÚNIOR, 2004).

Ao determinar os limites de atuação dos membros dos Poderes Executivo e Legislativo, os quais são eleitos pelo povo, o Supremo Tribunal Federal passa pela interpretação das normas referentes ao exercício da soberania popular e ao papel constitucional de cada um desses poderes. Assim, os fundamentos das decisões expressam a compreensão do STF acerca dos fundamentos e do papel dos poderes políticos frente à

Constituição. A partir do momento em que o STF passa a julgar questões dessa natureza, sua atuação adquire maior relevância para que seja concretizado o que prevê a Constituição (em termos de cidadania política) e respeitado o devido espaço de legitimidade política do Executivo e do Legislativo. Cabe ao Supremo Tribunal Federal definir as grandes diretrizes da interpretação e aplicação da Constituição, com impacto sobre todo o Poder Judiciário, sobre os órgãos da Administração Pública e sobre o próprio Poder Legislativo (BARACHO JÚNIOR, 2004, p. 210)

A concretização da nova concepção de soberania popular, na qual está fundada a idéia do Estado Democrático Brasileiro, depende em grande parte de sua adequada caracterização pelo STF, uma vez que não se coloca em dúvida, na atualidade, que os juízes dispõem de um real poder criador (CASTRO, 2002).

Os fundamentos que embasam a atuação do Tribunal em questões referentes ao Poder Legislativo devem ser condizentes com a concepção de cidadania vigente no paradigma constitucional adotado, sob pena de refletir uma visão de seu papel constitucional que corrobore compreensão inadequada frente à Constituição e inefetividade de suas normas no que se refere ao exercício do poder político pelo Parlamento.

As decisões do STF sobre controle de constitucionalidade da atividade legislativa do Congresso Nacional expressa, nos fundamentos de admissibilidade das ações, uma visão acerca da relação parlamentar - processo legislativo constitucional. Trata-se do entendimento de que as ações de mandado de segurança podem ser admitidas e apreciadas em seu mérito em razão da existência do direito subjetivo do parlamentar à correção do processo legislativo perante a Constituição. Isso afeta profundamente a compreensão acerca do papel constitucional do Poder Legislativo Federal, uma vez que a práxis do STF ajuda a compor o significado das normas que o conformam, consolidando uma visão acerca do lugar do Poder Legislativo na construção do Estado Democrático de Direito no Brasil. Essa visão, se incompatível com as normas constitucionais, implica na inefetividade da Constituição no que se refere à existência e atuação do Poder Legislativo.

Assim, apresenta-se necessária uma análise dos julgados verificando quais seus impactos na atual democracia constitucional brasileira, em especial na definição do papel constitucional do Poder Legislativo, à luz da constatação que a práxis de um tribunal não somente aplica o Direito, mas também o adequa e reconstrói frente a cada caso, agregando significado real às normas vigentes em abstrato no ordenamento jurídico. Tais impactos serão maiores na medida em que a decisão proferida traz para o ordenamento jurídico significados a serem impostos aos demais intérpretes da Constituição.

4. 4 O controle jurisdicional do processo legislativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e seu fundamento de admissibilidade

As decisões emitidas pelo STF acerca da possibilidade de controle jurisdicional do processo legislativo, no âmbito federal, apresentam algumas características gerais, ainda que os fundamentos de admissibilidade das ações tenham sofrido algumas alterações.

As decisões do início da jurisprudência, em 1980, até o momento atual permitem apontar uma tendência uniforme que permanece por quase três décadas, perpassando, inclusive as significativas mudanças operadas no cenário político e jurídico brasileiro pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

As ações estudadas expressam controle de constitucionalidade, provocado via mandados de segurança impetrados por parlamentares que se sentiram lesados no curso do processo legislativo em razão do descumprimento de normas afetas à sua condução. Não se trata, portanto, de controle em abstrato de constitucionalidade, mas de solução de casos concretos envolvendo o exercício de umas das funções do Estado Constitucional (a função legislativa), fazendo incidir no conflito as normas constitucionais referentes à correta feitura das leis e à definição do espaço de atuação, tanto do Poder Legislativo quanto do próprio Tribunal, bem como das possibilidades de controle deste sobre aquele.

Os únicos legitimados à propositura da ação são os parlamentares, sob o fundamento de que o objeto da ação é a defesa de direito líquido e certo de participação em processo legislativo regular frente às normas constitucionais. Essa característica está bem expressa na ementa do MS-AgR 24667/ DF, cujo teor é o seguinte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PODER LEGISLATIVO: ATOS: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARLAMENTARES. I. – O Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. II – Precedentes do STF: MS 20257/DF, Ministro Moreira Alves (leading case) (RTJ 99/1031); MS 20452/DF, Ministro Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21642/DF, Ministro Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24645/DF, Ministro Celso de Mello, “D. J” de 15.9.2003; MS 24593/DF, Ministro Maurício Corrêa, “D. J” de 08.8.2003; MS 24576/DF, Ministra Ellen Gracie, “D.J.” de 12.9.2003; MS24356/DF, ministro Carlos Velloso, “D. J. de 12.9.2003. III – Agravo não provido (DISTRITO FEDERAL, STF, MS-AgR 24667, Rel. Ministro Carlos Velloso, 2003) .

O parlamentar, no entendimento do STF, ao impetrar o mandado de segurança é

considerado parte legítima por agir na defesa de direito próprio, subjetivo, de acordo com um dos tradicionais pressupostos do remédio constitucional.

O Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados ou o Presidente do Congresso Nacional figuram nas ações como autoridades coatoras, acusados de coagir os parlamentares a participarem, deliberarem e votarem no âmbito de um procedimento contrário à Constituição.

A possibilidade de realização de controle passa pela definição de seus limites: analisar a regularidade do procedimento somente frente à Constituição ou fazê-lo também a partir da obediência a normas regimentais. A partir dos votos emitidos no julgamento das ações formaram-se duas correntes no âmbito do STF, as quais se expressam bem delineadas no julgamento do MS 22503-3/DF (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996).

A corrente majoritária entende competir ao Judiciário analisar, via mandado de segurança, a regularidade da atuação do Congresso Nacional no que se refere às normas constitucionais que regem o processo legislativo, em razão do direito líquido e certo dos congressistas de somente participarem do processo legislativo que seja constitucionalmente adequado. Considera, porém, que normas regimentais são insuscetíveis de análise pelo Judiciário porque tratam de matéria *interna corporis*, o que feriria o princípio da separação de poderes, quebrando a independência do Poder Legislativo. Nesse sentido, foram os votos dos Ministros Maurício Correia, Francisco Resek, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Octávio Galloti.

A corrente minoritária também entende que há direito líquido e certo do parlamentar ao devido processo legislativo, mas acrescenta que o Poder Judiciário pode realizar uma análise ampla do processo legislativo, que inclui tanto normas constitucionais quanto normas regimentais. Consideram que não feriria o princípio da separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário se encontra legitimado para preservar a supremacia da Constituição, a que se encontram subordinados todos os órgãos do Estado, o que o legitima também para exercer um controle sobre as normas infraconstitucionais que decorrem diretamente da Constituição, regulamentando o processo legislativo, tais como as normas regimentais. Votaram assim os ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Celso de Mello.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pelo entendimento que admite o controle apenas quanto ao aspecto procedimental, previsto em normas constitucionais, admitindo-se também o controle quanto ao conteúdo da norma proposta quando se tratar de emenda constitucional cuja deliberação é vedada pelas cláusulas pétreas (Art. 60, § 4º, CRFB/1988). O STF não

admite controle preventivo de constitucionalidade quanto ao conteúdo do projeto, com o fundamento de que tal controle feriria a sistemática da separação de poderes, de que não haveria lesão à Constituição antes que a norma entrasse em vigência; nem admite o controle sobre a interpretação de normas regimentais, o que constitui matéria *interna coporis*, imune à apreciação judiciária, também sob o fundamento de que tal apreciação constituiria violação do princípio da separação de poderes. O entendimento pode ser retratado pelas ementas que se seguem, respectivamente, dos mandados de segurança 23047/DF, julgado em 1998, tendo como relator o ministro Sepúlveda Pertence, e 24138/DF, julgado em 2002, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

EMENTA: I – Emenda constitucional: limitações materiais (cláusulas pétreas); controle jurisdicional preventivo (excepcionalidade); a proposta de reforma previdenciária (PEC 33-I, a forma federativa de Estado (CF, art. 60, §1º) e os direitos adquiridos (CF, art. 60, §4º, IV, c/c art. 5º, 36); alcance das cláusulas invocadas: razões do indeferimento da liminar. II. Mandado de Segurança: pedido de liminar: possibilidade de sua submissão ao Plenário pelo relator, atendendo a relevância da matéria e a gravidade das consequências possíveis da decisão (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 23047, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1998).

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Processo Legislativo: Projeto de Lei. 3. controle de constitucionalidade preventivo. 4. Conflito de atribuições. 5. comprometimento do modelo de controle repressivo e do sistema de divisão de poderes estabelecidos na constituição. 6. Mandado de Segurança indeferido (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 24138, Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, 2002).

Nota-se, porém, que, não obstante as divergências quanto à possibilidade de controlar aplicação das normas regimentais, tem-se como fundamento da admissibilidade destas ações o direito subjetivo do parlamentar (conceito substituído, na década de 1990 por direito individual em alguns votos), seja quanto à constitucionalidade, seja quanto à legalidade do processo legislativo. A regularidade do exercício da atividade parlamentar no curso do processo legislativo é tratada como direito de titularidade exclusiva dos deputados e senadores, o que o denota que o correto exercício de suas atribuições constitui interesse individual dos membros do Congresso Nacional. Tal fundamento é utilizado como argumento na impetração dos mandados de segurança, acatado pelo Tribunal para admitir as ações e ao final decidir o mérito.

As características apontadas são mantidas sem grandes alterações desde o julgamento do marco inicial da jurisprudência, em 1980.

4.4.1 O marco inicial da jurisprudência analisada: o Mandado de Segurança 20.257/1980

As decisões cujos fundamentos são analisados neste trabalho fazem parte de uma jurisprudência que teve início em 1980, com a decisão do Mandado de Segurança 20257/1980, tendo como relator o Ministro Décio Miranda, e cujo voto vencedor foi o do Ministro Moreira Alves.

O mandado de segurança foi impetrado por parlamentares, perante o Supremo Tribunal Federal contra ato da mesa do Congresso Nacional que admitiu proposta de emenda à Constituição que, na opinião dos impetrantes, era tendente a abolir a República por extinguir o caráter temporário dos mandatos.

Os votos vencidos consideraram inadmissível a possibilidade de que o Poder Judiciário intervenha em ato de ofício do Poder Legislativo, uma vez que, no âmbito de suas funções típicas, o Poder Legislativo poderia agir sem limitações, sendo prerrogativa sua legislar como bem entendesse. Como se depreende, por exemplo, dos seguintes fragmentos do voto do Ministro Soares Muñoz:

“Entendi que a petição inicial se apresentava inepta, em face da ostensiva impossibilidade jurídica de pedir-se que o Supremo Tribunal intervenha no Congresso Nacional para impedir que este pratique ato de seu ofício” (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 20257, Rel. Ministro Décio Miranda, 1980).

