

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS)
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ANA JÚLIA SILVA BARBOSA

**ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA:
Uma análise crítico-hermenêutica do julgamento da ADPF nº 854**

**São Leopoldo
2024**

ANA JÚLIA SILVA BARBOSA

ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

Uma análise crítico-hermenêutica do julgamento da ADPF nº 854

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Orientador(a): Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy

São Leopoldo

2024

B238e Barbosa, Ana Júlia Silva.

Estado de Direito e Democracia : uma análise crítico-hermenêutica do julgamento da ADPF nº 854 / por Ana Júlia Silva Barbosa. – 2024.
180 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2024.
“Orientação: Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy”.

1. Estado de direito. 2. Democracia. 3. Separação de poderes. I.
Título.

CDU: 342.4:32

CDD: 342.4

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário Thiago Lopes da Silva Wyse - CRB 10/2065

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Uma análise crítico-hermenêutica da ADPF nº 854**”, elaborada pela mestranda **Ana Julia Silva Barbosa**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 26 de agosto de 2024.


Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy Participação por Webconferência

Membro externo: Profa. Dra. Carmen Silvia Arruda Participação por Webconferência

Membro da banca: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira Participação por Webconferência

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos devem ser direcionados a quem realmente contribuiu, de maneira relevante, à elaboração do trabalho.

Dirijo minha sincera gratidão às pessoas que estiveram ao meu lado nessa jornada.

Ao meu orientador, Professor Gabriel de Jesus Tedesco Wedy, um exemplo de dedicação à docência e à pesquisa em direito, a quem agradeço pela generosa confiança e paciência que possibilitaram a conclusão deste trabalho.

A todos os professores do Programa de Mestrado em Direito da UNISINOS, que expandiram meus horizontes.

Aos servidores do PPGD/UNISINOS, que sempre me atenderam com carinho e disponibilidade.

À Defensoria Pública do Estado Rio Grande do Sul, pelo incentivo ao aperfeiçoamento através da concessão de licença capacitação.

À minha família pelo amor incondicional e pela compreensão. Um especial destaque aos meus avós, que inspiram minha vida, aos meus pais Renato e Roberta, cujos olhos sempre brilham com cada uma das minhas conquistas e ao meu marido Matheus, que é fonte inesgotável de apoio.

E a todos aqueles que compartilharam comigo esta laboriosa etapa, recebam o meu sincero agradecimento.

Ah, mas como eu desejaria lançar numa alma alguma coisa de veneno, de desassossego e de inquietação. Isso consolar-me-ia um pouco da nulidade de acção em que vivo. Perverter seria o fim da minha vida. Mas vibra alguma alma com as minhas palavras? Ouve-as alguém que não sou só eu?¹

¹ PESSOA, Fernando. *Livro do Desassossego*. São Paulo: Editora Companhia de Bolso, 2006.

RESUMO

Este trabalho está centrado no estudo da historicidade dos conceitos de Estado de Direito e Democracia com vistas à identificação do contexto sociopolítico em que se desenvolveram e à sua evolução ao longo do tempo, além da definição de seu substrato material e de suas principais referências teóricas. Com isso, pretende-se descortinar as bases formadoras do Estado Democrático de Direito (o qual não se trata de uma simples justaposição entre Estado de Direito e Democracia), com destaque para o princípio da Separação de Poderes. Ao final, faz-se uma análise crítico-hermenêutica da ADPF nº 854, com o intuito de verificar em que medida o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre as emendas do relator-geral à Lei Orçamentária Anual corroboram ou violam o Estado Democrático de Direito. Para alcançar tal propósito, emprega-se o método dedutivo de abordagem, relacionando-o da seguinte maneira: tomam-se os conceitos argumentativos de natureza dogmática da teoria jurídica, como construções diretivas e descritivas da ciência jurídica, de natureza geral, notadamente os parâmetros informadores do Estado Democrático de Direito, aplicando-os à análise do julgamento da ADPF nº 854. A abordagem de caráter normativo-dogmático compreende: a abordagem normativa analítica – o sistema de normas constitucionais (especialmente, o Título I – Dos princípios fundamentais, o Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, o Capítulo VII do Título III – Da Administração Pública e o Capítulo II do Título VI – Das Finanças públicas, extraídos da Constituição Federal de 1988) a abordagem normativa hermenêutica – a interpretação adequada das normas constitucionais e normativa argumentativa-retórica – padrões persuasivos e controlados do discurso jurídico-constitucional, tendo em vista as obras de Dworkin e Streck.

Palavras-chave: estado democrático de direito; separação dos poderes; emendas do relator geral.

ABSTRACT

This work is centered on the study of the historicity of the concepts of Rule of Law and Democracy for the purpose of identifying the sociopolitical context in which they developed and their evolution over time, in addition to defining their material substrate and their main theoretical references. So, we intend to uncover the foundations that form the Democratic State of Law (which is not a simple juxtaposition between the Rule of Law and Democracy), with emphasis on the system of Checks and Balances. Furthermore, a critical-hermeneutic analysis is made of ADPF nº 854 with the aim of verifying to what extent the Supreme Court's judgment on the rapporteur's amendments to the Annual Budget Law corroborate or violate the Democratic State of Law. To achieve this purpose, the deductive method of approach is used, relating it in the following way: argumentative concepts of a dogmatic nature of legal theory are taken, as directive and descriptive constructions of legal science, of a general nature, notably the parameters that constitute of the Democratic State of Law, applying them to the analysis of the judgment of ADPF nº 854. The normative-dogmatic approach comprises: the analytical normative approach – the system of constitutional norms (especially, Title I – The fundamental principles, the Title II – Fundamental rights and guarantees, Chapter VII of Title III – Public Administration and Chapter II of Title VI – Public Finances, extracted from the Federal Constitution of 1988) the hermeneutic normative approach – the appropriate interpretation of constitutional norms and normative argumentative-rhetorical – persuasive and controlled patterns of legal-constitutional discourse, taking into account the works of Dworkin and Streck.

Keywords: democratic state of law; checks and balances; rapporteur's amendments.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 O QUE É O ESTADO DE DIREITO?.....	3
2.1 L'État de droit: a Teoria da Soberania e o protagonismo do Poder Legislativo.....	14
2.2 Rule of Law inglês: a Teoria da Separação dos Poderes e a construção do Common Law a partir da atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário.....	33
2.3 Rechtsstaat: O primado da legalidade e a consagração dos direitos subjetivos.....	51
2.4 Rule of Law norte-americana: A força normativa da Constituição e a introdução do Judicial Review of legislation.....	67
2.5 Do Estado liberal ao Estado social de direito: da consagração dos direitos civis e políticos aos direitos sociais e econômicos.....	80
3 O QUE É A DEMOCRACIA?.....	90
3.1 A construção histórica e os desafios enfrentados pela democracia desde a Antiguidade até a Modernidade.....	90
3.2 Da democracia liberal à democracia social: do campo político ao espaço social.....	121
4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DESAFIOS GERADOS PELO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO.....	133
4.1 ADPF N° 854: a questão das emendas do relator-geral ao orçamento.....	145
4.2 A Compatibilidade do julgamento da ADPF nº 854 com os paradigmas do Estado Democrático de Direito.....	158
5 CONCLUSÃO.....	166
REFERÊNCIAS.....	177

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho se apresenta como um dos requisitos para a obtenção do título de mestre e constitui a derradeira etapa de pesquisa *stricto sensu* no âmbito do programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

O tema da pesquisa está centrado no estudo da historicidade dos conceitos de Estado de Direito e Democracia com vistas à identificação do contexto sociopolítico em que se desenvolveram e à sua evolução ao longo do tempo, além da definição de seu substrato material e de suas principais referências teóricas. Com isso, pretende-se descortinar as bases formadoras do Estado Democrático de Direito (o qual não se trata de uma simples justaposição entre Estado de Direito e Democracia).

Nesse ponto, propõe uma análise crítico-hermenêutica da ADPF nº 854, a qual discute a constitucionalidade da execução do indicador de Resultado Primário nº 09 (emendas do relator-geral) na Lei Orçamentária Anual, a fim de avaliar em que medida satisfaz as premissas do Estado Democrático de Direito, notadamente a concretização dos direitos fundamentais, a observância do princípio da separação dos poderes, o respeito às regras da democracia e, em especial, ampliação da participação da sociedade na gestão pública e na boa governança estatal.

O primeiro capítulo volta-se à compreensão do Estado de direito. Para tanto, faz uma análise das principais tradições teóricas que contribuíram para moldar sua essência, quais sejam, a francesa, a britânica, a alemã e a norte-americana. Nessa altura, vale registrar a opção por tratar de, pelo menos, três grandes expoentes de cada uma dessas tendências, a fim de alcançar maior profundidade no estudo do conceito. Além disso, traça as bases do Estado de direito liberal e do Estado de direito social sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais.

O segundo capítulo concentra-se no desenvolvimento da democracia desde a Antiguidade até a Modernidade, destacando as características mais marcantes de cada época e enfrentando os aspectos elucidados por Rousseau a partir dos novos desafios impostos pela complexidade das sociedades contemporâneas. Do mesmo modo, delinea a trajetória da democracia liberal à democracia social com foco no transbordamento da dimensão política e respectivo avanço às demais dimensões da vida social.

O terceiro capítulo é dedicado à construção do Estado Democrático de Direito, com enfoque sobre os entraves à concretização perante a realidade brasileira. Em seguida, propõe-se uma imersão no objeto da ADPF nº 854 a partir do presidencialismo de coalizão. Busca-se, com isso, compreender o que se entende por emendas do relator-geral à Lei Orçamentária Anual, além de verificar quando foram implementadas, como ocorre a distribuição e fiscalização dos recursos e a base regimental, legal e constitucional sobre as quais se sustentam. Ao final, busca-se investigar a repercussão do julgado, a fim de perquirir se proporcionou ou não mudanças efetivas no processo orçamentário.

Para alcançar tal propósito, emprega-se o método dedutivo de abordagem, relacionando-o da seguinte maneira: tomam-se os conceitos argumentativos de natureza dogmática da teoria jurídica, como construções diretivas e descritivas da ciência jurídica, de natureza geral, notadamente os parâmetros informadores do Estado Democrático de Direito, aplicando-os à análise do julgamento da ADPF nº 854. A abordagem de caráter normativo-dogmático compreende: a abordagem normativa analítica – o sistema de normas constitucionais (especialmente, o Título I – Dos princípios fundamentais, o Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, o Capítulo VII do Título III – Da Administração Pública e o Capítulo II do Título VI – Das Finanças públicas, extraídos da Constituição Federal de 1988) a abordagem normativa hermenêutica – a interpretação adequada das normas constitucionais e normativa argumentativa-retórica – padrões persuasivos e controlados do discurso jurídico-constitucional, tendo em vista as obras de Dworkin e Streck. A pesquisa vale-se essencialmente dos recursos bibliográfico e documental (com ênfase na colheita jurisprudencial).

Assim, pretende-se responder à seguinte questão: Como e em que medida o julgamento da ADPF nº 854 encontra-se ajustado às perspectivas do Estado Democrático de Direito?

2 O QUE É O ESTADO DE DIREITO?

Atualmente, o Estado de direito é visto como um dogma, cuja legitimidade carece de demonstração. Trata-se de um modelo ideal de organização político-jurídica, amplamente difundido nas constituições e tratados internacionais que, empreende a superação do Estado absoluto, na medida em que, ao consagrar o primado do direito, impõe limites ao exercício do poder político e estabelece direitos fundamentais em favor dos indivíduos.²

Essa visão reducionista pode dar margem à compreensão equivocada de que antes da instituição do Estado de direito não havia instrumentos de contenção do poder político e a relação entre governantes e governados era marcada estritamente por arbitrariedades. No entanto, desde a Antiguidade Clássica, é possível observar a preocupação central com o papel do *nomos* na organização comunitária da *pólis*.

Platão, inicialmente, assenta sua reflexão filosófica na crítica sistemática do ideal histórico e tradicional da legalidade e na afirmação da melhor ordem política como o *imperium legibus solutum* do sábio.³ Na obra *O Político*, o pensador ateniense esclarece que a autoridade política demanda *techné* ou *episteme* e, portanto, o princípio constitutivo da práxis política corresponde à ciência do comando dos homens. Isso significa que o exercício do poder político reclama conhecimento racional e o governante, então, deve necessariamente ser dotado de sabedoria.

Assim, o filósofo propõe que a ordem política perfeita se baseia na soberania do sábio, o qual se encontra sujeito unicamente às exigências epistemológicas da *techné*, liberando-o das amarras fixadas pelas leis escritas. Isso porque, em decorrência do seu caráter genérico, as leis não dão conta das diferenças existentes entre os cidadãos e, por serem estáticas, são incapazes de acompanhar as transformações verificadas no tempo. Por conseguinte, não se prestam à administração da justiça.⁴

Contudo, Platão reconhece a dificuldade de ajustar o governo absoluto da sabedoria ao devir histórico, pois considera improvável encontrar uma autoridade política dotada da perfeita ciência e virtude e apta a administrar a cidade com foco

²COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 96.

³OLIVEIRA, Richard Romeiro. *Nomós e Epistémé: o problema da natureza da lei no Político de Platão*. 2000. 199f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 165.

⁴PLATÃO. *O Político*. Coleção Filosofia. Lebooks Editora, 2021, p. 81.

tão somente no bem dos cidadãos. Nesse diapasão, “a figura do monarca sábio e plenipotenciário ameaça confundir-se com seu extremo oposto, a figura sombria do tirano.”⁵ Por isso, as leis exsurtem como forma de impedir que o poder político seja utilizado pelo governante como mero instrumento da ambição e do egoísmo⁶:

Observação oportuna que deve preceder a essa parte da legislação, é que as leis são necessárias aos homens e que estes precisam viver de acordo com elas, sem o que em nada se diferenciariam dos animais selvagens. E a causa é que não há natureza humana capaz de saber por si mesma o que é útil ao homem para viver em sociedade e, se o soubesse, suficientemente dotada para decidir-se a pô-lo em prática. Inicialmente, é difícil reconhecer que a verdadeira técnica política só visa aos interesses gerais, nunca aos particulares – o bem geral une as cidades, o particular as divide – e que só é de vantagem para o bem comum, e o particular para ambos, ser aquele modeladamente administrado, não o particular. Depois, ainda mesmo que um grande sabedor de sua técnica chegasse à conclusão de que, por natureza, tudo se passa, realmente, desse modo, e mais para diante viesse a dirigir a vida com poderes absolutos e sem prestar contas a ninguém, não lhe seria possível manter-se fiel a esse princípio e durante todo tempo dedicar-se em promover os interesses da comunidade, a que daria precedência irrestrita sobre os particulares. O contrário disso é o que se verifica: sua natureza mortal o levaria sempre a querer mais que os outros e a só ocupar-se com seus interesses pessoais, por fugir irracionalmente da dor e procurar o prazer, aos quais emprestaria muito mais importância que ao justo e ao melhor [...] Se porventura em qualquer tempo nascesse algum homem dotado, pela graça divina, de natureza capaz de compreender o alcance de tais princípios, não haveria necessidade de leis para dirigi-lo; por que não há leis nem instituições superiores ao conhecimento, pois é contrário à ordem divina ficar a mente escrava ou na dependência do que quer que seja (...) Mas isso é o que não ocorre hoje em parte alguma, a não ser em proporção muito reduzida. Daí precisarmos lançar mão do que vem em segundo lugar, o decreto ou a lei que observa e olha muita coisa, sem que possa atender tudo.

As constituições históricas, assim, não são legítimas nem reais, mas tão somente mimeses da reta constituição e serão boas ou más tanto quanto consigam reproduzir com fidedignidade o paradigma de racionalidade desta última.⁷ Desse modo, as leis são os instrumentos de que os homens dispõem para intermediar a passagem da ordem inteligível à ordem sensível e devem ser redigidas pelos sábios, a fim de garantir a imitação mais aproximada do regime ideal.

Fica claro, pois, que Platão rompe com o paradigma legalista tradicional, essencialmente relativista, que enxerga a lei como mera convenção humana variável de acordo com as crenças e os interesses de cada cidade e passa a concebê-la a

⁵OLIVEIRA, Richard Romeiro. *Nomós e Epistémé: o problema da natureza da lei no Político de Platão*. 2000. 199f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 168.

⁶PLATÃO. *Leis*. Tradução: Humberto Zanardo Petrelli. Limeira: Miguel de Cervantes Editora, 2022, p. 316-318.

⁷PLATÃO. *O Político*. Coleção Filosofia. Lebooks Editora, 2021, p. 91.

partir de um referencial transcendente e universal. Nessa toada, confere à lei *status* epistemológico e intelectual, no ponto em que reproduz ou imita a perfeição divina do regime ideal ou *politeia*.⁸

Assim, em síntese, a lei ocupa um espaço secundário na teoria platônica, uma vez que o governante ideal é dotado da prerrogativa intelectual do saber e da ciência e nada, nem mesmo a lei, pode sobrepujar o verdadeiro conhecimento da arte de governar. Entretanto, o filósofo ateniense manifesta desconfiança em relação à natureza humana que, na práxis política, poderia demonstrar inclinação ao alcance dos interesses pessoais em detrimento do bem comum e deposita na lei a função de realizar a conexão necessária entre a reta *politeia* e os regimes históricos, servindo como instrumento apto a frear o ímpeto das paixões humanas.

Aristóteles, por sua vez, partindo da concepção de que o homem é por natureza um animal cívico, confere primazia ao Estado ou sociedade política em relação às demais formas de associação doméstica, visto que apenas a *pólis* oferece as condições fundamentais para o alcance da autossuficiência, isto é, propicia meios para uma vida feliz, tornando-a desejável a ponto de que nada mais falte. Nesse diapasão, a justiça política também tem precedência em relação às demais esferas de justiça verificadas nas relações entre o pai e o filho, o marido e a esposa e o senhor e o escravo:

É encontrada entre os homens que compartilham suas vidas com vistas à autossuficiência, homens que são livres e iguais tanto de maneira proporcional como aritmética, de modo que entre aqueles que não cumpram essas condições não haja justiça política, mas justiça em um sentido especial e por analogia. A justiça existe apenas entre os homens cujas relações são governadas pela lei, e a lei existe para homens entre os quais há injustiça.⁹

A justiça política, então, se dá de acordo com a lei e entre as pessoas naturalmente sujeitas aos preceitos legais, ou seja, ela depende da lei para fixar um critério de discriminação entre o justo e o injusto e só se manifesta entre os cidadãos, os quais detêm igual participação em governar e ser governados. Da justiça política uma parte é natural e a outra é legal.¹⁰ O justo natural compreende o que tem em todo lugar a mesma cogência e prescinde das concepções particulares

⁸OLIVEIRA, Richard Romeiro. *Nomós e Epistémé: o problema da natureza da lei no Político de Platão*. 2000. 199f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 180.

⁹ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Maria Stephania da Costa Flores. Jandira: Principis, 2021, p. 102.

¹⁰Ibid., p. 103.

de cada um, extrai sua força normativa de um preceito exclusivamente moral e corresponde àquilo que deve ser feito nas relações de justiça política independentemente de um poder coativo que lhe assegure efetividade. Já o justo legal é definido pela lei, de modo que não pode ser conhecido de antemão e depende do poder sancionador da autoridade política para garantir sua observância.

O justo legal e o justo natural não são independentes entre si. Pelo contrário, o último carrega a real noção de bem comum da comunidade política, a qual é perseguida pelo primeiro. Assim, pode haver mais de uma maneira legítima e eficaz de realizar ao bem comum, competindo ao legislador escolher uma dentre as alternativas fornecidas pelo justo natural.

Por isso, Aristóteles sustenta que não há como definir o melhor governo de forma universal, que seja válido para todo e qualquer povo em qualquer lugar. Afinal, cada povo apresenta disposições naturais próprias, que o torna diferente dos demais. Essa diversidade produz várias espécies de Estado, segundo o gênero da vida e os meios que cada povo emprega para alcançar o bem-estar¹¹ e, por consequência, a Constituição e as leis também variam de um Estado para o outro.

A Constituição equivale à ordem ou à distribuição dos poderes que existem em um Estado, tratando especificamente sobre a maneira como eles são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil.¹² Conforme o pensador em questão, o governo possui três poderes essenciais. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado; o segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las e o terceiro abrange os cargos de jurisdição. À Assembleia cabe elaborar e suprimir leis, declarar a guerra e celebrar a paz, assim como contrair alianças ou rompê-las, decretar a pena de morte, de banimento e de confisco e prestar contas aos magistrados. Essas deliberações são necessariamente da alçada de todos os cidadãos ou então são todas confiadas a alguns funcionários, quer a um só, quer a vários, quer ainda umas a alguns, ou algumas a todos ou algumas a alguns.¹³

A principal dificuldade, segundo Aristóteles, consiste em definir a quem cabe o exercício do poder político: “à massa, aos ricos, aos homens de bem, ao homem

¹¹ARISTÓTELES. *A Política*. Coleção Filosofia. Lebooks Editora, 2019, p. 68.

¹²Ibid., p. 99.

¹³ Ibid., p. 86-87.

mais eminente quanto ao mérito ou será preferível um monarca absoluto?”¹⁴ Se for atribuída à maioria, corre-se o risco de usurpar os pertences da minoria, produzindo grave iniquidade. Caso pertença aos nobres, todos os outros cidadãos são excluídos dos cargos públicos e, uma vez conferida ao mais virtuoso, será ainda mais oligárquica e segregadora. Se a soberania for outorgada ao tirano, a superioridade de força o levará a constranger os súditos. Logo, qualquer opção adotada apresenta inconvenientes.

Quanto ao fim a que se propõe o Estado, o pensador estagirita esclarece que:

A cidade, portanto, não é precisamente uma comunidade de lugar, nem foi instituída simplesmente para se defender contra as injustiças de outrem ou para estabelecer comércio. Tudo isso deve existir antes da formação do Estado, mas não basta para constituí-lo. A Cidade é uma sociedade estabelecida, com casas e famílias, para viver bem, isto é, para levar uma vida perfeita e que se baste a si mesma.¹⁵

Em outras palavras, a sociedade política existe com vistas ao bem agir e, por isso, deve estimar acima de tudo a virtude. Dentro dessa perspectiva, o poder político deve ser exercido virtuosamente em nome do bem comum dos cidadãos. Por isso, a distribuição do poder político em cada Estado estará nas mãos de um, de poucos ou da massa de acordo com o modo pelo qual os cidadãos se distinguem quanto à virtude.¹⁶

Enquanto a Constituição estabelece a estrutura fundamental do Estado, as leis, por sua vez, estatuem as regras de conduta que orientam os cidadãos e as relações de justiça que travam entre si. Em *A Política*, o eminente autor realça ainda que “*as leis devem ajustar-se à Constituição e não a Constituição às leis.*”¹⁷ Nesse sentido, o padrão de justiça das leis fica condicionado à conformidade com a visão de bem comum definida pela Constituição e à legitimidade da forma de governo, já que aquelas reputadas degeneradas só produzem leis injustas, na medida em que não têm em vista a promoção da felicidade do todo, mas tão somente o interesse de uma pessoa ou das partes.

¹⁴ Ibid., p. 100.

¹⁵ Ibid., p. 43.

¹⁶ MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. *Lei, Justiça e Razão Prática em Aristóteles*. 2010. 113f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 82.

¹⁷ ARISTÓTELES. *A Política*. Coleção Filosofia. Lebooks Editora, 2019, p. 99.

Assim, o bom legislador é aquele que tem aptidão para instituir normas que atendam às proporções reclamadas pela justiça¹⁸, tratando os iguais igualmente e os desiguais desigualmente no limite de suas disparidades e que seja capaz de inculcar hábitos virtuosos nos cidadãos.¹⁹ Com isso, o autor defende que é relevante que as leis sejam bem formuladas, a fim de abarcar tanto quanto possível os casos particulares, deixando o menor número para a decisão dos juízes.

Isso porque as leis são elaboradas após longas considerações e intensos debates entre os cidadãos, enquanto as sentenças são proferidas de uma só vez, por uma única pessoa. Além disso, o legislador parte de uma perspectiva geral e, portanto, objetiva, enquanto o juiz lida com casos particulares e sofre influência de diversos sentimentos e acaba mais suscetível à corrupção pelas paixões.²⁰ Observe-se, pois, que, para Aristóteles, apenas o governo das leis, por distribuir a justiça e encorajar a virtude, tem condições de direcionar os cidadãos rumo à felicidade, constituindo um guia desapaixonado e, por essa razão, mais seguro à promoção do bem comum.

Nessa perspectiva, as obras de Platão e Aristóteles destacam-se pela busca de uma forma de governo ideal ou da melhor forma de governo possível, discorrem sobre o exercício do poder político no seio da *pólis*, lugar de reconhecimento coletivo de pertencimento político comum e de exercício dos direitos políticos de cidadania.²¹ A preocupação dos referidos pensadores consiste em organizar e controlar as diversas forças presentes na sociedade política para que se atinja o bem comum.

Platão defende que esse fim só pode ser alcançado por intermédio do governo do sábio, o qual domina a ciência do comando dos homens e atua circunscrito às exigências epistemológicas da *techné*. No mundo ideal, as leis são dispensáveis, uma vez que não há convenção humana apta a sobrepujar o conhecimento. Mas, na *práxis* política, considera difícil encontrar uma pessoa que

¹⁸Em *Ética a Nicômaco* (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Maria Stephania da Costa Flores. Jandira: Principis, 2021, p. 94-98), Aristóteles assevera que a justiça pode ser distributiva ou corretiva. A primeira segue a proporção geométrica e envolve ao menos quatro termos, uma vez que duas são as pessoas para as quais ele é de fato justo e duas são as coisas em que ele se manifesta, os objetos distribuídos. A mesma igualdade existente na relação que há entre as coisas distribuídas também deve existir entre as pessoas envolvidas. Já a segunda se lastreia na proporção aritmética. O justo então é o meio termo, como se houvesse uma linha dividida em partes desiguais e o juiz seria o responsável por retirar a diferença pela qual o segmento maior excede a metade e a acrescenta ao segmento menor, é o intermediário entre uma espécie de ganho e uma espécie de perda.