“Insisto na impossibilidade jurídica do pedido, porque o controle, que o poder judiciário tem competência para realizar, em relação aos atos legislativos do Congresso Nacional, realiza-se ‘a posteriori’, insta dizer, depois de promulgada a lei ou a emenda constitucional. E o faz mediante representação de inconstitucionalidade, da privativa iniciativa do Procurador Geral da República” (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 20257, Rel. Ministro Décio Miranda, 1980).

O Ministro Moreira Alves expôs em seu voto, como fundamento para admissibilidade da ação, a possibilidade de controle do processo legislativo pelo Poder Judiciário no que diz respeito ao atendimento das normas constitucionais que regem o processo legislativo, o que seria inerente à sua função onde o controle de constitucionalidade lhe era outorgado, não devendo nesse caso se ater ao princípio da separação de poderes. Conforme se percebe pela transcrição de fragmento de seu voto:

Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, neste caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a

proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão sim exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de um a ou de outra. Diversas, porém, são as hipóteses, como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer, em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. E cabe ao Poder judiciário – nos sistemas em que o controle de constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a constituição. Na guarda e observância desta, está ele acima dos demais poderes, não havendo, pois, que falar-se a esse respeito, em independência de poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 20257, Rel. Ministro Décio Miranda, 1980).

O Ministro Moreira Alves, bem como os demais, ateve-se à questão da separação de poderes e da competência do STF na guarda da Constituição, não adentrando na questão da função parlamentar. Contudo, ao votar na decisão do Mandado de Segurança 22503-3/DF, Alves fez referência ao seu voto no mandado de segurança 20257 com as seguintes palavras:

Ora, como relator⁸ para o acórdão no Mandado de Segurança 20257, no já longínquo ano de 1980, sustentei – e fui afinal voto vencedor – que, em se tratando de texto constitucional que impeça ou proíba a discussão ou a deliberação de determinada matéria, haveria, no caso, direito subjetivo dos parlamentares de não serem compelidos a votar, tendo em vista a proibição constitucional (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996).

Assim, o Ministro assume posição segundo a qual a constitucionalidade do processo legislativo é tida como direito subjetivo dos parlamentares, garantido por normas constitucionais e a ser protegido via mandado de segurança.

As ações analisadas, cujas decisões foram emitidas na década de 1980 não apresentaram fundamentos diferentes dos expressos no *leading case*. Dentre eles está o mandado de segurança 20452/DF, julgado em 1984, tendo como relator o ministro Aldir Passarinho (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 20452, Rel. Ministro Adir Passarinho, 1984).

A partir da decisão apontada, o STF passou a admitir ações de mandado de segurança

⁸ Ressaltamos que na publicação do acórdão, no portal www.stf.gov.br, onde fizemos a consulta do inteiro teor da decisão analisada, consta como relator do acórdão o Ministro Décio Miranda e não o Ministro Moreira Alves, o que justifica a divergência entre as informações sobre o relator do acórdão.

(impetrados por parlamentares) com o objetivo de promover a correção de conduta no curso do processo legislativo que atentasse contra as normas constitucionais procedimentais. A partir do voto do Ministro Moreira Alves, foram acrescentados outros fundamentos.

4. 4.2 A Jurisprudência após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição da República de 1988, ao fundar o Estado Democrático de Direito, acolhe definitivamente o princípio da soberania popular e consagra uma concepção de cidadania política ativa, inclusive pela participação direta.

A mudança para um paradigma democrático, o qual condiciona necessariamente a análise do exercício do poder político, faz com que a visão de mandato parlamentar expressa nos fundamentos do voto do Ministro Moreira Alves deva ser analisada frente à nova Constituição.

As decisões emitidas após a Constituição de 1988 apresentam algumas alterações na fundamentação, não se desvinculando, porém, da idéia de regularidade (constitucionalidade / legalidade) do processo legislativo como direito individual do parlamentar. Isso se percebe pela análise das seguintes decisões, que foram emitidas respectivamente, em 1997 e 2004: MS 22503-3/DF e MS 24642-1/DF.

Na decisão do Mandado de Segurança 22503-3 /DF, sob a relatoria do Ministro Mauricio Corrêa, o STF admitiu a legitimidade dos parlamentares para pleitearem via mandado de segurança o seu direito ao devido processo⁹ de elaboração legislativa, desde que ligados à previsão de procedimento insculpido no texto constitucional (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996).

Segundo o Supremo Tribunal Federal, é somente nos casos de descumprimento direto de normas constitucionais referentes às formalidades do processo legislativo que os parlamentares teriam legitimação ativa para impetrar mandados de segurança contra atos processuais legislativos que imediatamente descumprissem a Constituição, porque lhes assistiria um direito público subjetivo, “enquanto co-partícipes do procedimento de elaboração das normas estatais de não terem de votar projetos de lei ou propostas de emenda que julguem inconstitucionais” (OLIVEIRA, 1999, p. 173).

A mesma decisão, no voto vencido do Ministro Marco Aurélio, apresenta outra

⁹ Um estudo aprofundado sobre devido processo legislativo pode ser encontrado em Oliveira (2000).

inovação: o reconhecimento da importância das normas constitucionais que regem o processo legislativo para sobrevivência das minorias parlamentares, o que representa um passo no sentido de proteger o pluralismo inerente ao processo legislativo no Estado Democrático de Direito. Essa posição retrata a concepção de que os princípios do contraditório e da isonomia, exigidos no processo democrático, são garantidos pelo respeito às normas que o regem, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais (neste caso, regimentais), conforme os seguintes fragmentos do voto:

Os participantes dos trabalhos legislativos, porque representantes do povo, quer de segmentos majoritários, quer de minoritários, tem o direito público subjetivo de ver respeitadas na tramitação de projetos, proposições, as regras normativas em vigor, tenham estas, ou não, estatura constitucional (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996).

Afirma-se que Deputados não estão legitimados a agir em juízo com o fim de preservar o cumprimento - especialmente quando em questão normas instrumentais maiores e diria mesmo princípios constitucionais de envergadura ímpar - é caminhar-se para o regime totalitário, olvidando-se que a democracia pressupõe não só a participação plúrima, com o que se busca o equilíbrio, como também a preservação da atividade parlamentar das minorias (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996).

O ministro Marco Aurélio coloca em seu voto a expressão “porque representantes do povo”, o que demonstra que, na sua visão, o suposto direito subjetivo não decorre de um interesse individual a ser preservado, mas da condição de representante do povo em que se encontra, o que o legitima a pleitear a correção do devido processo legislativo. Seu voto é no sentido de adequar a concepção de mandato parlamentar às exigências do Estado Democrático de Direito, embora não reconheça que o parlamentar não postula em nome próprio pela correção, e sim pelo povo em geral, ao continuar fundamentando em um direito subjetivo do parlamentar e não na realização da cidadania de todos.

O que está em questão é a própria cidadania em geral não o direito de minorias parlamentares ou as devidas condições para atividade legislativa de um parlamentar “X” ou “Y”. Trata-se da defesa da garantia do pluralismo no processo de produção legislativa, da defesa da própria democracia enquanto respeito às regras do jogo, da possibilidade de que a minoria de hoje possa vir a ser a maioria de amanhã (OLIVEIRA, 1999, p. 174).

Os votos vencedores expressam a visão do mandato parlamentar que o desvincula da titularidade do poder político conferida ao povo, conforme se pode perceber pelo fragmento do voto do Ministro Sydney Sanches ao analisar a questão referente à apreciação de normas regimentais:

Falta aos impetrantes direito público subjetivo, direito pessoal, direito individual a que prevaleça esta ou aquela interpretação de normas regimentais. Não tem interesse pessoal nisso. O interesse, que possa existir, é geral, como de qualquer outro cidadão, a que se cumpram normas jurídicas e não individual. E interesse geral, abstrato não se defende, individualmente, em Mandado de Segurança (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996).

As questões constitucionais referentes ao processo legislativo são tratadas como interesse particular do parlamentar, denotando a concepção de que o exercício de suas atribuições, dentre as quais o processo legislativo, dá-se como um interesse pessoal ou corporativo, nem ao menos coletivo ou partidário.

O STF analisa o exercício do mandato parlamentar desvinculado de sua função de instrumento de realização da soberania popular, de concretização da cidadania em geral. A atuação do parlamentar, no Estado Democrático de Direito, não se faz em nome próprio, mas em nome de outrem e no exercício de função política que visa dar cumprimento aos direitos políticos de todos.

Essa visão, tal como exemplificada pelo voto do Ministro Sydney Sanches, corrobora uma postura de privatização do espaço público, considerada como uma das mazelas da democracia representativa.

No julgamento do MS 24642-2/DF, o Ministro Celso de Mello afirma que:

Titulares do poder de agir, em sede jurisdicional, contudo, não são os próprios membros do Congresso Nacional, a quem se reconhece, como líquido e certo, o direito público subjetivo à correta observância da disciplina jurídico-constitucional regedora da formação das espécies normativas. O parlamentar, fundado na sua condição de co-partícipe no procedimento de elaboração das normas, dispõe da prerrogativa de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela instituição parlamentar, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam atividade jurídica (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 24642, Rel. Ministro Carlos Velloso).

A condição de co-partícipe no procedimento de elaboração das normas não é entendida como parte de um conjunto de atribuições decorrentes do mandato, com reflexos de caráter público, uma vez que se trata do exercício de função política que se legitima por dar cumprimento ao princípio da soberania popular.

A questão acerca da irregularidade e da inconstitucionalidade da tramitação de um projeto de lei ou de uma proposta de emenda constitucional acabaria sendo reduzida a um interesse particular e exclusivo dos deputados e senadores, enquanto condições para o exercício de sua atividade parlamentar, e jamais referida à produção da lei como uma questão afeta à cidadania em geral (OLIVEIRA, 1999, p. 173-174).

Prossegue o Ministro afirmando que:

É por esta razão que não pode, o cidadão, investir-se na posição de parte interessada no controle jurisdicional do processo de criação do direito positivo. O particular não dispõe, assim, do direito subjetivo de supervisionar o processo de formação dos atos legislativos ou constitucionais. A ausência desta prerrogativa desqualifica-o, enquanto pessoa estranha aos corpos legislativos (RTJ 139/783), para a postulação de tutela jurisdicional que objetive resguardar, no procedimento de elaboração das normas, a observância estrita dos princípios constitucionais (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 22503-3, Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996).

O Supremo não estendeu o direito ao devido processo legislativo a todo cidadão, vez que toda a sociedade, e não apenas os parlamentares, possuem esse direito constitucional (CRUZ, 2004, p. 308).¹⁰

A noção de direitos subjetivos, presente nos julgados analisados, denota a idéia de poder que admite renúncia e, assegurados pela lei, podem ser reivindicados. Os direitos subjetivos foram pensados pelo racionalismo em termos de uma liberdade absoluta que, derivada do direito natural, ou a ele identificada, se opunha ao próprio direito positivo e ao Estado (GONÇALVES, 1992).

Os direitos subjetivos constituem, para o constitucionalismo democrático, um conceito técnico jurídico do Estado Liberal que se prende a uma concepção individualista do homem, denotam a idéia de esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação do Estado (CITTADINO, 2003).

O conceito de direito subjetivo retrata a idéia de uma esfera privada imune a qualquer tipo de intervenção. A utilização dessa noção expressa, portanto, um conjunto de liberdades oponíveis de forma absoluta e em caráter individualista, definidas contra o Estado e interesses de natureza pública.

A idéia é utilizada para explicar a situação decorrente para o parlamentar do exercício da função pública de representação. Sua utilização no âmbito de justificativa para apreciar questão afeta ao exercício do poder político por representantes eleitos implica em tornar, portanto, questão pública (correta elaboração das leis) em interesse único e exclusivo do sujeito que a discute, subtraindo do povo em geral a fonte de existência e exercício da função de legislar, reduzindo as atribuições do parlamentar a interesses que se tornam de sua exclusiva titularidade uma vez concluída sua eleição, afastando do espaço decisório do parlamento o titular do poder político e seus interesses concretos.

A concepção de direitos individuais (como uma categoria de direitos fundamentais), por sua vez, é correntemente expressa pela idéia de um grupo de direitos que:

¹⁰ Acerca da questão da democratização do acesso à jurisdição constitucional, para um aprofundamento que extrapola o recorte do presente trabalho: Cruz (2004).

mediante garantias mínimas de integridade física e moral, bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um (SAMPAIO, 2005, p. 260).

Trata-se de um conjunto de direitos afetos à proteção do homem, constituindo uma esfera de proteção para seu corpo e sua personalidade, diz respeito essencialmente a questões relacionadas à pessoa na condição de indivíduo. Esses direitos, mesmo reconhecida sua relação de complementariedade e interdependência com outros direitos fundamentais (sociais, coletivos e difusos), permanecem relacionados a pretensões e obrigações destinadas à tutela das várias dimensões da vida do sujeito em sua esfera privada.

A posição do STF demonstra a desvinculação da atividade jurídico-política de representação parlamentar de seus pressupostos democráticos de legitimação, retrata uma concepção de cidadania que restringe o espaço público aos representantes, desconsiderando a concepção de cidadania vigente na atual Constituição. O espaço decisório, neste caso o Parlamento, como espaço restrito aos representantes eleitos, apresenta uma visão da relação entre a sociedade e o Estado que desvincula o povo da atuação do governo após o momento da votação. As atividades (denota-se) desenvolvidas no âmbito do Congresso Nacional fariam parte da esfera privada do parlamentar juntamente com seus demais direitos de cunho individual.

As questões constitucionais referentes ao processo legislativo são tratadas como interesse particular do parlamentar, e denotando a concepção de que o exercício de suas atribuições, dentre as quais o processo legislativo, se dá como um interesse pessoal ou corporativo, nem coletivo ou partidário.

A idéia de direito individual, é invocada, portanto, remetendo a uma concepção tipicamente liberal de representação política, mas que possui em seu cerne a negação da face do liberalismo político consistente na figura do indivíduo, seus correlatos direitos universais e suas garantias por meio da impessoalidade, legalidade e igualdade que norteiam a relação Estado-pessoa. A concepção que se esconde nos julgados analisados é liberal, naquele aspecto em que reforça o caráter seletivo, desigual e autoritário das relações políticas, rejeitando, por outro lado, os pressupostos do Estado Liberal tidos ainda como essenciais nas democracias contemporâneas.

A decisão é emblemática de uma interpretação dos direitos políticos que torna as normas constitucionais relativas à cidadania política e aos direitos fundamentais meramente nominais.

Não se deve, inclusive, tratar o exercício de um mandato representativo como uma questão privada, ainda que sob o rótulo de direito público subjetivo do parlamentar individualmente considerado, já que os parlamentares exercem função pública de representação política; e é necessariamente o exercício público, no mínimo coletivo ou partidário que poderia encontrar-se em risco (OLIVEIRA, 1999, p. 174).

O mandato, no contexto de um Estado Democrático de Direito, coloca o parlamentar em situação jurídica que lhe confere poderes para agir - nos limites impostos pela Constituição e na concretização desta - em nome e sob o controle dos cidadãos em geral, a quem o espaço ocupado e interesses a serem defendidos pelo parlamentar efetivamente pertence.

Ao contrário do que sustenta o Supremo Tribunal Federal, os requisitos formais dos atos processuais legislativos são, de uma perspectiva normativa, condições processuais que devem garantir um processo legislativo democrático, ou seja a institucionalização jurídica de formas discursivas e negociais que, sob as condições de complexidade da sociedade atual, devem garantir o exercício da autonomia jurídica - pública e privada – dos cidadãos (OLIVEIRA, 1999, p. 174).

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, as ações que fazem parte dessa jurisprudência acabaram por se constituir em uma segunda espécie de mandado de segurança:

Trata-se de uma aplicação que poderia ser considerada como uma variante da “doutrina brasileira do mandado de segurança”, que permite a utilização desse peculiar instrumento de defesa de direitos subjetivos públicos na solução de eventual conflito de atribuições ou de conflito entre órgãos, a *Organstreitigkeit* do direito constitucional alemão (Lei Fundamental , art. 93, I, nº 1). É, na expressão de Klaus Schlaich, um processo consigo mesmo destinado a dirimir controvérsias entre órgãos constitucionais a propósito de suas competências (DISTRITO FEDERAL, STF, MS 24138-1, Rel. Gilmar Ferreira Mendes, 2002).

Assim, cabe falar em mandado de segurança que não tenha por objeto, necessariamente, a defesa de direito individual, não estando sujeita a admissibilidade das ações ao reconhecimento de um direito subjetivo do parlamentar. Isso significa que o controle sobre os atos do Poder Legislativo independe do reconhecimento de direito ou interesse particular. Ele se faz pela necessidade de garantir a supremacia da Constituição no interesse da sociedade em geral.

A fundamentação das decisões na existência de um direito individual do parlamentar mostra um fosso entre a compreensão de cidadania e de direitos políticos instituída pela Constituição ao adotar o paradigma do Estado Democrático de Direito e a prática do tribunal ao avaliar o exercício do poder político.

A existência do fundamento apontado para admitir a possibilidade de controle

jurisdicional da correção do processo legislativo frente à Constituição provoca impactos na democracia constitucional brasileira em dois aspectos centrais. Sua presença na jurisprudência do STF agrega ao constitucionalismo brasileiro (ou simplesmente confirma) resultados que contrariam profundamente as exigências de um Estado de Direito, e mais ainda de um Estado de Direito Democrático: 1) cria um distanciamento entre os pressupostos constitucionais legitimadores da existência e exercício do Poder Legislativo e a maneira pela qual seus órgãos e componentes são compreendidos e tratados no cotidiano de suas atribuições. Assim, cria-se ou confirma-se, pela atuação do STF, uma carência de normatividade constitucional sobre a atividade parlamentar; 2) confirma-se, por meio de decisões judiciais, uma das mazelas do exercício do poder político no Brasil consistente na apropriação privada ou corporativa de espaços e interesses públicos, ao tratar questão de caráter eminentemente público como direito/interesse individual (subjeto) do parlamentar.

5 OS IMPACTOS DO FUNDAMENTO DE ADMISSIBILIDADE DAS AÇÕES NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: CONSEQUÊNCIAS NA NORMATIVIDADE DA CRFB/1988 E NA DEFINIÇÃO DO PAPEL CONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO

5.1 Conseqüências sobre a normatividade da Constituição de 1988 da manutenção do direito subjetivo do parlamentar ao processo legislativo como pressuposto de admissibilidade das ações estudadas

A Constituição Brasileira de 1824, outorgada pelo Imperador, inaugura a história constitucional brasileira, dando início a um ciclo de ordenamentos jurídico-constitucionais que não guardam correspondência com a realidade social e política. Inaugura-se uma história de inexistência de Estado de Direito, uma vez que as normas jurídicas, em especial as constitucionais, não conseguem conformar o poder político, colocando-se este acima do Direito.

A experiência política e constitucional do Brasil, da Independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infindável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas (BARCELOS, BARROSO, 2004, p. 469).

As Constituições Brasileiras de 1824 a 1967 guardam como identidade a ausência de normatividade, de capacidade de conformar o poder político tomado e exercido de fato. Os conflitos entre as disposições normativas e a atuação ou desejo de atuação dos poderes políticos foram recorrentemente resolvidos em favor dos últimos.

A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração. O desrespeito à legalidade constitucional acompanhou a evolução política brasileira como uma maldição, desde que D. Pedro I dissolveu a primeira Assembléia Constituinte. Das rebeliões ao longo da Regência ao golpe republicano, tudo sempre prenunciou um enredo acidentado,

onde a força bruta diversas vezes se impôs sobre o Direito. Foi assim com Floriano Peixoto, com o golpe do Estado Novo, com o golpe militar, com o impedimento de Pedro Aleixo, com os Atos Institucionais. Intolerância, imaturidade e insensibilidade social derrotando a Constituição. Um país que não dava certo (BARCELLOS, BARROSO, 2004, p.469).

Nesse caso, cabe utilizar a afirmação de Müller (2000) ao se referir à distância entre o que prevê o ordenamento jurídico e o que acontece no cotidiano das relações sociais e políticas em países dentre os quais se encontra o Brasil.

As disposições no campo do Estado de direito assumem aqui proporções estarrecedoras: por um lado se recorre à maior parte da população, por outro lado não se investe esta parte da população de direitos; por um lado a maior parte da população é 'integrada' na condição de obrigada, acusada, demandada, por outro lado ela não é integrada na condição de demandante, de titular de direitos (MÜLLER, 2000, p. 95).

A Constituição da República de 1988 adota como paradigma o Estado Democrático de Direito, exigindo um exercício de cidadania que extrapola a mera formação dos órgãos de representação através de votação, que implique em controle e participação efetiva da sociedade civil, inclusive de forma direta, junto aos órgãos decisórios do Estado. Trata-se do marco jurídico de um processo que rompe com o autoritarismo e a ausência de Estado de Direito.

A partir desta constatação é necessário admitir a necessidade de que a prática constitucional seja adequada ao que prescreve o texto da Constituição para que se supere o perigo de uma ordem democrática constitucional meramente nominal. A positivação jurídico-moderna como “textificação é faca de dois gumes” (MÜLLER, 1995, p. 102). A positivação pode ser compreendida como desvirtuada no sentido de um “constitucionalismo simbólico”, mas também pode ser levada a sério (OLIVEIRA, 1999, p. 179).