¹⁹Ibid., p. 30.

²⁰ARISTÓTELES. *A Política*. Coleção Filosofia. Lebooks Editora, 2019, p. 104.

²¹FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 15.

detenha a verdadeira técnica política e ainda sim que esteja disposta a levá-la a efeito, pois a natureza humana mostra-se inclinada à ambição e ao egoísmo. Por isso, no mundo sensível, as leis são necessárias para conter as paixões humanas e garantir que a administração da *pólis* esteja voltada ao bem comum. As leis devem ser emanadas do sábio, que reúne as melhores condições de reproduzir com fidedignidade o paradigma de racionalidade do regime ideal.

Diversamente, Aristóteles sustenta que não há como estipular uma forma de governo ideal para todo e qualquer povo em qualquer lugar. Ele compreende que o poder político pode ser atribuído em favor de um, de poucos ou de muitos, conforme a distribuição da virtude dentre os cidadãos. Além disso, a lei ocupa posição de centralidade na teoria aristotélica, pois é o critério que distingue o justo do injusto e se aproxima do primeiro tanto quanto seja emanada de um governo legítimo, comprometido com a satisfação do bem comum.

Extrai-se, pois, que tanto Platão quanto Aristóteles enxergam que os governantes devem exercer o poder político segundo as leis, que são instrumentos capazes de perseguir a realização do interesse geral e tolher as inclinações da natureza humana tendentes a buscar os interesses privados. No entanto, deve-se ponderar que nenhum deles impõe limites à atuação do legislador, confiando em seus atributos pessoais para produzir leis justas: no caso de Platão, na sabedoria e, em Aristóteles, na virtude.

Com a ruína do Império Romano do Ocidente, emerge o período da Idade Média, por volta do século V, o qual se caracteriza pela divisão das terras agrícolas da Europa ocidental e central em territórios denominados feudos. De acordo com Huberman²², um feudo correspondia a uma aldeia e várias centenas de acres de terra circundantes, dispersas em faixas não contínuas, em cuja borda situavam-se vários pastos, prados, bosques e ermos.

Essas áreas eram utilizadas em comum, já a terra arável se dividia em duas partes: uma delas pertencia ao senhor e era cultivada apenas em seu proveito e a outra ficava na posse dos servos que nela trabalhavam, incumbindo-lhes também o cultivo das terras do senhor. Verifica-se que a terra era essencialmente a medida da riqueza e o fator determinante das relações sociais estabelecidas entre os servos e os senhores feudais.

²² HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução: Waltensir Dutra. 22ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2019, p. 32-33.

Por isso, a sociedade medieval era essencialmente estamental e hierarquizada, segundo uma cadeia de senhores e vassallos, ligados por vínculos contratuais, na qual a realeza ficava adstrita ao topo da ordem feudal, em decorrência do título ou extensão de domínio.

Nesse diapasão, Jorge Miranda²³ esclarece que o Estado feudal era uma modalidade de Estado patrimonial, já que marcado pela privatização do poder em conexão com os princípios da família e da propriedade: investidura hereditária, direito de primogenitura e inalienabilidade do domínio territorial. Além disso, a ausência de uma relação geral e imediata entre o Rei e os súditos, impedia a existência de direitos, os quais se apresentavam como regalias, privilégios e imunidades, que eram atribuídos em concreto a pessoas individualmente consideradas de acordo com o estrato social que integravam.

Na Idade Média, tem-se, pois, um arrefecimento da concepção de Estado, pelo menos *“no sentido de instituição materialmente concentradora de coerção, apta a estampar a unidade de um sistema de plenitude normativa e eficácia absoluta.”*²⁴

Outro aspecto marcante do Estado no mundo medievo diz respeito ao Cristianismo, doutrina religiosa transposta ao plano político que, a partir da premissa de que a fonte de todo poder é Deus (*Omnis potestas a Deo*), propõe a fundação de um Estado universal, subordinado à Igreja Católica.²⁵ No entanto, a formação deste Império universal esbarra na multiplicidade de centros de poder como reinos, senhorios, comunas, organizações religiosas, corporações de ofício, com grande influência local e vínculos de coesão tênues, bem como na recusa do Rei em se submeter à autoridade do Papa, levando a diversas disputas sobre a titularidade dos poderes temporal e espiritual.

De acordo com Dallari²⁶, a ordem feudal era bastante complexa:

Um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios.

²³MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

²⁴BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 20.

²⁵AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Editora Globo, 1998, p. 55.

²⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

Tal configuração deu origem a um quadro de instabilidade política e social que, aliado a diversos fatores, sobretudo a intensificação do comércio, a introdução da economia monetária, a urbanização e a emergência da classe social burguesa²⁷, forneceu as bases para a construção do Estado Moderno por volta do século XVI.

Nesse contexto, destaca-se a obra de Maquiavel que, sem negar a origem divina do poder, busca subtrair o trono, nos negócios temporais, à autoridade da Igreja Católica. De um lado, sustenta que os príncipes e as repúblicas que desejam afastar a corrupção do Estado devem manter os ritos religiosos e o respeito que inspiram, inclusive, fomentando-os. De outro, defende que só há união e felicidade nos Estados sujeitos a um governo único e a um só chefe tal qual na França e na Espanha. Na Itália, diversamente, a Igreja Católica não dispõe de força suficiente para se apossar de todo país, mantendo-o dividido entre vários príncipes e senhores. Dessa forma, corrobora para o seu enfraquecimento, tornando-o vulnerável aos ataques estrangeiros.²⁸

O ilustre pensador florentino tem em vista *“ir em busca da verdade extraída dos fatos”, “pois muitos conceberam repúblicas e principados jamais vistos ou conhecidos como tendo realmente existido” e “há tanta diferença de como se vive e como se deveria viver, que aquele abandone o que se faz por aquilo que se deveria fazer, aprenderá antes o caminho de sua ruína do que o de sua preservação.”*²⁹ Logo, não tem a pretensão de discorrer sobre um modelo ideal de governo, concentrando seus estudos no modo como efetivamente o poder político se apresenta.

Assim, o autor em comento diz que os Estados podem constituir-se sob a forma de principado ou de república de acordo com as características de cada povo, pois quem quiser estabelecer uma república num país onde haja grande número de aristocratas só terá sucesso se eliminar todos e aquele que pretender instituir um principado, onde exista sentimento de igualdade entre as pessoas, alcançará sucesso apenas se conceder privilégios a algumas delas.³⁰ O pensador ainda reflete que, ao voltar-se para o passado, é possível concluir que a República de Roma

²⁷HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução: Waltensir Dutra. 22ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2019, p. 80 e 123.

²⁸MACHIAVELLI, Nicollò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio* (Italian Edition). 2011, p. 39-40.

²⁹Tradução livre para: “E molti si sono immaginati repubbliche e principati che non si sono mai visti né conosciuti essere in vero; perché elli è tanto discosto da come si vive a come si doverrebbe vivere, che colui che lascia quello che si far per quello che si dorrebbe fare, impara più tosto la ruina che la perservarazione sua.” MAQUIAVELLI, Nicollò. *Il Principe* (Italian Edition). 2013, p. 34.

³⁰MACHIAVELLI, Nicollò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio* (Italian Edition). 2011, p. 119.

alcançou o mais alto grau de perfeição dentre as formas de governo existentes ao longo da História.³¹ Isso porque conseguiu contrabalançar os três poderes: os cônsules, os quais exerciam a função real, o Senado, ocupado pela nobreza e os tribunos do povo.

Esse equilíbrio, contudo, exsurge a partir de um conflito, que constitui o motor da vida política: em todos os Estados se encontram dois humores, o dos grandes e o da plebe, dos quais emanam dois desejos, que não podem ser saciados simultaneamente, visto que “*o povo não quer ser mandado nem oprimido pelos poderosos e estes desejam governar e oprimir o povo.*”³² No caso de Roma, a República, a princípio, continha tão somente elementos da monarquia e da aristocracia, representada pelos cônsules e pelo Senado, nessa ordem. Contudo, a nobreza tornou-se insolente, despertando o ressentimento da plebe e, para não perder tudo, a primeira cedeu uma parcela de autoridade à segunda, o que deu origem aos tribunos do povo e a ordem do Estado passou a contemplar os três poderes. Portanto, o equilíbrio de autoridades e, por conseguinte, as leis para proteger a liberdade, foram alcançados mediante a desunião entre o povo e o Senado, a qual é vista como um mal necessário para a grandeza romana.

Em interpretação dada por Ames:

No momento em que cada um se vê obrigado a lutar para afirmar seu desejo (isto é, vê sua ambição ao infinito contida pelo desejo contrário do outro), emerge do confronto a ordem favorável à liberdade de todos; quando, porém, qualquer uma das partes se percebe liberada dessa necessidade (isto é, quando a ambição pode expandir-se sem sofrer limitação), a relação de poder se desequilibra e arrasta a coletividade ao caos e à desordem.³³

Nesse sentido, a fim de evitar que o conflito entre os dois humores produza efeitos deletérios à vida política, é imprescindível assegurar que “*a fermentação das paixões possa escapar por canais autorizados*”³⁴, ou seja, que tenha vazão institucional. Caso contrário, essas paixões podem extravasar por meios extraordinários, diversos dos meios legais, constituindo-se fonte de ruína da

³¹Ibid., p. 14.

³²Tradução livre para: “che il popolo desidera non essere comandato né oppresso da’grandi desiderano comandare et opprimere el popolo.” MAQUIAVELLI, Nicollò. *Il Principe* (Italian Edition). 2013, p. 21.

³³ AMES, José Luis. Lei e violência ou a Legitimação Política em Maquiavel. *Revista Trans/Form/Ação*, Marília, v. 34, p. 21-42, 2011, p. 26.

³⁴Tradução livre de “E però non è cosa che faccia tanto stabile e ferma una republica, quanto ordinare quella in modo che l’alterazione di quei omori che l’agitano, abbia una via da sfogarsi ordinata dalle leggi” (MACHIARELLI, Nicollò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*(Italian Edition). 2011, p. 24).

liberdade. Por isso, Maquiavel salienta que um dos direitos mais úteis e necessários da República romana consiste no poder de acusar, perante o povo ou diante de um magistrado ou tribunal, aqueles que tenham atentado contra a liberdade, pois obsta que o conflito assuma um caráter de disputa privada entre facções, o que poderia culminar na anulação ou marginalização de um dos humores e corrupção do regime.

Deve-se registrar ainda que essa dissensão é permanente, ou seja, não há uma forma de neutralizá-la de uma só vez e em caráter definitivo. Destarte, um dos pontos marcantes da teoria de Maquiavel reside na circularidade da lei, uma vez que, no curso da História, emergem novas necessidades que exigem do governo a instituição de novos preceitos legais para restabelecer o equilíbrio e garantir a liberdade.³⁵ Segundo o atributo da circularidade, a lei resulta dos conflitos ao mesmo tempo em que os mantém sob seu controle. Portanto, a conservação da liberdade por intermédio da lei é dinâmica e oposta à ideia de um bom primeiro legislador pungente dentre os filósofos gregos.³⁶

Nesse espectro, “*os bons exemplos nascem da boa educação; a boa educação das boas leis e estas das desordens que quase todos condenam irrefletidamente.*”³⁷ É imprescindível esclarecer que Maquiavel entende que os homens são maus por natureza e estão dispostas a agir com perversidade sempre que houver ocasião para tanto e só fazem o bem quando é necessário. Nessa toada, as leis são úteis na medida em que apoiam a conservação dos bons costumes, estimulando a virtude cívica, que por sua vez faz com que atores políticos sejam capazes de traduzir o conflito em boas leis.

Morais³⁸ resume o papel da lei na obra maquiaveliana:

A lei deve, então, manter os conflitos e as instituições saudáveis, de modo que os enfrentamentos não degenerem a polis e a vida política. A lei deve viabilizar um espaço conflitivo no qual a desunião irá se manter diferenciada sem lutas privadas entre facções. Além disso, as leis devem criar um terreno político virtuoso no qual os enfrentamentos não irão ter por objeto a mera riqueza, mas a honra, a glória e a participação efetiva na polis.

³⁵Ibid., p. 105-108.

³⁶AMES, José Luis. Lei e violência ou a Legitimação Política em Maquiavel. *Revista Trans/Form/Ação*, Marília, v. 34, p. 21-42, 2011, p. 29.

³⁷Tradução livre para “perché li buoni esempi nascono dalla buona educazione, la buona educazione, dalle buone leggi; e le buone leggi, da quelli tumulti che molti inconsideratamente dannano” (MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*(Italian Edition). 2011, p. 16).

³⁸MORAIS, Ricardo Manoel. Maquiavel e o Governo das Leis: a relação entre as leis, as instituições políticas e o conflito. *Oxímora Revista Internacional de Ética y Política*. NÚM. 18. Jan-Jun 2021.

Entretanto, Maquiavel destaca que mesmo as leis mais ordenadas se mostram impotentes quando o tecido social se encontra corrompido. Nesse caso, faz-se necessário que essas leis “*sejam manipuladas por uma personalidade vigorosa, respeitada pela sua autoridade, e que possa cortar o mal pela raiz.*”³⁹ Em outras palavras, é preciso escorar as leis em uma força mais difícil de resistir, qual seja, o poder absoluto e incontrastado do príncipe, que tem condições de refrear a excessiva ambição e restabelecer o equilíbrio na relação verificada entre os humores dos grandes e do povo. Assim, o principado, quando não instaurado na formação originária do Estado, poderia emergir em uma república tomada pela corrupção como uma solução pontual para enfrentamento do caos e da desordem.

Apesar de sugerir certa irracionalidade no exercício do poder político nessa situação excepcional, a teoria maquiaveliana demonstra grande preocupação com o domínio do poder político, sublinhando a imanência de um princípio de ordem em seu âmago. Isso fica evidente quando ela sustenta que a república perfeita deve prever em sua legislação todos os acidentes que podem ocorrer com os respectivos remédios e que a felicidade de uma república ou de um principado não se contenta com a sabedoria do governante durante sua curta vida, incumbindo-lhe organizar o Estado para que, depois de sua morte, o governo se mantenha cheio de vida.⁴⁰ Além disso, defende que, independentemente do regime de governo, a observância das leis deve guiar o detentor do poder político, visto que “*o príncipe que se pode conceder todos os caprichos é geralmente um insensato; e um povo que pode fazer tudo que quer comete com frequência erros imprudentes.*”⁴¹

Com isso, o pensador florentino lança as bases da institucionalização do poder político. Pouco importa se o governo está nas mãos do príncipe ou do povo, revela-se imprescindível que qualquer dos detentores siga as leis, na medida em que instituem uma ordem favorável à liberdade quando fundadas em conflitos construtivos e estabelecem a forma de ação política para os casos extraordinários, impossibilitando que o governante aja segundo seu bel prazer. Do mesmo modo, preconiza que a estabilidade do regime não repousa nas qualidades do príncipe ou do povo e sim na existência de instituições fortes, capazes de dar vazão às paixões,

³⁹Tradução livre para “se già le non sono mosse da uno che com una estrema forza le faccia osservare, tanto che la materia diventi buona” (MACHIAVELLI, Nicollò. Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio (Italian Edition). 2011, p. 51).

⁴⁰Ibid., p. 38 e 79.

⁴¹Tradução livre para: “perché un principe che può fare ciò ch’ei vuole, è pazzo; un popollo che può fare cio che vuole, non è savio” (Ibid., p. 126).

que se renovem continuamente, reconduzindo-se ao seu princípio, isto é, “*uma certa virtude que lhes permite reaver seu impulso original.*”⁴²

Nesse sentido, a teoria maquiaveliana apresenta uma visão singular sobre o exercício do poder político, uma vez tem consciência das divergências entre as forças sociais e atribui ao governo a missão de gerir os conflitos deflagrados entre elas e não a busca de pacificação social, a qual se revela inalcançável.

A partir disso, passa-se ao estudo das grandes tradições teóricas, que forjaram o conceito de Estado de direito.

2.1 L'État de droit: a Teoria da Soberania e o protagonismo do Poder Legislativo

Para inaugurar a construção do Estado moderno em solo francês, deve-se citar a obra de Jean Bodin. O ilustre cientista político, nascido na cidade de Angers, reconhecido como pai da moderna Teoria da Soberania, inicia sua discussão sobre o assunto no livro *Método para a fácil compreensão da história*, publicado em 1566 e o desenvolve em *Os Seis Livros da República*, de 1576.

Na primeira obra, o filósofo assevera que o simples agrupamento social organizado ou mesmo o compartilhamento de interesses e leis comuns não são suficientes para a constituição de uma república, cujo princípio de existência reside no poder soberano, definido como “*a suprema autoridade [...], em que se encontra a majestade e a constituição da república*”⁴³, ou seja, a união de todos sob um único comando. Esse é o ponto de referência para redefinição das demais categorias políticas: o cidadão passa a ser compreendido como aquele que desfruta da liberdade comum e da proteção do soberano e o magistrado corresponde ao que participa do poder soberano, ainda que de forma restrita e limitada, exercendo eventualmente uma ou algumas das funções por ele delegadas.⁴⁴

Nessa toada, o autor em questão menciona que o poder soberano agrega pelo menos cinco funções, quais sejam, a nomeação e definição do corpo de

⁴²Tradução livre para “mediante la quale ripligio la prima riputazione ed il primo augumento loro” (Ibid, p. 222).

⁴³BODIN, Jean. *Method for the easy comprehension of history*. Tradução para o inglês: Beatrice Reynolds. New York: Columbia University Press, 1945, p. 156.

⁴⁴BARROS, Alberto Ribeiro de. O conceito de soberania no Methodus de Jean Bodin. *Discurso*, nº 27, 1996, p. 139-155, p. 142.

atribuições dos magistrados, a proclamação e a anulação das leis, a declaração da guerra e a celebração da paz, o recebimento da apelação final de todos os magistrados, além do poder de vida ou morte quando a lei não ceder espaço à atenuação ou à graça.⁴⁵ Embora o magistrado possa exercê-las em algum momento, o faz em nome do príncipe, já que o poder soberano é inalienável.

Ao contrário de Maquiavel, para quem a Constituição da República de Roma representava um exemplo a ser seguido por contemplar os três poderes na ordem do Estado, Bodin entende que a constituição mista não passa de uma ilusão, pois “*se a soberania estiver distribuída em várias partes na sociedade, o poder de comando desaparece, e o resultado só pode ser a anarquia.*”⁴⁶ Isso não significa que o poder soberano deva ser exercido por uma só pessoa. O corpo político, detentor do poder soberano, pode consistir em um único indivíduo, em um pequeno grupo ou na maioria dos cidadãos, de acordo com a forma de governo adotada, traduzindo-se em monarquia, aristocracia ou democracia, respectivamente.

Ao discorrer sobre a monarquia, o escritor florestino diferencia duas classes de reis: os que não estão sujeitos aos limites das leis e os que estão jungidos ao seu cumprimento, exemplificando que os primeiros existiam nos reinos primitivos e governavam tão somente segundo sua própria consciência e os segundos, os quais em seu entendimento constituem o tipo ideal, podem ser constatados após o surgimento dos sistemas jurídicos, que submete não apenas os cidadãos e magistrados, mas também os próprios reis ao império da lei.⁴⁷

Nesse ponto, incorre em uma divergência não suficientemente dirimida no âmbito do *Método para a fácil compreensão da história*. Isso porque, inicialmente, o autor afirma que quem tem a função de promulgar e anular as leis deve estar acima delas, já que essa tarefa não poderia ser desempenhada por aquele que estiver submetido aos preceitos legais e, no momento seguinte, Bodin declara que todos, inclusive o rei, deve observar a lei que ele mesmo ordenou.⁴⁸ Conforme Barros⁴⁹, há quem tente justificar essa incoerência

⁴⁵BODIN, Jean. *Method for the easy comprehension of history*. Tradução para o inglês: Beatrice Reynolds. New York: Columbia University Press, 1945, p. 172-173.

⁴⁶BARROS, Alberto Ribeiro de. O conceito de soberania no Methodus de Jean Bodin. *Discurso*, nº 27, 1996, p. 139-155, p. 145.

⁴⁷MELLO, Antonio Jezreel. *Os limites da soberania em Jean Bodin*. 2018. 90f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018, p. 14.

⁴⁸BODIN, Jean. *Method for the easy comprehension of history*. Tradução para o inglês: Beatrice Reynolds. New York: Columbia University Press, 1945, p. 202-203.

⁴⁹BARROS, Alberto Ribeiro de. O conceito de soberania no Methodus de Jean Bodin. *Discurso*, nº 27, 1996, p. 139-155, p. 149.

como uma tentativa de adaptar princípios necessários ao fortalecimento dos novos monarcas com a forma de desenvolvimento da monarquia francesa, ou ainda como um esforço para conciliar a tradição constitucionalista medieval com a ideia moderna do poder soberano.

Todavia, Barros refuta tais subterfúgios, alegando que essa questão ainda não estava tão madura no pensamento bodiniano.

Já na obra *Seis Livros da República*, mais precisamente no capítulo 8 do Livro 1, Jean Bodin se dedica de forma mais aprofundada ao estudo da soberania, definindo-a como “o poder absoluto e perpétuo de uma república.”⁵⁰ O pensador explica que se trata de um poder perpétuo, pois não está submetido a limites temporais. Assim, quando o poder absoluto é exercido por um ou por vários magistrados, por um certo lapso de tempo, tem-se que atuam como meros depositários e guardas desse poder até que o legítimo detentor venha a reivindicá-los e estabelece uma analogia com os proprietários, que não perdem o domínio sobre seus bens ao emprestá-los a outrem.

Acrescenta ainda que, aquele que exercer o poder absoluto em nome do soberano, não poderá usá-lo contra este. Além disso,

seja qual for o poder e a autoridade que dê a outrem, ele nunca dá tanto que não retenha sempre mais, e nunca está excluído de comandar ou de conhecer, por prevenção, concorrência ou avocação, ou do modo que lhe aprouver, as causas das quais encarregou seus súditos.⁵¹

Desse modo, o soberano detém o maior poder dentro de uma república e a concessão de uma ou algumas das funções inerentes a esse poder por tempo determinado não subtrai tal superioridade, visto que os depositários “*nada detêm por si e permanecem responsáveis de seus cargos perante aquele a quem devem o poder de comandar.*”⁵²

É imperativo esclarecer que o adjetivo perpétuo diz respeito à vida de quem detém o poder. Nesse espectro, se o poder absoluto é conferido a alguém, enquanto este viver, na qualidade de guardião e depositário desse poder, não pode ser

⁵⁰Tradução livre para: “La souveraineté est la puissance absolue & perpetuelle d’une Republique” (BODIN, Jean. *Les Six Livres de la Republique*, Lyon: D’Imprimeire de Jean de Tournes, 1579, 85).

⁵¹Tradução livre para: “quelque puissance & auctorité quil donne à autrui: & nen donne iamais tant, quil nen retienne toufiours dauntage & neft iamais exclus de commader, ou de congnoiftre par preuention, ou concurrence ou euocation ou anfi quil luy plaira des caufes dont il a chargé fon fubiect, foit commiffaire, ou officier” (Ibid., p. 85).

⁵²Tradução livre para: “car l’un & l’autre na rien à foy, & demeure contable de fa charge, à celuy duquel il tient la puissance de commander” (Ibid., p. 87).

considerado soberano, mesmo que essa condição não esteja explícita no ato de comissão, instituição ou delegação.⁵³

Quanto ao caráter absoluto, Bodin⁵⁴ assevera que *“a soberania dada a um Príncipe com encargos e condições não é propriamente soberania nem poder absoluto”* e salienta *“é preciso que aqueles que são soberanos não estejam de forma alguma sujeitos aos comandos de outrem e que possam dar a lei aos súditos e cassar ou anular as leis inúteis para fazer outras”*, uma vez que *“é impossível por natureza dar lei a si próprio, bem como ordenar a si mesmo coisa que depende da própria vontade.”* Dessa maneira, o pensador francês destaca que a soberania pressupõe um poder livre de condicionamentos e da submissão às leis civis. Entretanto, o poder soberano encontra limites, os quais são dados pelas leis naturais e divinas, pelas leis concernentes ao estado do reino e pelas leis comuns a todos os povos.

Em relação às leis naturais e divinas, Bodin é categórico ao afirmar que

todos os Príncipes da Terra estão a elas sujeitos, e não está em seu poder infringi-las, se não quiserem ser culpados de lesa-majestade divina, fazendo guerra a Deus, a cuja grandeza todos os monarcas do mundo devem subjugar-se e baixar a cabeça com todo temor e reverência.⁵⁵

As leis naturais e divinas aparecem como expressões intercambiáveis e se referem a uma ordem superior, eterna e imutável, apreendida pelo homem por intermédio do uso da razão.⁵⁶

Embora o soberano não esteja obrigado à observância das leis civis, quando estas forem idênticas às leis naturais e divinas, ele tem o dever de cumpri-las, como se denota da leitura do seguinte trecho:

Mas e se o Príncipe proíbe matar, sob pena de morte, não estará obrigado pela sua lei? Eu digo que essa lei não é sua, mas a lei de Deus e da

⁵³ Ibid., p. 88.