A existência de uma distância entre as normas constitucionais em abstrato e as práticas jurídicas e políticas pode conduzir ao pensamento de que a Constituição positivada, a Constituição jurídica, constitui, no dizer de Lassale (2006), mera “folha de papel”, sendo os fatores reais de poder, que o mesmo autor chama de “Constituição real”, a verdadeira força que determina as leis e as instituições da sociedade. Assim, a normatividade sempre sucumbiria ao poder de fato. O direito constitucional, portanto, teria apenas a função de justificar as relações de poder dominantes, não estando a serviço de uma ordem estatal justa (HESSE, 1991).

Ao contrário do que defende Lassale, a Constituição compõe-se de texto e realidade,

há um binômio do qual o intérprete constitucional não pode fugir. O espaço constitucional compõe-se de dois planos: o texto e a realidade, o que implica em admitir que concepções que isolem o fenômeno constitucional em um dos campos constituem visões redutoras de um espaço complexo (FREIRE JÚNIOR, 2004).

A Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças a sua pretensão de eficácia a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1991, p. 15).

Constituição e realidade condicionam-se mutuamente, mas não se trata de simples relação de dependência. A Constituição possui um significado próprio, apresentando-se sua pretensão de eficácia como um elemento autônomo dentre as forças das quais resultam a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que realiza sua pretensão de eficácia (HESSE, 1991).

A força normativa da Constituição, segundo Hesse (1991), decorre em parte de sua capacidade de construir o futuro a partir da natureza singular do presente, o que não significa mera adaptação a uma dada realidade. A Constituição logra converter-se ela mesma em força ativa que se assenta na natureza singular do presente.

Os requisitos para o desenvolvimento da força normativa da Constituição dizem respeito ao seu conteúdo, mas incluem também a práxis constitucional. A Constituição deve apresentar uma abertura para que projetos político-sociais alternativos compitam em igualdade de condições. Mas, por outro lado, a Constituição define regras, fins ou princípios conformadores do Estado e da sociedade que não podem estar sujeitos a transações políticas, dentre os quais se encontram necessariamente os princípios fundamentais da ordem constitucional como democracia, direitos fundamentais, Estado de Direito, além de elementos organizatórios como definição de órgãos, controle e competências (SAMPAIO, 2004).

Em relação à práxis constitucional, exige-se que seja partilhada por todos os partícipes da vida constitucional a denominada vontade de Constituição. Os interesses momentâneos não conseguem compensar o ganho que resulta do respeito à Constituição, essencial principalmente ao Estado Democrático. Assim, a interpretação possui um significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, devendo se submeter

ao princípio da ótima concretização da norma, contemplando as condicionantes do caso concreto, correlacionado-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação é considerada adequada quando consegue concretizar, de forma excelente o sentido da proposição dentro das condições reais que dominam uma determinada situação. O sentido das proposições jurídicas estabelece o limite da interpretação, sendo sempre possível uma interpretação construtiva dentro desse limite (HESSE, 1991).

A interpretação deve promover a concretização da norma, de maneira que o direito previsto pelo ordenamento jurídico seja realizado na solução do caso concreto.

Aspectos sociais, culturais, políticos e econômicos são fatores que sofrem interferências do Direito, mas também o informam e, em certos aspectos, até o impossibilitam. O Direito conforma a realidade, mas também é conformado por ela (HESSE, 1991; MÜLLER, 2000). A Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se se fizerem presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) (HESSE, 1991).

O Supremo Tribunal Federal decide a admissibilidade das ações referentes ao controle de constitucionalidade do processo legislativo a partir de um fundamento que distancia o exercício do poder político, pela função de legislar, de seu real titular e origem de sua legitimidade: o povo. Os fundamentos de admissibilidade das ações analisadas apresentam um distanciamento entre o que a Constituição prevê em relação ao fundamento maior do Estado de Direito e o que decide o Tribunal ao exercer sua função de controle sobre o Poder Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal julga questão diretamente ligada ao exercício constitucional do poder político desconsiderando que se trata de questão que afeta à cidadania em geral. Ignora, portanto, as normas constitucionais que instituem o Estado Democrático de Direito. Esta posição do STF exclui do cenário político do Parlamento o povo.

O texto da Constituição de 1988 não somente não fala de exclusão, senão também que se pronuncia contra ela, principalmente nos Títulos que tratam dos direitos fundamentais, podendo revelar, portanto, diferentemente de um contraste entre ideal e real, inclusão e exclusão, uma tensão entre texto e contexto (OLIVEIRA, 1999, p. 176).

O Supremo Tribunal Federal, na condição de intérprete constitucional qualificado, possui função primordial na efetivação da correspondência entre o texto da Constituição e a

realidade por ela conformada. Sua atuação, ao permitir um distanciamento entre o que prescreve a Constituição e a realidade do exercício do poder político, expressa uma recusa em fazer cumprir as disposições da Constituição vigente, o que implica perda de normatividade para os dispositivos pertinentes. Falta, nesse caso, a denominada “vontade de Constituição”.

A Constituição não pode, por si só, realizar nada. Ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se as tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem por ela estabelecida. Isto faz necessário que haja, principalmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, a vontade de Constituição (HESSE, 1991).

Segundo Hesse, a vontade de Constituição origina-se de três vertentes diferentes: a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio; a compreensão de que a ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, necessitando estar em constante processo de legitimação; a consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, a ordem constitucional não consegue ser eficaz sem o concurso da vontade humana, adquire e permanece em vigência através de atos de vontade. As conseqüências da vontade decorrem do fato de que a vida do Estado não está abandonada à ação surda de forças inelutáveis, ela é modificada na medida em que cada um assume e resolve as tarefas por ele colocadas (HESSE, 1991).

A questão estudada diz respeito à origem legítima de todo o poder político, consistente num aspecto primordial do Estado fundado no Brasil com a Constituição de 1988. A soberania popular é um pilar do Estado Democrático de Direito, mas sua efetivação como norma fundamental depende dos pressupostos elencados acima, constatando-se que o projeto representado pela Constituição somente se realiza na medida em que suas disposições forem concretizadas na solução de conflitos concretos.

A normatividade, considerada como a capacidade da norma de conformar a realidade, depende da possibilidade de adequação entre texto jurídico e realidade jurídica. A norma só vai conformar a realidade se for adequada a ela. Esta adequação se dá pelo trabalho jurídico, constatado que a normatividade se realiza como um processo (MÜLLER, 2005).

Tratando-se de entendimentos que são proferidos definitivamente sem possibilidade de revisão por outro órgão (típico da atuação dos tribunais constitucionais), tem-se a chancela de práticas e concepções políticas contrárias ao Direito, ou o impedimento de tais práticas a cada decisão. Na medida em que cada decisão é proferida pelo Tribunal Constitucional em desacordo com a Constituição, esta perde em efetividade e perde-se a oportunidade de

acrescer uma nova parcela de sustentabilidade ao Estado de Direito. Assim é a situação constatada nas ações analisadas no que se refere ao seu fundamento de admissibilidade.

A atuação constitucionalmente adequada por parte do Supremo Tribunal faz-se urgente para que não persista a distância entre texto e contexto. A ordem constitucional democrática, legitimada cotidianamente, é um fator de mudança no que se refere ao exercício do poder político, se forem rejeitados no contexto de sua aplicação resquícios de uma cultura política advinda das origens do Estado brasileiro, contrários aos fundamentos da Constituição vigente.

A Constituição atual resulta exatamente da rejeição (dentro do processo de construção da democracia e do Estado de Direito propriamente brasileiros) das conseqüências da cultura política (centrada no autoritarismo, na apropriação privada das instâncias estatais e na desigualdade política) vivenciada e suportada ao longo de décadas.

5.2 Impactos das decisões estudadas na definição do papel constitucional do Poder Legislativo

A manutenção do direito individual do parlamentar ao processo legislativo como pressuposto de admissibilidade das ações de controle da constitucionalidade do processo legislativo provoca a manutenção, na jurisprudência do STF, de formulação incompatível com os princípios democráticos adotados pela Constituição e coerentes com a cultura política de apropriação privada de espaço e interesse que é essencialmente público.

Trata-se de um elemento que promove, no constitucionalismo brasileiro, uma perda de legitimidade na medida em que reforça a visão historicamente consolidada de enfraquecimento do Parlamento em face dos demais poderes e a perda de representatividade perante a sociedade. Estes efeitos ocorrem porque confirma, no plano da jurisdição constitucional, a compreensão de que o Congresso Nacional é apropriado pelos representantes e seus interesses pessoais ou corporativos em detrimento dos representados.

A cultura política patrimonialista e personalista, que firmou no imaginário popular a indistinção – em especial por parte dos líderes políticos – entre instituição pública e domínio privado, determina um conjunto de práticas e concepções na sociedade brasileira. Tais práticas e concepções representam efeitos remanescentes de um processo histórico que compõe a identidade do Estado Brasileiro, o qual, porém, encontra-se em momento crucial de

sua transformação em um Estado de Direito e uma Democracia, representado pela Constituição de 1988. O processo constituinte de 1987-88 apresenta-se como o momento em que a sociedade brasileira assume a construção de um novo projeto assentado na soberania popular e nos direitos fundamentais, rejeitando as bases autoritárias de sua formação e as consequências daí advindas.

A afirmação do projeto constitucional depende da superação das condicionantes que o contrariam e aparecem, recorrentemente, no cotidiano das instituições, como no presente caso em que o tratamento da função legislativa de uma ótica do interesse subjetivo do parlamentar é pano de fundo para uma decisão judicial.

A desvinculação entre a atuação do Estado e os comandos legais, bem como a apropriação dos atos e do patrimônio do Estado como se fossem privado, são consideradas, por muitos autores, como traços característicos da cultura política brasileira.

O predomínio dos interesses estatais, capazes de conduzir e deformar a sociedade – realidade desconhecida na evolução anglo-americana – condiciona o funcionamento das constituições, em regra escritos semânticos ou nominais sem correspondência com o mundo que regem (FAORO, 1998, p. 739).

Isto caracterizaria a atuação das instituições, contaminando os poderes do Estado com as mazelas do personalismo e do patrimonialismo que deste decorre.

A cultura política nacional veio sendo descrita, predominantemente, desde os clássicos do pensamento social e político brasileiro, a partir da década de 30 e passando por estudos mais recentes como: “Um conjunto rígido de padrões político-culturais, dotado de forte capacidade de continuidade, combinando traços herdados das raízes ibéricas do país – isto é, um sistema de valores autoritários, hierárquicos e plebiscitários – com componentes estatistas e antiliberais resultantes do processo de formação do Estado”. Se, por um lado, o Estado é visto como organização política dotada de grande autonomia, de perfil centralizador e interventor nas diversas dimensões da vida social, a sociedade civil, por outro lado, é vista como um ente amorfo dotado de uma incapacidade histórica para se organizar. Neste contexto, o sistema político é concebido como que constituído por partidos políticos frágeis, comandados por lideranças que primam pelo estabelecimento de relações políticas calcadas na personalização e individualização, reforçando o caráter clientelista e populista das ações políticas (MESSENERG, 2008, p. 78).

A apropriação do patrimônio público como se fosse privado, bem como a atuação do Estado de acordo com a vontade e personalidade dos governantes, são situações típicas da história brasileira, o que se dá tanto mediante processos ilícitos, desobedecendo aos comandos jurídicos, quanto por meio de processos lícitos, utilizando-se de instrumentos e procedimentos juridicamente permitidos para atingir finalidades de índole particular e não afetas ao interesse público.

A ilegitimidade ancestral materializou-se na dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente. Viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produziu uma sociedade com *deficit* de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo (BARCELLOS, BARROSO, 2004, p.469).

O personalismo, o patrimonialismo, o clientelismo e o autoritarismo são apontados por vários filósofos e sociólogos como traços característicos da cultura política brasileira. Tais características, resultantes e ao mesmo tempo condicionantes da formação do povo brasileiro, foram identificadas por Hollanda (1969), Viana (1976), Faoro (1977), Chauí (2000) e Matta (2000), ressaltadas as peculiaridades das constatações de cada um. Todos esses conceitos estão intimamente ligados, resultantes da mesma matriz política e cultural.

Schwartzman (2006) resume da seguinte maneira as formas como o conceito de patrimonialismo tem sido utilizado:

Simplificando, é possível sinalizar pelo menos três maneiras pelas quais este conceito tem sido utilizado para caracterizar a formação política da América Latina contemporânea. Uma que ficou famosa a partir dos trabalhos de Raymundo Faoro (Faoro 1958) entende o patrimonialismo como um elemento da cultura herdada dos colonizadores portugueses e espanhóis. Como tal, é uma característica essencial, que evolui e se transforma com o tempo, mas permanece imutável em sua essência, não deixando espaço para outras possibilidades (Schwartzman 2003). A outra perspectiva, que me parece um pouco mais próxima da perspectiva de Weber, vê o patrimonialismo como um traço da sociedade tradicional, que tenderia a desaparecer com introdução da modernidade. É esta, me parece, a abordagem de Fernando Uricoechea, em seu estudo clássico sobre a Guarda Nacional no Brasil, instituição que desaparece com a profissionalização das forças armadas (Uricoechea 1978; Schwartzman 1980). Minha própria perspectiva é um pouco distinta, e mais fiel, acredito, à inspiração weberiana original (Schwartzman, 1975; Schwartzman, 1977; Schwartzman 1988; Schwartzman, 1988) (SCHWARTZMAN, 2006).

O termo patrimonialismo, em linhas gerais, é empregado para caracterizar a apropriação de recursos estatais por funcionários públicos, grupos políticos ou segmentos privados (SORJ, 2000). Fedozzi (1997) observa que o modelo patrimonialista de formação sociopolítica do Brasil é caracterizado pela precedência do Estado em relação à sociedade, o que produz oportunidades para cooptações, exclusões e concessões; pela ausência da noção de contrato social, que requer a concepção de indivíduos como portadores de direitos; pela permanente reposição da dualidade entre o país real e o país formal, denotando a distância entre a esfera institucional e a esfera social.

Sérgio Buarque de Holanda é corriqueiramente apontado como tendo sido o primeiro autor a elucidar notoriamente a relação entre o patrimonialismo e a formação da cultura

política brasileira. O autor denotava em seu livro mais bem difundido, *Raízes do Brasil*, a característica fundamental do “homem cordial” brasileiro que, em sua débil vida pública, era propenso a não considerar a fundamental diferença entre seu interesse privado e a dimensão da esfera coletiva que o cingia. Em sua obra, demonstra, por meio do uso de um método intimamente voltado à psicologia e à história social, como as características herdadas durante o processo colonizador se plasmaram na cultura brasileira, desenvolvendo atavismos e arquétipos institucionais tipicamente patriarcais, de uma prática de subordinação à autoridade e de manifesto descaso com os assuntos relativos à esfera pública (SILVEIRA, 2006).

Os detentores das funções públicas de maior responsabilidade, formados no ambiente acima descrito, não compreenderam a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Caracterizar-se-iam, portanto, justamente:

pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer as funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático (HOLANDA, 1969, p. 105).

Na visão desse autor, a existência efetiva do Estado depende da superação das relações privadas na relação travada entre Estado e Sociedade, almejando-se a formação de um espaço que é marcado justamente pelo sobrepunimento desses vínculos particularistas e construção de um espaço de predominância dos aspectos coletivos, públicos por excelência (SILVEIRA, 2006).

Acerca da distinção que deve haver entre o círculo familiar e o Estado, afirma Holanda (1969):

pertencem a ordens diferentes em essência. Só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da Cidade. Há nesse fato um triunfo do geral sobre o particular, do intelectual sobre o material, do abstrato sobre o corpóreo e não uma depuração sucessiva, uma espiritualização de formas mais naturais e rudimentares, uma procissão das hipóstases, para falar como na filosofia alexandrina. A ordem familiar, em sua forma pura, é abolida por uma transcendência (HOLANDA, 1969, p. 101).

O movimento de transição entre estas duas ordens, passando-se da predominância da esfera eminentemente privatizada da família para o Estado, ocorreu na maioria dos países

desenvolvidos modernos, caracterizando a transição de uma ordem feudal para uma ordem capitalista na Europa. Isto, porém, não foi vivenciado de forma completa pelo povo brasileiro. Por esta razão, os laços tradicionais, caracterizados pela predominância das relações familiares, transpuseram estes valores para a esfera pública. Assim, o homem público brasileiro trazia para suas atividades na seara pública características próprias do meio em que se fez indivíduo. Carregava para o *mister* público os mesmo traços paternalistas delimitadores de sua visão de mundo, confundindo os assuntos de âmbito pessoal com as atividades inerentes ao interesse público (HOLANDA *apud* SILVEIRA, 2006).

Seria, portanto, inerente à condição do brasileiro típico a atávica propensão em tratar a política e os assuntos do Estado de modo pessoal, avesso a formalismos. Tudo isso resultou em obstáculo para se erigir um Estado burocrático por excelência (SILVEIRA, 2006).

O insucesso na construção do estado burocrático, o qual teria propiciado a separação nítida entre o público e o privado, pela atribuição de caráter impessoal à atuação do Estado, fez com que se mantivesse como traço característico das relações políticas e institucionais a pessoalidade e a indistinção entre as esferas pública e privada.

Segundo Faoro, a explicação para as mazelas do Estado e da Nação brasileiros pode ser buscada no caráter específico de nossa formação histórica, em especial sobre nosso passado. O autor analisa a estrutura de poder patrimonialista adquirida do Estado Português por nossos antepassados, por meio da inteira importação de sua estrutura administrativa para a colônia na época pós-descobrimto, fato posteriormente reforçado pela transmigração da Coroa Lusitana no século XIX. Esse modelo institucional foi transformado em padrão histórico a partir do qual se estruturaram a Independência, o Império e a República do Brasil (SILVEIRA, 2006).

A estrutura do poder português, transportada para o Brasil, determinou distorções econômicas e sócio-políticas no país (FAORO, 1977). Para este autor, a característica mais marcante do desenvolvimento do Estado Brasileiro por toda a sua história foi o patrimonialismo. Analisando a formação histórica do Estado Português, Faoro descobre que a fundamental peculiaridade de sua forma de organização estava no fato de que o bem público, as terras e o tesouro da Corte Real não estavam dissociados do patrimônio que constituiria a esfera de bens íntima do governante. Tudo era um imenso conjunto de possessões submetidas de fato e de direito à deliberação subjetiva do príncipe (SILVEIRA, 2006).

Segundo Faoro (1977), a propriedade do rei – suas terras e seus tesouros – se confundem nos seus aspectos público e particular. Rendas e despesas se aplicam, sem discriminação normativa prévia, nos gastos da família ou em bens e serviços de utilidade geral

(FAORO, 1977).

O mesmo autor, após vasta pesquisa documental e histórica, demonstra que, tanto em Portugal quanto no Brasil, não houve o desenvolvimento de uma organização social compatível com o feudalismo; ao contrário, essas formações sociais foram marcadas pela forte presença do Estado na vida dos indivíduos, demonstrando na tradição luso-brasileira marcas de uma evidente estrutura de cariz patrimonial. O modelo institucional brasileiro organizava-se politicamente como um patrimonialismo gerido pela vontade administrativa do príncipe. O príncipe, por sua vez, estava munido de todo um aparato de funcionários e súditos leais que se apropriavam do Estado utilizando-o em benefício próprio (SILVEIRA, 2006).

Tomando uma concepção de Weber, é utilizada a idéia de estamento social, uma forma de ordem social vigente sob a qual se funda a estratificação e que dissemina relações de poder pela tessitura social, impondo-se a vontade sobre a conduta alheia. Os estamentos se fundam na divisão da sociedade conforme a posição social que ocupam, ou seja, a um *status* específico, calcando na desigualdade social, reclamando para si privilégios materiais e espirituais que irão assegurar sua posição e sua base de poder no seio da sociedade (SILVEIRA, 2006).

O estamento é uma camada de indivíduos que se organiza e que é definido pelas suas relações com o Estado (CAMPANTE, 2003). Assim, os estamentos se apropriam das funções e dos bens públicos, aproveitando-os para usufruir vantagens de caráter pessoal e definindo, inclusive, as regras para que seus membros utilizem tais vantagens. Daí a denominação que lhes dá Faoro: “Donos do poder”.

Segundo Campante (2003), o instrumento de poder do estamento é o controle patrimonialista do Estado, um Estado centralizador e administrado em prol da camada político-social que lhe dá vida. Imbuído de uma racionalidade pré-moderna, o patrimonialismo é essencialmente personalista e tende a desprezar a distinção entre a esfera pública e privada. Na sociedade patrimonialista, o particularismo e o poder pessoal reinam, o favoritismo é o meio por excelência de ascensão social, e o sistema jurídico, *lato sensu*, englobando o direito expresso e o direito aplicado, costuma veicular o poder pessoal e o privilégio, em detrimento da universalidade e da igualdade formal-legal. O distanciamento do Estado dos interesses da nação reflete o distanciamento da elite dos interesses da sociedade em geral (CAMPANTE, 2003).

Em uma estrutura social em que prevalece a posição de estamentos privilegiados não há uma vida civil livre e não poderá prevalecer a justiça social. A desigualdade é regra de sobrevivência da elite, sendo a forma pela qual a sociedade se assenta e se reproduz

(SILVEIRA: 2006).