⁵⁴ Tradução livre para: “auffi la fouueraineté donne à vn Prince fous charges & conditions, neft pas propment fouueraineté, ny puiffance abfolue” (Ibid., p. 89). “Or il fault que ceux-là qui font fouuerains, ne loyent aucunement fubiect aux commandements d’autruy & quilz puiffent donner loy aux fubiects, & caffer ou aneantir les loix inutiles, pour en faire d’autres” (Ibid., p. 91). “Mais il eft impoffible par nature de fe donner loy, non plus que commander à foy mefme chofe qui depende de la volonté” (Ibid. p. 92).

⁵⁵ Tradução livre para: “Tous les Princes de la terre y font fubiects, & neft pas em leur puiffance d’y contreuenir, sils ne veulent eftre coupables de leze maiefté diuine, faifant guerre à Dieu, fous la grandeur duquel tous les Monarques du monde doyuent faire ioug, & baiffer la telfte em tout crainte & reuerence” (Ibid., p. 92).

⁵⁶ MELLO, Antonio Jezreel. *Os limites da soberania em Jean Bodin*. 2018. 90f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018, p. 23-25.

natureza, à qual ele está mais estritamente obrigado que qualquer um dos súditos e da qual não pode ser dispensado.⁵⁷

Entretanto, Bodin⁵⁸ argue que não há uma identificação necessária entre as leis civis e as leis divinas e naturais. Afinal, ainda que as primeiras sejam boas, justas e razoáveis, não se segue que o soberano tenha a obrigação de respeitá-las, sendo-lhe conferida ainda prerrogativa de cassar ou anular uma boa ordenança para dar lugar a outra melhor ou pior, pois o proveito, a honra e a justiça apresentam graus variados. Portanto, possui amplo grau de discricionariedade legislativa.

O autor em comento também informa que *“quanto às leis que concernem ao estado do reino e ao estabelecimento deste, por estarem anexadas e unidas à coroa, o Príncipe não pode derogá-las.”*⁵⁹ Compreendem as leis fundamentais da França, oriundas do direito costumeiro, as quais definem o próprio poder soberano e preservam o estado da República e podem ser exemplificadas pela Lei Sállica, que regula a sucessão real pela linhagem masculina em solo francês e a Lei Agrária, que proíbe a alienação do domínio público sem o consentimento dos Estados-gerais⁶⁰.

Destaca, como último limite ao poder soberano, as leis comuns a todos os povos, ao sustentar que *“todos os Príncipes da Terra estão sujeitos à lei de Deus e da natureza, e a várias leis humanas comuns a todos os povos.”*⁶¹ Como Bodin não entra em detalhes sobre o conteúdo dessa expressão, não há consenso entre as diversas correntes doutrinárias que buscam interpretá-la. Há quem diga que ele se refere ao *ius gentium*, outros mencionam que seria um meio-termo entre as leis naturais e as leis civis, decorrendo seu conteúdo das primeiras, mas sujeitando-se à modificação como as segundas e ainda há aqueles que sugerem que são o resultado da comparação legislativa entre os povos.⁶²

Portanto, pela análise das obras de Jean Bodin, denota-se a criação de uma autoridade secularizada, dissociada do Papa, mas ainda ligada a um fundamento

⁵⁷ Tradução livre para: “Mais fi le Prince defend de tuer fur peine de la vie, n’eft il pas obligé à la foy? le dy ceftte loy n’eft point fiene, mais ceft la loy de Dieu, & de nature, à laquelle il eft plus effroittement obligé que pas vn des fubiects, & nen peut efre” (BODIN, Jean. *Les Six Livres de la Republique*, Lyon: D’Limprimeire de lean de Tovrnes, 1579, p. 104).

⁵⁸ *Ibid.*, p. 105.

⁵⁹ Tradução livre para: “Quant aux loix qui concernent l’eflat du Royaume, & de l’establiffment d’iceluy, d’autant quelles fontannexees & vnies auec la couronne, le Prince n’y peut derogar” (*Ibid.*, p. 95).

⁶⁰ MELLO, Antonio Jezreel. *Os limites da soberania em Jean Bodin*. 2018. 90f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018, p. 31-32.

⁶¹ Tradução livre para: “Tous les Princes de la terre font fubiects aux loix de Dieu, & de nature, & à plufieurs loix humaines communes à tous peuples” (BODIN, Jean. *Les Six Livres de la Republique*, Lyon: D’Limprimeire de lean de Tovrnes, 1579, p. 91).

⁶² MELLO, Antonio Jezreel. *Os limites da soberania em Jean Bodin*. 2018. 90f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018, p. 35-37.

sobrenatural e transcendente e, apesar de refutar uma concepção ilimitada do exercício do poder político, não demarca com clareza e precisão as fronteiras a que o soberano deve se ater. Nesse sentido, o autor em questão acaba deixando incompleto o processo de racionalização do poder do Estado e dá respaldo teórico à constituição das Monarquias Absolutistas na Europa Ocidental.

Nesses regimes, “o monarca centraliza integralmente o poder, personaliza todas as funções, confunde a sua pessoa com a do próprio Estado; inexistindo, portanto, as esferas pública e privada.”⁶³ Na França, destaca-se o reinado de Luís XIV, verificado entre 1661 e 1715, como um dos períodos mais marcantes da vigência do Estado absoluto, em que a concentração do poder de maneira integral acarretou a perda de privilégios da nobreza francesa, da qual Charles-Louis de Secondat, o Barão *de la Brède et de Montesquieu* era parte integrante. Por isso, os escritos de Montesquieu devem ser lidos com atenção ao contexto histórico em que se encontra inserido e à posição do autor no conflito de forças sociais estabelecido à época.

Em sua obra máxima, *Do espírito das leis*, Montesquieu, embora esteja voltado ao mesmo projeto que seus predecessores ao buscar edificar uma ciência política, vale-se de objeto e método distintos, já que se propõe a estudar todas as sociedades concretas da História a partir da descoberta de suas leis.⁶⁴ Assim, tem a pretensão de escapar das abstrações, levando em conta apenas os fatos.

Essa é a razão pela qual o filósofo francês refuta a teoria do contrato social, a qual pretende combater a velha ordem estabelecida, conferindo poder aos homens para rejeitar as instituições antigas e fundar outras novas com base na ideia de que as instituições têm origem humana e artificial tal qual o pacto, do qual sobressai a sociedade civil. Logo, a teoria do contrato social está preocupada em definir como as coisas devem ser, olvidando-se como elas efetivamente são.

Entretanto, o autor em discussão admite a existência de “*relações de justiça possíveis*”⁶⁵, anteriores às leis positivas, o que, conforme Sorto⁶⁶ simboliza a

⁶³ SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. *Verba Juris*, ano 3, nº 3, p. 73-91, jan/dez 2004, p. 73.

⁶⁴ ALTHUSSER, Louis. Montesquieu: a Política e a História. Tradução de Luiz Cary e Luisa Costa. 2 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 22.

⁶⁵ Tradução livre para: “Avant qu’il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles.” MONTESQUIEU. *Des L’esprit des Loix*. Tome Premier. Édition établie par Laurent Versini. Paris: Éditions Gallimard, 1995, p. 22.

⁶⁶ SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. *Verba Juris*, ano 3, nº 3, p. 73-91, jan/dez 2004, p. 78.

compreensão de que o ser humano sempre foi governado por leis. Essas leis vigentes no estado natural, as quais derivam tão somente da constituição dos homens, são as seguintes: 1ª) a paz, na medida em que cada um se sente inferior ou, no máximo, igual ao outro e, por esse motivo, não se dispõe a atacá-lo; 2ª) a busca por alimentos ante a necessidade de sobrevivência; 3ª) a atração sexual, dado o apelo natural que cada um exerce sobre o outro e 4ª) o desejo de viver em sociedade, pois os homens são naturalmente impelidos a compartilhar sentimentos e conhecimentos entre si. Observa-se, pois, que Montesquieu substitui o contrato social pelo instinto da sociedade como a causa que reúne os homens em sociedade civil.

Uma vez formada, *“os homens perdem o sentimento da própria fraqueza; cessa a igualdade que entre os mesmos existia, e inicia-se o estado de guerra.”*⁶⁷ Esse estado beligerante se manifesta entre as nações e entre os particulares em cada sociedade, possuindo dupla face externa e interna, o que gera a necessidade da edição de leis que regulem as relações entre os povos (Direito das gentes), bem como leis que disciplinem as relações entre governantes e governados (Direito político) e entre os cidadãos entre si (Direito civil).

Como consectário desse posicionamento, Montesquieu promove uma ruptura com o pensamento dominante em seu tempo ao argumentar que as leis são *“as relações necessárias que derivam da natureza das coisas”*⁶⁸ e, portanto, não se apresentam como uma ordem ideal, mas sim enquanto relações entre variáveis fenomenais. Em virtude disso, todos os seres têm suas próprias leis: a divindade, o mundo material, as inteligências superiores ao homem, os animais e os próprios seres humanos. *“Existe portanto uma razão primordial; e as leis são as relações que existem entre esta e os diversos seres, e as relações dos diversos seres entre si.”*⁶⁹

Para bem demarcar a reviravolta ocasionada pela concepção moderna da lei-relação, Althusser⁷⁰ leciona que

⁶⁷ Tradução livre para: “Sitôt que les hommes sont en société, ils perdent le sentiment de leur faiblesse; l'égalité, qui était entre eux, cesse, et l'état de guerre commence.” MONTESQUIEU. Des L'esprit des Loix. Tome Premier. Édition établie par Laurent Versini. Paris: Éditions Gallimard, 1995, p. 24.

⁶⁸ Tradução livre para: “sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses.” Ibid., p. 22.

⁶⁹ Tradução livre para: “Il y a donc une raison primitive ; et les lois sont les rapports qui se trouvent entre elle et les différents êtres, et les rapports de ces divers êtres entre eux.” Ibid.

⁷⁰ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a Política e a História*. Tradução de Luiz Cary e Luisa Costa. 2 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 40.

[...] antes de estar ligada à prática das ciências experimentais modernas, a lei pertencia ao mundo da religião, da moral e da política. Estava impregnada de exigências diretamente ligadas às relações humanas. A lei pressupunha portanto seres humanos ou seres à imagem do homem. Era pois mandamento. Queria portanto uma vontade para ordenar e vontades para obedecer. Um legislador e súditos. A lei possuía assim estrutura de ação humana consciente: tinha um objetivo, designava uma finalidade, ao mesmo tempo que exigia uma espera. Para os sujeitos que viviam sob a lei, ofereciam o equívoco do constrangimento e do ideal.

Em seguida, Montesquieu distingue as leis que regem o mundo físico daquelas que governam o mundo inteligente. Ao passo que as primeiras são invariáveis e inexoravelmente seguidas, as últimas podem ser alteradas e estão sujeitas a transgressão. Isso porque os seres inteligentes são naturalmente limitados e passíveis de erro, além de se guiarem por sua própria vontade. Nesse sentido,

o homem, como ser físico, é assim como os outros corpos, governado por leis invariáveis; como ser inteligente, viola sem cessar as leis que Deus estabeleceu e modifica aquelas que ele próprio estabeleceu.⁷¹

No que diz respeito ao mundo inteligente,

a lei, em geral, é a razão humana, tanto assim que ela governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação não devem representar senão os casos particulares nos quais é aplicada essa razão humana.⁷²

Fica claro que o autor em comento pressupõe a existência de uma lei natural universal válida para todos os homens e também uma pluralidade de ordenamentos jurídicos positivos apropriados para cada povo.⁷³

Nesse sentido, Montesquieu⁷⁴ sustenta que as leis positivas de cada nação são influenciadas por uma série de fatores físicos e morais:

⁷¹Tradução livre para: "L'homme, comme être physique, est, ainsi que les autres corps, gouverné par des lois invariables. Comme être intelligent, il viole sans cesse les lois que Dieu a établies, et change celles qu'il établit lui-même." MONTESQUIEU. Des L'esprit des Loix. Tome Premier. Édition établie par Laurent Versini. Paris: Éditions Gallimard, 1995, p. 23.

⁷²Tradução livre para: "La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine." Ibid., p. 24.

⁷³SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. *Verba Juris*, ano 3, nº 3, p. 73-91, jan/dez 2004, p. 79.

⁷⁴Tradução livre para: "Il faut qu'elles se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir." "Elles doivent être relatives au physique du pays; au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir; à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre elles; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies." MONTESQUIEU. Des L'esprit des Loix. Tome Premier. Édition établie par Laurent Versini. Paris: Éditions Gallimard, 1995, p. 24-25.

É preciso que elas se relacionem à natureza e ao princípio do governo estabelecido, ou que se deseje estabelecer [...] Devem ser relativas ao físico do país, ao clima glacial, tórrido ou temperado; à qualidade do solo, à sua situação, à sua extensão, ao gênero de vida de seus povos, lavradores, caçadores, pastores; devem relacionar-se, também, ao grau de liberdade que sua constituição pode tolerar; à religião de seus habitantes, às suas inclinações; a suas riquezas, a seu número, a seus costumes, a seu comércio, a suas maneiras. Enfim, eles relacionam-se umas com as outras; relacionam-se também com a sua própria origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais se acham elas estabelecidas.