O personalismo se caracteriza, portanto, pela indistinção entre as esferas pública e privada, submetendo-se aos mesmos parâmetros de avaliação e condução as relações pessoais de caráter privado e aquelas que se travam no espaço público-institucional. Segundo Matta (2000), a formação da Brasil se deu por um processo em que prevaleceram as relações pessoais em detrimento das relações impessoais e profissionais. Isto resultou em uma cultura na qual as estruturas do Estado se movem sob o impulso das relações pessoais, ainda que esse impulso se dê em detrimento das imposições legais

Há sistemas que privilegiam o indivíduo e há sistemas que tomam como centro a pessoa. Haveria a possibilidade de termos sistemas onde as duas noções são básicas? Minas resposta é positiva, (...) pois, de um lado, temos a ênfase em uma lei universal (cujo sujeito é o indivíduo) sendo apresentada como igual para todos; e, de outro temos a resposta indignada de alguém que é uma pessoa e exige uma curvatura especial da lei (...). No caso do Brasil tudo indica que temos uma situação onde é o indivíduo que é a noção moderna, superimposta a um poderoso sistema de relações pessoais (MATTA, 2000).

Oliveira Vianna (1982) apontou a relevância do personalismo nas instituições políticas brasileiras, demonstrando, muito além de meras contradições de uma cultura autoritária, normas práticas paralelas ou contraditórias à lei que orientavam a conduta política nacional.

As relações sociais e políticas, bem como a destinação dos recursos públicos, em uma realidade político-institucional caracterizada pelo compadrio e clientelismo, não se dão em razão do que é devido a cada um em razão de seu direito. Os recursos públicos se repartem, assim como o poder é exercido, de acordo com a vontade de quem deles se apropria via apropriação do espaço de decisão política ou econômica.

As expressões clientelismo e coronelismo são utilizadas para descrever situações em que a política se dá pela distribuição de recursos públicos em troca de apoio, e em que as lideranças políticas se especializam na intermediação entre os governos e os diferentes tipos de clientela (SCHWARTZMAN, 2006).

As relações que se dão às margens do Direito reforçam os processos de dominação e sujeição dos menos favorecidos, pela ausência de garantias que igualem os indivíduos. Quanto mais arraigados os processos políticos de dominação privilégios, mais distante a efetivação de direitos fundamentais. Identifica-se ainda situações e práticas sociais em que o ordenamento jurídico se aplica tão somente a alguns sujeitos – tal como na distinção apontada por Oliveira Vianna (1982) entre pessoas, indivíduos e meros indivíduos.

As características apontadas, identificadas cotidianamente nas praticas políticas,

sociais e, principalmente, institucionais, geram um sentimento de que em determinados espaços (para ou frente a determinadas pessoas) o poder se apresenta despido de conformação jurídica, embora haja permanentemente a pretensão de um sistema de direitos universais, ou pelo menos universalizáveis.

As relações fundam-se na dominação e na aceitação da violência (ainda que dissimulada) como traço predominante nas relações entre as classes sociais (CHAUI, 2000).

A conseqüência central pode ser descrita como a impotência do Direito para conformar o poder de fato, bem como a criação de um grupo de sujeitos pra cujas vidas o direito não garante proteção efetiva. Os direitos fundamentais são efetivados de forma seletiva de acordo com o estamento social em se esteja inserido.

São postulados do Estado de Direito, identificados e incorporados pelo Direito Público: a legalidade (juridicidade), a impessoalidade e a igualdade de todos frente ao Estado (MÜLLER, 1995, 2000, 2005). No Estado de Direito, distingue-se a vontade do Estado da vontade do governante, bem como se submete a atuação do primeiro ao Direito (o que determina as condutas possíveis na condução da administração dos bens e serviços do Estado). A cultura política brasileira identifica a pessoa do Estado com a pessoa do governante (personalismo) e tolera a apropriação do *locus* estatal como espaço privado de pessoas ou grupos (patrimonialismo). Assim, os traços acima descritos como típicos da sociedade política no Brasil vão de encontro às características do Estado de Direito, retardando, ou até mesmo impedindo sua existência plena no Brasil.

A igualdade, tanto em sua face formal – característica fundamental no Estado de Direito – quanto em sua face material – característica essencial de um Estado de Direito cujo significado passa a incluir a justiça social (OLIVEIRA, 2000), apresentar-se-ia como uma pretensão característica do pensamento daqueles que ainda não conheceram a forma de distribuição prática do poder político.

Esse contexto propicia a manutenção da desigualdade pela seletividade que caracteriza a garantia de direitos fundamentais e definido o verdadeiro poder de decisão, retardando, ou até mesmo impossibilitando a racionalização do exercício do poder político pela obediência aos contornos juridicamente estabelecidos (em especial, ao processo democrático).

Esses traços, porém, não podem ser mais entendidos como fatais e insuperáveis, de modo que impeçam a democracia e o Estado de Direito no Brasil, uma vez que estes dois elementos resultam de processos de construção singulares em cada sociedade e o Brasil passou, em sua história recente, por momentos significativos em seu processo próprio de

democratização e implementação dos direitos fundamentais.

Viana (2004) encontra-se entre os cientistas sociais que se posicionam criticamente frente a esses traços da sociedade brasileira no que se refere à cultura política, entendendo que não há uma correlação necessária entre essas variáveis históricas e a impossibilidade de um Estado e sociedade democrática no Brasil. Deve-se, segundo este autor, compreender que “o Poder Público articula-se com base em elementos ético-morais substantivos com óbvia consequência de se buscar, na experiência do compartilhamento dos cidadãos, o fundamento da esfera pública democrática” (VIANNA, CARVALHO, 2004, p. 4).

A concepção de comunidade que tem no Estado o seu eixo norteador sofre, na visão de Viana, um deslocamento notável em direção à sociedade civil, a partir da Constituinte de 1988. A Carta de 88, ao estender para a sociedade o acesso aos procedimentos de elaboração das leis – não só para a defesa dos direitos previstos, mas para aquisição de outros -, resgata a dimensão do público como espaço de aprendizado do civismo, a partir de sua auto-organização e não apenas pela delegação representativa. Abriu-se, por conseguinte, um caminho inédito na História brasileira, que possibilita as maiorias, sob o manto regulatório do direito participarem como novos personagens da esfera pública. Da possibilidade à ação é tema que o autor não desenvolve, reconhecendo, inclusive, que nossa experiência civilizatória está por conhecer um movimento reflexivo, capaz de traduzi-la em um modelo democrático justificado persuasivamente” (MESSEMBERG, 2008, p. 80).

A grande legitimidade que caracteriza a Constituição de 1988 decorre de uma via inesperada e, até o momento da eleição da Assembléia Constituinte, bastante implausível. A morte do Presidente eleito, Tancredo Neves, e a posse como Presidente do Vice-Presidente eleito, José Sarney, fez as forças populares mobilizadas pela campanha das ‘Diretas já’ voltarem a sua atenção e interesse de maneira decisiva para os trabalhos constituintes (CARVALHO NETTO, 2002).

Cruz (2006), contrapondo-se a proposições, tais como a de Nelson Jobim, de desvalorização do atual texto constitucional pelo fato de ter incorporado dispositivos sem a anuência do Plenário da Constituinte, trazendo a noção de patriotismo constitucional assim afirma:

A proposta de Jobim se esquece de proceder a duas dimensões indissociáveis do discurso constitucional: a “negação” e a “metonímia” desse evento passado que foi a Assembléia Constituinte. A primeira se perfaz por meio de uma autoreflexão do mesmo, de forma a aprendermos com os erros cometidos ao longo da história. A segunda, por meio da “escolha” sobre quais elementos desse passado que desejamos dar seqüência. Somente assim poder-se-á conferir uma superação de um distanciamento entre o real e o ideal, permitindo que a identidade pré-constitucional se some ao patriotismo constitucional na conformação permanente do Estado Democrático de Direito (CRUZ, 2006, p. 71).

O passado do Estado Brasileiro, sua carga política, social e jurídica, faz parte da identidade constitucional do povo brasileiro, constituindo-se o ponto de partida de análise, aprendizado, rejeição dos pontos a serem repudiados e incorporação dos elementos a serem mantidos e/ou relidos. Trata-se de fenômeno, porém, que não ocorre com a mera vigência de um texto constitucional, requer um processo contínuo de identificação e reflexão acerca de problemáticas herdadas, que aparecem de maneira recorrente nas pré-compreensões dos atores e no cotidiano das instituições.

Barcellos e Barroso (2004) também se referem à atual Constituição como o marco de um processo de superação de um passado histórico calcado em bases patrimonialistas e autoritárias em favor de uma nova sociedade e Estado, para o que descreve as mudanças provocadas em diversos aspectos na ciência jurídica em razão de seu surgimento.

A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente. Nessa história ainda em curso, e sem certeza de final feliz, é fato, quanto à ilegitimidade ancestral, que a elite já não conserva a onipotência e a insensibilidade da antiga plutocracia. Seus poderes foram atenuados por fenômenos políticos importantes, como a organização da sociedade, a liberdade de imprensa, a formação de uma opinião pública mais consciente, o movimento social e, já agora, a alternância do poder. A legalidade constitucional, a despeito da compulsão com que se emenda a Constituição, vive um momento de elevação: quinze anos sem ruptura, um verdadeiro recorde em um país de golpes e contra-golpes. Ao longo desse período, destituiu-se um Presidente, afastaram-se Senadores e chegou ao poder um partido de esquerda, sem que uma voz sequer se manifestasse pelo desrespeito às regras constitucionais. Nessa saudável transformação, não deve passar despercebido o desenvolvimento de uma nova atitude e de uma nova mentalidade nas Forças Armadas. E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional. A seguir, expõem-se algumas idéias a propósito dessa fase de efervescente criatividade na dogmática jurídica e de sua aproximação com a ética e com a realização dos direitos fundamentais. O debate é universal, mas a perspectiva é brasileira. Um esforço de elaboração teórica a serviço dos ideais de avanço social e de construção de um país justo e digno. Que possa derrotar o passado que não soube ser (BARCELLOS, BARROSO, 2004, p. 469-470).

As mudanças jurídicas, políticas e sociais representadas pela Constituição de 1988 englobam também uma mudança no marco regulatório dos papéis dos poderes do Estado, definindo-se limitações, atribuições e pressupostos de legitimação que colocam o Legislativo,

o Executivo e o Judiciário a serviço dos direitos fundamentais e da democracia.

Essa conformação implica na quebra histórica de hegemonia do Executivo sobre os demais poderes, que se inicia pela existência do poder moderador no Império e repete-se pelos sucessivos golpes e exercício violento e ilegal da vontade dos chefes deste poder sobre o Judiciário e sobre o Poder Legislativo (conforme descrições supra). As práticas institucionais que tendem a isso, fora dos limites da Constituição, devem ser consideradas ilícitas.

Constatado o caráter construtivo da atuação jurisdicional e a inafastável relevância da aplicação adequada do direito para que as normas tenham efetividade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 somente cumpre suas promessas na medida em que as condutas, em especial dos sujeitos legitimados para o exercício das funções estatais, sejam coerentes com suas disposições e negadoras das práticas que ferem seus princípios.

O Direito distingue-se profundamente das demais ciências sociais por seu aspecto normativo, sua pretensão de obrigar condutas (MÜLLER, 2005). Por essa razão, as constatações que em seu âmbito são realizadas possuem um potencial transformador, principalmente quando tratadas no plano da solução de conflitos concretos.

O papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, em especial o assumido na última década, torna os impactos de suas decisões fatais no que se refere aos limites de atuação do Legislativo e do Executivo, produzindo efeitos determinantes na normatividade da Constituição da República de 1988. Sua afirmação tem desaguado em uma progressiva permissão para controlar cada vez mais as ações do Poder Legislativo. Verifica-se, porém, que seu entendimento acerca do mandato parlamentar apresenta um distanciamento em relação ao pressuposto da soberania popular, resultando em uma concepção que afeta profundamente a legitimação do Poder Legislativo. A situação caracterizada no presente trabalho permite que seja mantido um *locus* de incompatibilidade entre o que a Constituição prevê e a compreensão vigente acerca do papel e dos pressupostos legitimadores de um dos poderes do Estado, configurando-se um espaço de inefetividade da Constituição, o que é promovido pelo próprio trabalho jurídico de concretização e não com o exercício de poder de fato.

O STF tem corroborado, por meio dos julgados analisados, a compreensão do Poder Legislativo Federal como espaço público privatizado. A permanência dessa situação enfraquece o Estado Democrático de Direito no Brasil, uma vez que os Parlamentos possuem função de espaço político deliberativo essencial à consolidação das democracias recentemente estruturadas. Histórias políticas, como a brasileira, demonstram em suas memórias os riscos de aniquilação da força do Poder Legislativo legitimado pelo voto.

Os representantes, no contexto atual, uma vez eleitos não se tornam detentores do espaço público e se desvinculam da vontade e do controle de seus eleitores. A proximidade entre as instâncias decisórias de questões públicas e a sociedade em geral é necessária para conferir legitimidade às decisões e à própria existência das instituições. Tal pressuposto constitui o cerne da realização da Constituição atual no que diz respeito ao exercício do poder político, motivo pelo qual toda atuação de um órgão do Estado que incida na liberdade política deve se ater a ele. A atuação do parlamentar não se faz em nome próprio, mas em nome de outrem e no exercício de função política que visa dar cumprimento aos direitos políticos de todos.

A postura de privatização do espaço público, considerada como uma das mazelas da democracia representativa e mais herdada fortemente da tradição política brasileira somente pode ser rejeitada no âmbito do Legislativo, se o mandato colocar efetivamente o parlamentar em situação jurídica que lhe confere poderes para agir, nos limites impostos pela Constituição e na concretização desta, em nome e sob o controle dos cidadãos em geral (a quem o espaço ocupado pelo parlamentar efetivamente pertence).

A identificação do exercício regular da elaboração legislativa com um direito do indivíduo parlamentar transforma o exercício da função política de representação em um jogo de interesses privados, em meio ao qual o Supremo se coloca como árbitro. O distanciamento entre o fundamento apresentado e a o princípio da soberania popular (fundamento maior do desenho constitucional dos poderes políticos) torna o controle preventivo de constitucionalidade das normas, admitido pelo STF, questionável quanto à sua adequação frente à Constituição atual. A presente pesquisa demonstra que o cerne da inadequação das decisões analisadas frente à CRFB/1988 está no interesse de agir fundado no interesse individual, e não público ou, pelo menos, político-partidário.

Por essas razões, a permanência desse entendimento provoca os seguintes prejuízos para a consolidação da democracia constitucional brasileira: agrava o *deficit* de legitimidade do Poder Legislativo; corrobora o tratamento patrimonialista e personalista das instituições públicas; promove a expansão do poder de controle do Supremo Tribunal Federal sobre o Poder Legislativo a partir de fundamentos insustentáveis frente à concepção de cidadania e na atual Constituição.

6 CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 constitui, no plano normativo, o marco da instituição de um modelo de Estado de Direito e de Democracia. Resulta de um processo específico de aprendizado da sociedade brasileira no sentido de incorporar como fundamentos essenciais do ordenamento jurídico a limitação do poder político, os direitos fundamentais e a soberania popular. Não se trata, portanto, de mero documento constitucional tal como as Constituições que a antecederam, possuindo legitimidade decorrente desse processo e se legitimando gradualmente na medida em que ganha efetividade no cotidiano jurídico, social e político.

O princípio da soberania popular, como pressuposto essencial de um Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição de 1988, implica que as instituições políticas retirem seu fundamento de existência e atuação da vontade política da sociedade. A soberania popular não se realiza somente no momento da composição das instituições representativas: exige a obediência permanente mediante inserção do povo no cotidiano das instituições políticas. Trata-se de imposição normativa a partir de um modelo de organização política que mistura institutos de democracia representativa com institutos de democracia direta ou semidireta.

O cumprimento dessa norma, que determina a inserção dos indivíduos no cotidiano das instituições políticas, na recente democracia brasileira, exige uma mudança ainda mais profunda do que a abertura para a participação nos processos decisórios. Trata-se da necessidade de incorporar a soberania popular como pressuposto de análise e compreensão de qualquer instituto ou instituição política, sob pena de que as participações sejam mera superfície de relações que não reconhecem de fato representantes e representados como iguais, ou o povo como titular do poder. As compreensões acerca da relação povo - poder político expressas como panos de fundo de julgados definem em grande medida o significado a ser dado à soberania popular quando incide em conflitos reais.

As normas jurídicas não possuem um sentido previamente definido de maneira completa em abstrato, assim como a mera existência de textos de normas não implicam na existência efetiva de um direito. As normas jurídicas somente adquirem sentido dentro de um horizonte de significado oferecido pelas características e contexto das situações reais. A partir dessa constatação, verifica-se que a práxis jurídica é determinante na efetividade das Constituições: o trabalho do intérprete na busca da resposta adequada constrói e reconstrói

permanentemente o ordenamento jurídico a partir do referencial oferecido pelos fundamentos estampados nas Constituições, cuja supremacia é postulado para a garantia dos direitos fundamentais e da democracia. Assim, as compreensões expressas em casos concretos ganham maior relevância, pois se tornam parte do ordenamento jurídico, o que se reforça quando se tratar de tribunais constitucionais.

Tribunais constitucionais atuam em favor da supremacia da Constituição, o que lhes possibilita: dar a última interpretação à norma constitucional a ser imposta a um caso concreto histórico e irrepetível; exercer controle dos atos dos demais poderes perante a Constituição; estabelecer para os membros do Poder Judiciário a interpretação a ser dada às normas constitucionais ou infraconstitucionais perante a Constituição. Assim, suas compreensões e o fundamento de suas decisões impactam no ordenamento jurídico de maneira determinante, na medida em que pesam, em caráter definitivo, contra ou a favor da efetividade dos direitos em uma Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, em especial a partir de suas posturas na última década, assumiu no Estado Brasileiro papel, se não idêntico, fortemente coincidente com as funções de um Tribunal Constitucional, buscando, inclusive, respaldo mediante participação popular. Nesse sentido, sua atuação tem avançado no controle dos atos do Executivo e do Legislativo, órgãos de representação política calcados na soberania popular.

O STF, ao apresentar o fundamento para admitir mandados de segurança que visam resguardar a correção do processo legislativo durante seu curso perante a Constituição, acaba apresentando um argumento que contraria profundamente a base de existência e ação do Poder Legislativo. Esse argumento provoca um impacto profundo no que se refere à compreensão das instituições políticas no Brasil, bem como na efetividade da Constituição de 1988.

Ao realizar o controle de constitucionalidade do processo legislativo, cuja condução constitui uma das atribuições incluídas no exercício do mandato parlamentar, o Supremo Tribunal Federal entende que o controle deve ser feito para preservar o direito subjetivo do parlamentar ao processo legislativo constitucional. Este argumento deságua em compreender uma das dimensões do exercício parlamentar como interesse próprio do representante, desvinculando-o de seu pressuposto legitimador e do caráter público que é da sua essência. O parlamentar tem um direito próprio à correção do processo legislativo como cidadão dotado de direitos políticos, mas quando a defende na qualidade de parlamentar, o faz como representante e defende necessariamente o que é direito político de todos, respaldado na representação alcançada pelo voto popular que lhe permite participar do procedimento de

natureza pública de elaboração das normas.

O argumento separa os cidadãos em geral do exercício do poder político: a regularidade do processo legislativo (constitucionalidade/legalidade) constitui interesse pessoal do parlamentar e não uma questão que reflita os direitos fundamentais de todos, principalmente os direitos políticos.

A persistência dessa compreensão após a Constituição de 1988 representa uma desconsideração das normas constitucionais vigentes. Ao fundamentar suas decisões de forma diversa do que exigem as normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal deixa de cumprir seu papel de garantir a supremacia da Constituição.

Os julgados estudados provocam um déficit profundo de efetividade da Constituição no que se refere ao exercício do poder político, acaba por construir um capítulo que faz o constitucionalismo brasileiro estagnar no que se refere ao Estado de Direito e à democracia; demonstra ainda uma compreensão que está profundamente arraigada nas instituições e corre o risco de ser encoberta por pseudoprocédimentos de abertura e inserção democrática, mas continuar no cerne daquilo que de fato se compreende acerca da relação entre povo e poder.

A postura do Supremo Tribunal Federal estabelece uma concepção acerca do mandato parlamentar que mostra o Poder Legislativo, instituição político-representativa, como instituição carente de respaldo na soberania popular, situação contraditória em um quadro constitucional que mescla instrumentos de democracia direta e indireta, inclusive, estabelecendo o voto como cláusula pétrea da Constituição.

A situação constatada reflete a existência nas instituições de traços da cultura política arraigada nos seguintes aspectos: apropriação privada das instituições, bens, espaços e procedimentos públicos; identificação do interesse representado pelo Estado com os interesses próprios dos representantes e servidores (personalismo) e resistência em incorporar a noção de que o poder político em uma democracia resulta da titularidade de direitos políticos universalizados, motivo pelo qual o poder não tem um “dono” (autoritarismo).

As decisões estudadas promovem, portanto, a confirmação, por meio de uma manifestação do STF, da compreensão do Congresso Nacional como espaço apropriado pelos interesses particulares ou corporativos, corroborando a imagem socialmente construída de que essa instituição, seguindo a tradição política patrimonialista, não atende aos interesses sociais, mas aos de seus componentes. A consolidação dessa imagem, por meio das decisões do Supremo Tribunal Federal, oferece o risco de que o Poder Legislativo seja, cada vez mais, visto como instituição corrompida e dispensável. Assim, caminha-se para um avanço cada vez maior do Executivo e do Judiciário sobre suas funções, em detrimento da liberdade política

consubstanciada na elaboração legislativa constitucionalmente conformada.

A Constituição atual resulta de um processo de repúdio a essas mazelas e suas conseqüências, sendo resultado e ao mesmo tempo instrumento de modificação social por meio da democracia e dos direitos fundamentais. Assim, estes resquícios da cultura que se tenta superar precisam ser identificados para serem rejeitados, uma vez que não são insuperáveis, tendo em vista os avanços já alcançados pela existência de um Estado Democrático de Direito, desejado e aceito como projeto comum, porém, em permanente (re)construção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. **Dados**. Rio de Janeiro, IUPERJ, v.31, n.1, pp.5-34. , 1988.