O conjunto das relações estabelecidas entre as leis e todos esses elementos compõe o que se denomina *espírito das leis*. Portanto, Montesquieu reconhece que “*diversas coisas governam os homens: o clima, a religião, as leis as máximas do governo, os exemplos das coisas passadas, os costumes, as maneiras*”⁷⁵, as quais interagem entre si, resultando na formação do espírito geral. A partir dessas premissas, ele passa a discorrer sobre a maneira de governar e sobre a forma como o poder é distribuído dentro do governo.

Sobre a primeira questão, o autor em destaque realça que há três espécies de governo: o republicano, no qual o povo incorporado ou apenas uma parte deste exerce o poder soberano, dando origem à democracia e à aristocracia, respectivamente; o monárquico, em que um só governa, observando leis fixas e estabelecidas e o despótico, em que um único indivíduo, independentemente de qualquer freio legal, submete todos à sua vontade e aos seus caprichos. Cada uma delas, por sua vez, apresenta leis fundamentais, que derivam diretamente da sua natureza específica. Na república, as leis do sufrágio, na monarquia, o estabelecimento de corpos intermediários representados pela nobreza e pelo clero e no despotismo, a nomeação do vizir.⁷⁶

Além disso, há um princípio inerente a cada um dos três governos, que não se confunde com a sua natureza. Nas palavras de Montesquieu⁷⁷,

⁷⁵ Tradução livre para: “Plusieurs choses gouvernent les hommes: le climat, la religion, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les mœurs, les manières;” Ibid., p. 204.

⁷⁶ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a Política e a História*. Tradução de Luiz Cary e Luisa Costa. 2 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 93-94.

⁷⁷ Tradução livre para: “sa nature est ce qui le fait être tel, et son principe ce qui le fait agir. L'une est sa structure particulière, et l'autre les passions humaines qui le font mouvoir.” MONTESQUIEU. *Des L'esprit des Loix*. Tome Premier. Édition établie par Laurent Versini. Paris: Éditions Gallimard, 1995, p. 32.

sua natureza é aquilo que o faz ser tal; e o seu princípio aquilo que faz com que ele atue. A primeira representa a estrutura particular; o segundo representa as paixões humanas que faz com que ele se movimente.

Assim, a virtude é o princípio da república; a honra o da monarquia e o medo o do governo despótico.

Althusser comenta que “*a enumeração primitiva esconde uma escolha secreta.*”⁷⁸ Isso porque

certamente há três espécies de governo, mas uma, a república, já não existe fora da memória da história. Restam a monarquia e o despotismo. Mas o despotismo não é senão a monarquia excedida e desnaturada. Resta, portanto, só a monarquia.⁷⁹

Em outras palavras, Montesquieu entende que o governo republicano tenha ficado no passado, pois não se mostra factível nem no presente nem no futuro. Quanto às espécies remanescentes, ambas traduzem o governo de uma só pessoa, o monarca ou o déspota. Todavia, só há uma forma pura de governo, a monarquia, à qual corresponde, naturalmente, uma única forma impura, o despotismo.

O filósofo acrescenta ainda que só um governo moderado favorece a liberdade política por contar com instrumentos voltados a coibir o abuso do poder, fazendo com que “*o poder refreie o poder.*”⁸⁰ Destarte, apenas a monarquia pode alcançar tal desiderato, pois “*a democracia e a aristocracia não são Estados livres por sua natureza*”, já que o povo parece fazer o que quer e a liberdade consiste em algo diverso, ou seja, no direito de fazer aquilo que as leis permitem e, com muito menos razão, pode prosperar nos Estados despóticos, onde só existe “*a vontade momentânea e caprichosa de um só*”⁸¹, que se impõe irrefreavelmente a todos.

Para compor um governo moderado, “*é preciso combinar os poderes, regulá-los, moderá-los, fazê-los agir; dar por assim dizer lastro a um deles para colocá-lo em estado de resistir a um outro.*”⁸² Desse modo, Montesquieu afirma que em cada Estado há três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependam do direito civil. De acordo com o primeiro, o governante cria, reforma ou revoga as

⁷⁸ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a Política e a História*. Tradução de Luiz Cary e Luisa Costa. 2 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 125.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Tradução livre para: “le pouvoir arrête le pouvoir.” MONTESQUIEU. *Des L'esprit des Loix*. Tome Premier. Édition établie par Laurent Versini. Paris: Éditions Gallimard, 1995, p. 112.

⁸¹ Tradução livre para: “s'il n'y a dans l'État que la volonté momentanée et capricieuse d'un seul.” Ibid., p. 30.

⁸² Tradução livre para: “il faut combiner les puissances, les régler, les tempérer, les faire agir; donner, pour ainsi dire, un lest à l'une, pour la mettre en état de résister à une autre.” Ibid., p. 58.

leis, o segundo lhe confere a prerrogativa de declarar a guerra e celebrar a paz e a adoção de medidas destinadas a resguardar a segurança em face de invasões estrangeiras e o terceiro diz respeito à punição de crime e ao julgamento de questões entre particulares. Este último também pode ser chamado de poder de julgar.

*“Tudo então pereceria, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, o dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes.”*⁸³ Afinal, se o poder executivo se acha unido ao poder legislativo há temor de que o mesmo monarca ou mesmo o senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Caso o poder de julgar seja agregado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário porque o juiz é o legislador e se associado ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

Desse modo, é preciso atribuir os poderes do Estado a órgãos distintos. Nesse espectro, propõe que o poder executivo seja exercido por um monarca, já que *“tem quase sempre necessidade de uma ação momentânea”*, sendo *“melhor administrada por um só do que por diversos.”*⁸⁴ O poder legislativo, por sua vez, deve ser confiado, em conjunto, à corporação de nobres (câmara alta) e à corporação dos representantes do povo (câmara baixa), os quais tendem a contrabalançar-se. Por fim, o poder de julgar, *“invisível e nulo”*, *“deve ser exercido por pessoas tiradas da classe popular, em certas épocas do ano, da forma prescrita pela lei.”*⁸⁵

Conforme Althusser⁸⁶, a rigor não se poderia falar em uma teoria da separação dos poderes, já que o próprio Montesquieu concebe interferências recíprocas entre eles. Assim, admite-se que o poder executivo intervém sobre o legislativo quando é dado ao rei o direito de veto, este pode, até certo ponto, fiscalizar aquele, controlando as leis que votou e ainda o poder legislativo exerce ingerência sobre o poder judicial em todas as matérias atinentes aos nobres, os quais não estão sujeitos aos magistrados populares e sim aos seus pares, em matéria de anistia e nos processos políticos, que serão julgados perante o tribunal da câmara alta sob acusação da câmara baixa.

⁸³ Tradução livre para: “Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs.” Ibid., p. 113.

⁸⁴ Tradução livre para: “qui a presque toujours besoin d'une action momentanée, est mieux administrée par un que par plusieurs.” Ibid., p. 115.

⁸⁵ Tradução livre para: “invisible et nulle”, “mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi.” Ibid., p. 113.

⁸⁶ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a Política e a História*. Tradução de Luiz Cary e Luisa Costa. 2 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 130-132.

Portanto, denota-se que Montesquieu ocupa um espaço de destaque na Ciência Política ao realizar um vasto estudo sobre as instituições políticas edificadas nas sociedades ao longo da História em busca do espírito das leis e ao sustentar a construção de um governo moderado. Embora não tenha a audácia de romper com a monarquia, ele tem a preocupação de conter as arbitrariedades, mostrando-se refratário aos governos despóticos, carentes de liberdade política. Contudo, esse objetivo não é alcançado mediante a defesa do respeito jurídico à legalidade, mas sim pelo equilíbrio político das relações de forças, ou seja, pela divisão ponderada do poder entre o rei, a nobreza e o povo.

A tradição francesa ainda conta ainda com uma plêiade de renomados autores, que se debruçaram sobre o estudo do Estado de direito⁸⁷, dentre os quais, destaca-se Raymond Carré de Malberg. O ilustre alsaciano lança sua obra máxima, Teoria Geral do Estado, em dois volumes, nos anos de 1920 e 1922, após o encerramento da Primeira Guerra Mundial, sendo possível constatar a influência do conflito franco-germânico em seus escritos pela comparação entre os sistemas políticos do Império alemão e da Terceira República francesa e pela utilização e crítica da doutrina constitucional proveniente da Alemanha.

Inicialmente, o autor esclarece que constitui erro grave separar o Estado da nação como se fossem entidades jurídicas absolutamente distintas. Decorre do próprio princípio da soberania nacional, consagrado pela Revolução Francesa de 1789, que a potestade característica do Estado reside essencialmente na nação. Logo, os poderes e direitos dos quais o Estado é sujeito não são outra coisa senão poderes e direitos da própria nação, de modo que há uma identificação completa entre ambos.⁸⁸ Em outras palavras, o Estado é a personificação da nação.

O Estado, nos dizeres de Carré de Malberg, constitui exclusivamente uma pessoa jurídica, ou seja, a personalidade estatal só adquire sentido diante do direito. Em outras palavras⁸⁹,

⁸⁷O direito constitucional francês também é objeto de estudo de Leon Duguit (Tratado de Direito Constitucional, 5 volumes, 1921-1929), Adhemar Eismen (Elementos de Direito Constitucional, 2 volumes, 1927), Maurice Hauriou (Princípios de Direito Público, 1910), além de Joseph Barthélemy e Paul Duez (Tratado Elementar de Direito Constitucional, 1926).

⁸⁸ MALBERG, R. Carré. *Teoría General del Estado*. Traducción de José Lión Depetre. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 30-31.

⁸⁹Tradução livre para “*significa sencillamente que los miembros de la coletividade, por cuanto se encuentran reunidos en una organización que implica su sumisión a una autoridade superior encargada de dirigir el funcionamiento del grupo, se encuentran coordinadas, entre todos, en una unidad jurídica que, elevandose por encima de los individuos, forma así en derecho – y solamente em derecho – un ser distinto de ellos*”. Ibid., p. 43.

Significa simplesmente que os membros da coletividade, porquanto se encontram reunidos em uma organização que implica sua submissão a uma autoridade superior encarregada de dirigir o funcionamento do grupo, se encontram coordenados entre todos, em uma unidade jurídica que, elevando-se acima dos indivíduos, forma assim em direito – e somente em direito – um ser distinto deles.

Nesse sentido, rechaça as teorias que consideram o Estado uma pessoa real, dotada de interesses próprios e de uma vontade coletiva distinta das vontades individuais. Isso porque somente os homens podem ser sujeitos de interesses e, dessa forma, é impossível conceber que o Estado detenha interesses próprios que não sejam humanos. Do ponto de vista real, não há que se falar em vontade estatal, posto que as vontades manifestadas em nome do Estado são apenas as vontades dos indivíduos. Apenas quando organizado juridicamente, o Estado adquire vontade própria.

A personalidade jurídica estatal possui dois aspectos marcantes: a unidade, segundo a qual, os múltiplos indivíduos que compõem a coletividade se agrupam em um corpo indivisível que constitui juridicamente uma nova individualidade e a continuidade, já que, embora indivíduos que integrem o Estado ou expressem sua vontade se alterem ao longo do tempo, o Estado remanesce.

Além disso, Carré de Malberg assevera que o fundamento do Estado não deve ser uma preocupação dos juristas, visto que *“os atos que levaram à fundação desta organização permanecem, pois, fora da esfera do direito e escapam a toda denominação jurídica”*⁹⁰ e, ainda que estivessem dentro da esfera do direito, o Estado *“uma vez constituído, extrai as causas jurídicas de sua personalidade e de seus poderes, essencial e exclusivamente, de seu estatuto orgânico, que o torna capaz de vontade e de ações próprias.”*⁹¹ Esse estatuto é a Constituição, que estabelece a organização do Estado.

O jurista alsaciano explica que o signo distintivo do Estado em relação às demais coletividades repousa na potestade inerente ao primeiro. De acordo com a doutrina tradicional francesa, essa potestade estatal corresponde à soberania, definida como *“o caráter supremo de um poder; supremo no sentido de que este*

⁹⁰Tradução livre para: *“los actos que han traído y fundado esta organizacion permanecen, pues, fuera de la esfera del derecho y escapan por lo tanto a toda denominación jurídica.”* Ibid., p. 75.

⁹¹Tradução livre para: *“una vez formado, extrae las causas jurídicas de su personalidad y de sus poderes esencial y exclusivamente em su estatuto orgánico, que lo hace capaz de voluntad y de acción.”* Ibid., p. 75.

poder não admite nenhum outro sobre ele ou em concorrência com ele."⁹² Observa-se, pois, que a soberania traduz uma ideia negativa, na medida em que não se coaduna com a existência de qualquer impedimento ou subordinação.⁹³

Nessa primeira acepção, a soberania apresenta uma face externa e outra interna. Conforme a primeira, um Estado soberano não está subordinado a outros Estados estrangeiros, isto é, juridicamente, uns são iguais aos outros e, nos termos da segunda, o Estado detém uma autoridade suprema nas relações com os indivíduos que o compõem ou se acham em seu território, bem como nas relações estabelecidas com outras coletividades públicas ou privadas constituídas dentro dele.

Posteriormente, a palavra soberania recebeu um conteúdo positivo, atribuindo-se a ela um conjunto de poderes efetivos ou direitos ativos de dominação. Nessa perspectiva, a soberania deixou de ser encarada como uma qualidade da potestade estatal e passou a ser tida como a própria potestade. Por fim, a soberania também pode ser identificada com o titular supremo da potestade estatal, hipótese em que a soberania em abstrato do Estado equivale à soberania em concreto do governante.

Diante disso, Carré de Malberg declara que a doutrina tradicional francesa, em qualquer dos três sentidos realçados acima, confunde as noções de potestade de Estado e potestade soberana e comete o equívoco de conceber a soberania como elemento essencial da potestade estatal. Tal postura decorre do fato de que a teoria do Estado soberano foi desenvolvida no século XVI à vista do Estado unitário e se mostra insuficiente para explicar o Estado federativo, marcado pelo encontro e concorrência sobre o mesmo território de duas potestades distintas, a do Estado federal e a dos estados-membros abarcados por ele.⁹⁴

Destarte, o jurista francês, concorda com o doutrinador alemão Jellinek, afirmando que o atributo comum e indispensável a todo Estado é a potestade estatal e não a soberania. A potestade do Estado tem como essência a dominação entendida como o poder de mandar de maneira absoluta a partir do emprego de coação irresistível⁹⁵ e se manifesta através da capacidade de auto-organização, consistente no *"poder de dar a si mesmo uma Constituição, ou seja, de determinar por sua própria vontade, os órgãos que exercerão essa potestade, assim como a*

⁹²Tradução livre para: "el carácter supremo de un poder; supremo en el sentido de que dicho poder no admite a ningún otro ni por encima de él, ni en concurrencia con él." Ibid., p. 81.

⁹³ Ibid., p. 82.

⁹⁴ Ibid., p. 96-99.

⁹⁵ Ibid., p. 158.

*extensão e as condições de exercício dessa potestade.*⁹⁶ O Estado, nessa toada, será soberano se a sua capacidade de auto-organização estiver sujeita somente à sua própria vontade.⁹⁷

Da capacidade de auto-organização decorrem duas consequências: toda comunidade estatal deve possuir um órgão supremo próprio e deve exercer, por seus órgãos específicos, as funções legislativa, administrativa e judicial. O campo de atuação da potestade estatal pode ter extensão maior ou menor, conforme o rol de atribuições que lhe for conferido. Portanto, nada impede que seja restrito. Contudo, é indivisível, no ponto em que em relação a cada uma das atribuições seja resguardado o exercício integral da potestade estatal.

A potestade estatal, na lição de Carré de Malberg, resulta de um equilíbrio de forças sociais, o qual, por sua vez, gera *“a organização governamental, que se encontra assim adaptada às condições especiais do meio social”* e, por isso, *“torna-se aceitável, como fato natural e necessário, pela grande massa dos membros da nação.”*⁹⁸ Essa organização, consagrada na Constituição sobre o equilíbrio de forças sociais e em conformidade com ele, dá origem a uma força governamental superior, que pela mesma razão de se fundar em uma ordem jurídica estabelecida em caráter regular e permanente, qualifica-se como um poder de direito e não de fato.

Em seguida, Carré de Malberg se ocupa das seguintes questões: 1ª) A soberania é uma potestade sujeita a limites? e 2ª) Qual a origem de suas limitações? Sobre a primeira indagação, o jurista francês fixa que *“a potestade de dominação estatal, por ser uma potestade de natureza jurídica, está submetida ao direito e assim é necessariamente uma potestade limitada.”*⁹⁹ A soberania não se trata de uma força bruta, mas sim de *“uma força regida por princípios jurídicos, chamada a exercer-se segundo certas formas e por meio de certos órgãos e por isso limitada pelo direito.”*¹⁰⁰

⁹⁶Tradução livre para: *“el poder de darse a sí misma su Constitución, o sea de determinar por su propia voluntad, bien los órganos que ejercerán su potestad, o bien la extensión y condiciones de ejercicio de esta potestad.”* Ibid., p. 160.

⁹⁷ Ibid., p. 174.

⁹⁸Tradução livre para: *“la organización gubernamental, que se encuentra así adaptada a las condiciones especiales del medio social, llegará por eso mismo a hacerse aceptar, como hecho natural y necesario, por lo gran masa de miembros de la nación.”* Ibid., p.194.

⁹⁹Tradução livre para: *“la potestad de dominación estatal, al ser una potestad de naturaleza jurídica, es por lo mismo una potestad sometida al derecho, luego también y necesariamente una potestad limitada.”* Ibid., p. 220.

¹⁰⁰Tradução livre para *“hay que entender por esto una fuerza regida por principios jurídicos, llamada a ejercerse según ciertas formas y ciertos órganos, y por lo tanto limitada por el derecho.”* Ibid.

O doutrinador alsaciano ainda manifesta oposição a qualquer tentativa de subordinação da potestade estatal à regra de justiça ideal, aduzindo que a última nem pode ser tida como regra jurídica. Isso porque apenas as regras legislativas podem receber tal designação, pois estão fundadas em um ato de potestade soberana e se sujeitam à obediência forçada sob pena de coação. A regra de justiça ideal, diversamente, é puramente filosófica, tem eficácia somente no campo da consciência individual e se caracteriza pela livre submissão.¹⁰¹ Portanto, os limites são dados pelo direito positivo e não pelo direito natural, o qual nem sequer dispõe de um meio de sanção.

Quanto à segunda indagação, o autor sustenta a teoria da autolimitação, mais uma vez com respaldo em Jellinek, ao defender que “*pertence à essência do Estado soberano determinar por si mesmo, por sua própria vontade, as regras jurídicas que deverão limitar sua potestade soberana.*”¹⁰² Desse modo, os limites impostos à soberania são de ordem jurídica e formal, excluindo-se qualquer outro de ordem política ou moral. Baseia-se na ideia de que, se o Estado é soberano, não há outra potestade superior, que seja capaz de limitá-lo juridicamente, só restando a ele mesmo determinar os próprios lindes de atuação.

O autor francês concluiu esse ponto arguindo que,

O fato de o Estado impor limites a si mesmo obrigando-se a não exercer sua dominação fora de certas condições e conforme certas regras; o fato de que, até no exercício dessa dominação, se reconheça aos indivíduos, que a ela estão submetidos, a qualidade e os direitos de pessoas distintas de si mesmo, e o fato de que, por fim, até no uso que faz de sua soberania, se considera ligado a essas pessoas por certas obrigações e restrições, tudo isso é suficiente para converter sua potestade em uma relação jurídica entre sujeitos de direitos, senão iguais, ao menos distintos e independentes enquanto se limitam reciprocamente.¹⁰³

Nesse espectro, explica que a potestade estatal é uma potestade de direito, porquanto juridicamente regulamentada, o que obriga o Estado a reconhecer que seus membros são sujeitos de direito e aplicar sua potestade com relação a eles de acordo com a ordem jurídica vigente. Esse é o gérmen do Estado de direito.

¹⁰¹ Ibid., p. 203-205.

¹⁰² Tradução livre para: “*la esencia del Estado soberano determinar por si solo, por su propia voluntad, las reglas jurídicas que deberan formar la limitacion de su potestad soberana.*” Ibid., p. 222.

¹⁰³ Tradução livre para: “*el hecho de que el Estado se limite a sí mismo obligándose a no ejercer su dominación más que en ciertas condiciones y según ciertas reglas; el hecho de que, hasta en el ejercicio la cualidad y los derechos de personas distintas de sí mismo, y el hecho, por fin, de que, hasta em el uso que se hace de su soberanía, se considera ligado con dichas personas por ciertas obligaciones o restricciones, todo ello es suficiente para convertir su potestad en una relación jurídica entre sujetos de derecho, si no iguales, al menos distintos e independientes en cuanto se limitan reciprocamente.*” Ibid., p. 244.

Carré de Malberg, no livro *Teoria Geral do Estado*, traz uma importante distinção entre Estado de polícia, Estado legal e Estado de direito. O Estado de polícia é aquele no qual a autoridade administrativa, de forma discricionária e com grande liberdade de decisão, aplica aos cidadãos as medidas que julgar úteis ao alcance do objetivo proposto, lastreia-se na ideia de que os fins justificam os meios. O Estado legal, por sua vez, preconiza que a autoridade administrativa deve, em todos os casos e a respeito de todas as matérias, subordinar-se ao órgão legislativo, no sentido de que não poderá atuar senão em execução ou por autorização de uma lei. Denota-se que impõe vínculos rígidos à atuação administrativa e esgota seus efeitos na relação entre administração e lei.

Já o Estado de direito é estabelecido no interesse dos cidadãos e tem por fim preservá-los e defendê-los contra as arbitrariedades das autoridades estatais. Assim, as autoridades administrativas não podem contrariar as leis existentes nem se afastar delas, obrigando-se a atuar conforme a lei e assegurando-se aos administrados o direito de recorrer à autoridade jurisdicional com vistas à anulação ou reforma do ato administrativo praticado em confronto com a lei. Outrossim, o legislador também não pode editar leis que violem direitos e liberdades individuais. Portanto, no Estado de direito as limitações se dirigem tanto às autoridades administrativas quanto às legislativas.¹⁰⁴ Destarte, Carré de Malberg conclui que o Estado francês não é um de Estado de direito em toda sua plenitude, dada a onipotência do Parlamento na Terceira República.

Como corolário do Estado de direito, tem-se o princípio da separação de poderes, uma vez que, com a divisão de competências e especialização de funções entre autoridades independentes e equivalentes, busca-se preservar a liberdade dos cidadãos, garantindo que cada um dos poderes seja exercido dentro das atribuições que lhe são próprias. Contudo, Carré de Malberg discorre que a aplicação desse princípio da forma proposta por Montesquieu é inaceitável.

Segundo aquele, este último decompõe e secciona a potestade estatal em três poderes principais, suscetíveis de atribuir a três classes de autoridade independentes. Assim, Montesquieu apresenta um sistema de pluralidade de autoridades pautado na pluralidade de poderes, o que se revela inconciliável com o princípio da unidade do Estado e de sua potestade de dominação.¹⁰⁵ O jurista

¹⁰⁴ Ibid., p. 449-451.

¹⁰⁵ Ibid., p. 760-761.

alsaciano aponta que, na verdade, os titulares da potestade estatal, carecem de personalidade própria diversa daquela do Estado, sendo apenas seus órgãos e, como tais, exercem, em sua esfera de competência, a potestade estatal, sem afetar a unidade do Estado.

Além disso, refere que a separação de funções com afetação exclusiva de cada uma delas a um determinado órgão é irrealizável. De um lado, para alcançar os fins estatais determinados, cada órgão fica encarregado de múltiplos atos que, por sua natureza, demandam várias funções. De outro, entre as funções de legislar, administrar e julgar, em sentido material, há vários pontos de contato e algumas zonas limítrofes, que compreendem atribuições que participam de uma só vez de dois poderes funcionais. Diante disso, fica claro que a competência dos órgãos não coincide com divisão material de funções.¹⁰⁶

Carré de Malberg ainda menciona que Montesquieu se baseia na igualdade entre os poderes, o que é impraticável. Primeiro, argue que nenhuma das constituições francesas chegou sequer a estabelecer a equivalência entre os poderes. Portanto, não tem previsão no estatuto do próprio Estado. Em segundo lugar, argumenta que a hierarquia verificada entre as funções gera inevitavelmente uma desigualdade correspondente entre os órgãos. No caso da França, após a Revolução de 1789, denota-se a proeminência do corpo legislativo (2001, p. 783-786). Ao final, ressalta que a igualdade não pode ser mantida entre órgãos que representam elementos sociais e políticos distintos, pois cada um deles tende a buscar o aumento de sua potestade e pode ser que algum se torne efetivamente mais poderoso que o outro (2001, p. 792-793).

No sistema jurídico francês analisado por Carré de Malberg, a teoria da separação de poderes consiste em atribuir a cada classe de órgão ou de autoridade graus diferentes de potestade no exercício das funções, as quais são semelhantes em grande parte. Nessa perspectiva, os órgãos do Estado exercem a mesma potestade em graus desiguais, o que se observa nas relações entre os poderes legislativo e executivo: há uma potestade única que se manifesta, em grau superior, por atos de vontade inicial e, em grau inferior, por atos de execução das leis.¹⁰⁷

Há uma grande dificuldade em concretizar a limitação de poderes segundo a Constituição da França de 1875. Isso porque, enquanto a autoridade judicial

¹⁰⁶ Ibid., p. 766-770.