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os Barões da Federação: os Governadores e a Redemocratização Brasileira**. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: A função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 168, out./dez. 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz dos poderes neutrais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 45, p. 235-248, out./dez. 2003.

ARANTES, Rogério Bastos, SADEK, Maria Tereza. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. **Revista da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 10, n. 21, p. 34- 45, mar./mai.1994.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 40. ed. São Paulo: Globo, 2000.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Esse outro desconhecido**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de O. O Supremo Tribunal Federal e Teoria Constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **15 anos de Constituição: história e vicissitudes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 209-218.

BARCELLOS, Ana Paula, BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.). **Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 469-508.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Themis: Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4 , n. 2,

p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2009.

BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo(s), mutação constitucional e o papel do STf: uma análise à luz da democracia deliberativa. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 56-78, 2º sem. 2005.

BENEVIDES, Maria Victoria. Participação popular na nova constituição: um corretivo à representação política. **São Paulo em perspectiva**, São Paulo, n. 4, p. 20-24, jan./mar.1990.

BENEVIDES, Maria Victoria. O Cidadão comum está abandonado. (entrevista). **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 05/07/1998, p.12.

BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes (org.). **Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BONAVIDES, Paulo Bonavides. **Ciência política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. Patrimonialismo em Faoro e Weber. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 46, n.º 1, 2003, p. 153-93. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582003000100005&script=sci_arttext&tlng=pt> Acesso em 25 de junho de 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. A representação política e o direito moderno. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 49, p. 98-107, set. 1988.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e democracia no Brasil. **Revista da**

Universidade de São Paulo, v.10, n.21, p. 117-125, mar./mai. 1994.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, n. 3, p. 473-486, mai.1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista Fórum Administrativo**, n.1, Belo Horizonte, Fórum Limitada, p. 11-20, março de 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de . A Revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. **Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão**, São Luís, n.09, jan./dez. 2002.

CASTRO, Flávia Almeida Viveiros de. O papel político do poder judiciário. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 38, p. 289-303, jan./mar.2002.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil; mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CINTRA, Miguel Gonçalves de Ulhôa. Os partidos políticos e a representação popular. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 55-71, out. /dez. 1977.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Coord.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 47-69, jul./set. 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.225, p. 39-44, jul./set. 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. **Estudos Avançados**, v. 11, n. 31, p. 211-222, set./dez. 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, v.18, n.51, p. 151-159, mai./ago. 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder Constituinte e patriotismo constitucional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006. v. 1. p. 47-104.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DEL NEGRI, André. A inconstitucionalidade da vedação de fiscalidade jurisdicional no devido processo legislativo brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 98-107, jan.2005.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **MS20257**. Rel. Ministro Décio Miranda, 1980. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E20257...>>. Acesso em: 20 de setembro de 2009.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **MS20452**. Rel. Ministro Aldir Passarinho, 1984. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E20452...>>. Acesso em: 20 de setembro de 2009.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MI107. Rel. Min. Moreira Alves. **Diário da Justiça**, Brasília, 21 de setembro de 1990.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MI283. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça**, Brasília, 14 de novembro de 1991.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MI232. Rel. Min. Moreira Alves. **Diário da Justiça**, Brasília, 27 de março de 1992.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. ADIN1096. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, 22 de setembro 1995.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **MS22503**. Rel. Ministro Marco Aurélio Melo, 1996. Disponível em: < <http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E22503...>>. Acesso em: 20 de setembro de 2009.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **MS23047**. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1998. Disponível em: < <http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E23047...>>. Acesso: em 20 de setembro de 2009.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **MS24138**. Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, 2002. Disponível em: < <http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E24138...>>. Acesso em: 20 de setembro de 2009.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **MS-agR 24667**. Rel. Ministro Carlos Velloso, 2003. Disponível em: < <http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E24667...>>. Acesso em: 20 de setembro de 2009.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. IF2915. Rel. Min. Marco Aurélio Melo. **Informativo STF**, Brasília, n. 296, 2003.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. IF2953. Rel. Min. Marco Aurélio Melo. **Informativo STF**, Brasília, n. 296, 2003.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. RE197917-8/SP. Rel. Min. Maurício Correa. **Diário da Justiça**, Brasília, 07 de maio 2004.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **MS24642**. Rel. Ministro Carlos Velloso, 2004. Disponível em: < <http://gemini.stf.gov/cgi-bin/nph-brs?d=Sjur&s1=MS.Scla.E24642...>>. Acesso em: 20 de setembro de 2009.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. ADIN3105. Rel. Min. Cezar Peluso. **Diário da Justiça**, Brasília, 18 de fevereiro de 2005.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MS24849. Rel. Min. Celso de Mello.

Diário da Justiça, Brasília, 22 de junho de 2005.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. HC82959. Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário da Justiça**, Brasília, 01 de setembro de 2006.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. ADIN3510. Rel. Min. Carlos Britto. **Diário da Justiça**, Brasília, 24 de abril de 2007.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MI670. Rel. Min. Maurício Correa. **Diário da Justiça**, Brasília, 31 de outubro de 2008.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MI708. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário da Justiça**, Brasília, 31 de outubro de 2008.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MI712. Rel. Min. Eros Grau. **Diário da Justiça**, Brasília, 31 de outubro de 2008.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MS26604. Rel. Min. Carmem Lúcia. **Diário da Justiça**, Brasília, 03 de outubro de 2008.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MS26602. Rel. Min. Eros Grau. **Diário da Justiça**, Brasília, 17 de outubro de 2008.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. MS26603. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, 19 de dezembro de 2008.

DWORKIN, Ronald. Direito, Filosofia e Interpretação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n 5, p. 44-71, jan./jun, 1997.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 4 ed. Porto Alegre: Globo, 1977. v. 1 e 2.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. **Revista da Universidade de São Paulo**, v.10, n.21, p. 47-56, mar./mai. 1994.

FEDOZZI, Luciano. **Orçamento participativo: reflexões sobre a experiência de Porto Alegre**. Porto Alegre: Tomo Editorial; Rio de Janeiro: IPPUR/FASE, 1997.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 238, p. 37-41, out./dez. 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 143 jul./set. 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado democrático a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA, Maria. Os poderes do mandato e o recall. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 29-38, jan. 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Editora AIDE: Rio de Janeiro, 1992.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. **A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada**. **Revista de Sociologia e Política**[online],p. 75-106, 2001. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n17/a07n17.pdf>>. Acesso em: 18 de dezembro de 2009.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã**, n.6, p. 85- 102. 2000.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

HELD, David. **Modelos de Democracia**. 1.ed. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

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

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1988.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal Constitucional: Exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Babtista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectivas, 1994.

LAMOUNIER, Leonardo Alves; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Processo legislativo e racionalidade: estudo das relações entre o legislativo e o executivo na feitura das leis no Brasil. Ensaio em homenagem a José Alfredo de Oliveira Baracho. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte , v.11, n.21 , p.211-227, jan. 2008

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. 3. ed. São Paulo: Minelli, 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução Magda Lopes, Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. **Revista da Universidade de São Paulo**, v.10, n.21, p. 23-33, mar./mai. 1994.

LOURENÇO, Luiz Cláudio, SOARES, Márcia Miranda. A representação política dos Estados na federação brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** (on line), 2004, vol.19, n.56, pp. 113-127. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092004000300008&script=sci_arttext> Acesso em 20 de janeiro de 2010.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. Os conselhos gestores de políticas públicas: desafios do desenho institucional. **Ciências Sociais UNISINOS**, São Leopoldo, RS , v.38, n.161 , p. 43-79, jul./dez.2002.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Poder municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MATTA, Roberto da. **A casa & a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

MESSEMBERG, Débora. Cultura e orientação de atores sociais. In: MESSEMBERG, Débora, et al. (Org.). **Estudos legislativos: pensamento e ação política.** Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicação, 2008. p. 71-89

MEZZAROBBA, Orides. A democracia, os partidos políticos e o Estado. **Seqüência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC,** Florianópolis, n. 43, p. 29-44, dez/2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis.** 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Filomeno. Executivo e Legislativo no Brasil Pós-constituente. **São Paulo em Perspectiva,** São Paulo, v.15, n.4, pp. 45-52, Oct./Dec. 2001.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra Carl Schmitt. **Cadernos da Escola do Legislativo,** Belo Horizonte, n. 1, p. 87-108, jul./dez. 1994.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional,** I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo: a questão fundamental da democracia.** 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito:** introdução à teoria e metódica estruturante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEUENSCHWANDER, Juliana. O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na

inclusão. **Revista de Direito Comparado**, v. 2, n.2, p. 361-369, mar. 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade de. Devido processo legislativo e Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 167-190, 1º e 2º sem. 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo horizonte: Mandamentos, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. v. 3. Belo horizonte: Mandamentos, 2002.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PEREIRA, Carlos, MUELLER, Bernardo. Uma teoria da preponderância do Poder Executivo: o sistema de comissões no Legislativo brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** [online]. 2000, vol.15, n.43, pp. 45-67.

PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de direito constitucional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2005.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Elaboração Helenice Rêgo dos Santos Cunha. Belo Horizonte: PUC Minas, ago / 2008.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix, 1965.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva - em busca de uma constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crises e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p 3-54.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza; Avritzer, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82

SANTOS, Rodrigo Miotto dos. **Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da Teoria Estruturante de Friedrich Müller**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

SCHIMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWARTZMAN, Simon. **Atualidade de Raymundo Faoro. DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 46, n. 2, 2003, p. 207-13.

SCHWARTZMAN, Simon. **Nota sobre o patrimonialismo e a dimensão pública na formação da América Latina contemporânea**. 2006. Disponível em <www.schwartzman.org.br/simon/patrimonialismo06.pdf> Acesso em 01 de abril de 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Daniel Barile. Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro: uma releitura do pensamento de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Viana. In: **CONPEDI - Conselho Nacional de Pós-graduação em Direito**, 2006. v. 1. Disponível em:<www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>.Acesso em: 01 abr. 2008.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. O princípio da representação popular e o controle jurídico sobre os atos do eleito. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v.5, n. 21, p. 338-354, out./dez.1997.

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A renovação do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 298-312, jan./mar.2003.

VIANA, Oliveira. **Populações meridionais do Brasil e instituições políticas brasileiras**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982.

VIANNA, Luiz Werneck *et. al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice R. de. A experiência brasileira e democracia. In: CARDOSO, Sérgio. (Org.). **Retorno ao republicanismo**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.

VIEIRA, José Ribas; DUARTE, Fernanda. (Org.). **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? **Revista da Universidade de São Paulo**, v.10, n.21, p. 71- 77, mar./mai. 1994.

XIMENES, Júlia Maurmann. A crise do Supremo Tribunal Federal sob uma ótica democrática. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 269-283, abr./jun. 2004.