¹⁰⁷ Ibid., p. 845.

encontra-se proibida de invadir as esferas de atribuição legislativa e administrativa, o Executivo fica circunscrito à prática dos atos autorizados pela lei e o chefe do governo só exerce suas competências pela mediação dos Ministérios em estreita dependência das Câmaras, o Poder Legislativo carece de limitações rígidas.

Cabe destacar que, o regime constitucional de 1875 outorgou ao Parlamento potestade legislativa e constituinte, convertendo-o em órgão supremo do Estado. Portanto, a potestade de criação do direito é quase ilimitada, sendo impossível subordinar a validade dos atos legislativos ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário como acontece nos Estados Unidos, por exemplo ou mesmo garantir aos cidadãos qualquer tipo de recurso contra os atos legislativos em caso de ofensa a direitos e liberdades individuais.¹⁰⁸

Então, a solução encontrada na França para moderar a potestade do Parlamento reside no princípio da soberania nacional. Assim, “*nenhum indivíduo ou grupo de indivíduos pode apropriar-se de uma maneira absoluta e exclusiva do poder de expressar a vontade da nação.*”¹⁰⁹ O órgão legislativo é limitado tão somente pelo caráter transitório do mandato, já que se seus membros são investidos na função por intermédio de eleições periódicas e atuam por prazo determinado.¹¹⁰ Isso faz com que haja contínua possibilidade de revisão dos atos emanados dos legisladores passados.

Essa precariedade de limites imposta aos atos legislativos é alvo da crítica de Carré de Malberg. De acordo com Laquièze¹¹¹, apesar de a juspublicística francesa ter consciência de que a instauração do verdadeiro Estado de direito depende do controle de constitucionalidade da lei por parte do juiz, constata-se grande dificuldade de encontrar uma justificativa no direito positivo tanto pelo “*temor de que um juiz político possa usurpar o poder*” quanto pela “*ausência de normas suficientes de referência*”, visto que as disposições constitucionais de 1875 não admitiam o controle de constitucionalidade jurisdicional das leis e atos normativos.

Frisa-se que, na França, só existia controle de constitucionalidade *a priori*, isto é, entre a adoção da lei pelo Parlamento e sua promulgação pelo Presidente da

¹⁰⁸ Ibid., p. 217-218.

¹⁰⁹ Tradução livre para: “*ningún individuo ni ninguna agrupación de individuos puede apropiarse de una manera absoluta y exclusiva el poder de expresar la voluntad de la nación.*” Ibid., p. 219.

¹¹⁰ Ibid., p. 861.

¹¹¹ LAQUIÉZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (Organizadores). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 338-378.

República até 1º de março de 2010 quando foi introduzido no artigo 61-1 à Constituição da V República, o qual instituiu o procedimento da questão prioritária de constitucionalidade. Logo, o controle de constitucionalidade *a posteriori* pelo Judiciário é relativamente recente em solo francês.

2.2 Rule of Law inglês: a Teoria da Separação dos Poderes e a construção do Common Law a partir da atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário

Em território inglês, o destaque inicial dirige-se a Thomas Hobbes, cuja obra-prima, *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, publicada em 1651, abre a Modernidade ao empreender a “*secularização do Absolutismo em bases filosóficas e consensuais*”¹¹², na medida em que a fonte do poder político é desatrelada de qualquer fundamento divino ou transcendental. O autor em questão tece suas reflexões em um momento histórico marcado por grave instabilidade política decorrente

da resistência, embora agonizante, das velhas estruturas medievais, o choque entre a Igreja e o Estado naquele período de transição de era e o conflito entre a Coroa e o Parlamento na Inglaterra do Século XVII.¹¹³

Nesse cenário, Hobbes conclui que a divisão de poder entre pessoas, grupos e instituições conduz ao caos e, por isso, a ordem só pode ser alcançada quando todo o poder se concentra em uma só entidade.

O título do célebre livro faz referência à figura bíblica citada no Antigo Testamento¹¹⁴, o Leviatã, encarado como uma fera marinha, de aparência monstruosa, que se apresenta de forma destemida e detém uma força incontrastável. Observa-se, pois, que o doutrinador inglês lança mão de uma metáfora para sustentar a exigência de um Estado forte e absoluto tal qual o Leviatã. De acordo com Martins Neto¹¹⁵, Hobbes por vezes foi mal interpretado, uma vez que concebe o Leviatã como um monstro benéfico que se opõe ao Behemoth

¹¹²BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003, p. 24.

¹¹³MARTINS NETO, João dos Passos. *Uma introdução ao Estudo do Leviatã*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas). Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 1993, p. 55-56.

¹¹⁴As citações sobre o Leviatã no Antigo Testamentos podem ser encontradas nos Livros de Jó (Capítulo 41) e de Isaías (Capítulo 27).

¹¹⁵MARTINS NETO, João dos Passos. *Uma introdução ao Estudo do Leviatã*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas). Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 1993, p. 3.

(hipopótamo), tratado como criatura maligna que encarna a guerra civil, isto é, o Não-Estado.

Nesse sentido, o pensamento hobbesiano recorre à imagem simbólica do Leviatã para defender que apenas o Estado possibilita a convivência social pacífica, bloqueando o natural estado de conflito entre os homens. Em outras palavras, somente um poder comum é capaz de constranger as ações humanas em favor da preservação de todos.

Ao contrário de Aristóteles, para o qual o homem é um animal político¹¹⁶, visto que apresenta natureza propensa à convivência em sociedade, Thomas Hobbes assevera que a sociedade é criada a partir de um pacto artificial celebrado entre os homens. Em resumo, o filósofo inglês entende que os homens são naturalmente iguais quanto às faculdades do corpo e do espírito e essa equivalência de capacidades constitui a causa pela qual, quando desejam a mesma coisa e não podem aquinhoá-la em partes iguais, tornam-se inimigos. Diante dessa situação de desconfiança mútua, resta aos homens antecipar-se aos demais e subjugar uns aos outros mediante o emprego de força ou astúcia, a fim de zelar pela própria sobrevivência. Com efeito, tem-se uma guerra de todos contra todos.

À primeira vista, poderia prevalecer a ideia de que Hobbes supõe que o homem é naturalmente mau e age de forma violenta sem causa aparente. Mas, na verdade, o autor em comento entende que o homem inflige danos ao outro para assegurar a própria preservação porque este representa uma ameaça à sua potência.¹¹⁷

No estado de natureza, não há espaço para as noções de bem e mal e de justiça e injustiça. Isso porque essas noções “*não pertencem às faculdades do corpo e do espírito*”¹¹⁸ e, dessa forma, não existiriam em um homem sozinho do mundo. Elas pressupõem a vida do homem em sociedade e a existência de algum árbitro por todos reconhecido para determinar a medida do certo e do errado.

Assim, “*ante a falta de uma potestade natural, legítima e eficaz para impor comportamentos uniformemente, nada que um homem faça pode vir a ser considerado propriamente injusto.*”¹¹⁹ Como não há leis, ninguém pode alegar sua inobservância pela outra parte e cada um acaba legislando em causa própria. Do

¹¹⁶ ARISTÓTELES. *A Política*. Coleção Filosofia. Lebooks Editora, 2019, p.53.

¹¹⁷ MAGALHÃES, Rogério Silva de. O direito à vida nos elementos da Lei natural e Política de Hobbes. *Cadernos Espinosanos*, XXIII., No. 23, 2010, p.164-165.

¹¹⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 134.

mesmo modo, não há propriedade ou domínio e, por conseguinte, não é possível distinguir aquilo que pertence a um e o que cabe ao outro, já que incumbe a cada homem tão somente o que ele é capaz de obter e conservar.

De acordo com Hobbes, a superação dessa condição ocorre pelo emprego das paixões e da razão. As primeiras, especialmente o medo da morte, o desejo das coisas que dão conforto e a esperança de atingi-las mediante o trabalho, levam o homem à procura da paz. A última sugere normas (denominadas leis da natureza) para alcançá-la através de um acordo entre os homens. Uma lei natural, portanto, consiste em uma *“norma ou regra geral estabelecida pela razão que proíbe o ser humano de agir de forma a destruir a sua vida ou privar-se dos meios necessários à sua preservação.”*¹²⁰

O autor inglês acrescenta que todas as leis naturais podem ser sintetizadas em um único enunciado: *“faz aos outros o que gostaria que te fizessem.”*¹²¹ E ainda recomenda que, ao agir, cada um coloque suas ações em um dos pratos da balança e o outro em prato diverso, de modo que o peso não seja alterado pelas paixões e pelo amor-próprio.

Contudo, deve-se esclarecer que as leis naturais são contrárias às paixões naturais dos homens, que os inclinam aos vícios e conduzem ao estado de guerra. Nesse sentido, há necessidade de instauração de um poder considerável para garantir o cumprimento do pacto e a observância das leis naturais a partir do medo do castigo.

De acordo com Hobbes¹²², o único caminho para instituir um poder comum, que tenha condições de defender todos das invasões estrangeiras e das injúrias que uns possam fazer aos outros, consiste em reduzir a pluralidade de vontades a uma só, atribuindo todo poder a um homem ou a uma assembleia de homens.

O Estado nasce, então, quando os homens dizem uns aos outros:

desisto de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembleia de homens, dando-lhes autoridade para isso, com a condição

¹¹⁹ MARTINS NETO, João dos Passos. *Uma introdução ao Estudo do Leviatã*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas). Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 1993, p. 30.

¹²⁰ Tradução livre para: “A law of nature, lex naturalis, is a precept, or general rule, found out by reason, by which a man is forbidden to do that which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same, and to omit that by which he thinketh it may be best preserved.” HOBBS, Thomas. *Leviathan: the matther, forme and power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*. London: 1651, p. 80.

¹²¹ Tradução livre para: “Do not that to another which thou wouldest not have done to thyself.” Ibid., p. 97.

¹²² Ibid., p. 105.

de que desistas também de teu direito, autorizando, da mesma forma, todas as suas ações.¹²³

Dessa forma, o Estado pode ser definido como

uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autor, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.¹²⁴

Em outras palavras, o Estado é, na visão de Hobbes, uma construção humana que se perfectibiliza a partir de um acordo de vontades, por meio do qual ocorre a passagem do Não-Estado (estado de natureza) ao Estado (estado de civilização). De acordo com Martins Neto¹²⁵, o contratualista entende que

É preciso unir essa multidão desordenada em torno de um vértice comum, de tal modo que o que seja justo ou injusto para uns também o seja para os outros, ficando assim estabelecidos os limites dentro dos quais cada qual pode licitamente agir para realizar suas ambições.

A titularidade do Estado é exercida pelo soberano, que submete todos os demais, chamados súditos, ao seu poder e é adquirido por instituição, quando os homens voluntariamente decidem se submeter a um homem ou a uma assembleia de homens com o intuito de se proteger contra os demais. Desse pacto, que resulta na criação do Estado, decorrem todos os direitos e faculdades daquele que exerce o poder soberano.

Inicialmente, é vedado aos homens celebrar um novo pacto entre si, a fim de obedecerem a outro representante. Em outros termos, os súditos não podem, sem a autorização do soberano, renunciar à monarquia, restaurando o estado de guerra anterior à existência do Estado. *“Cada homem, diante de outro homem, é obrigado a reconhecer e ser considerado autor de tudo que o soberano fizer e considerar bom fazer.”*¹²⁶ Isso porque, como cada homem atribuiu a soberania àquele que é portador de sua pessoa, se o depuserem, cometerão uma injustiça, extraindo-lhe o que lhe cabe.

¹²³Tradução livre para: “I authorise and give up my right of governing myself to this man, or to this assembly of men, on this condition; that thou give up, thy right to him, and authorise all his actions in like manner.” Ibid., p. 106.

¹²⁴Tradução livre para: “one person, of whose acts a great multitude, by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author, to the end he may use the strength and means of them all as he shall think expedient for their peace and common defence.” Ibid.

¹²⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. *Uma introdução ao Estudo do Leviatã*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas). Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 1993, p. 113.

¹²⁶ Tradução livre para: “for they are bound, every man to every man, to own and be reputed author of all that already is their sovereign shall do and judge fit to be done.” *Leviathan: the matther, forme and power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*. London: 1651, p. 107.

Além disso, nenhum súdito pode libertar-se da sujeição, sob qualquer pretexto de infração. Como o direito de representar a pessoa de todos é conferido ao que se torna soberano, por meio de um pacto celebrado entre cada um e cada um e, não entre o soberano e cada um dos outros, não há que se falar em violação do pacto pelo soberano. Daí decorre o atributo da irrevogabilidade da soberania.

O filósofo inglês ainda diz que mesmo aqueles que tiverem rejeitado o soberano devem aceitá-lo e reconhecer a legitimidade de seus atos, já que foi escolhido pela maioria. O soberano jamais pode ser acusado de praticar injustiça, visto que *“quem faz alguma coisa em virtude da autoridade de um outro não pode nunca causar injúria àquele em virtude de cuja autoridade está agindo, e cada súdito é, por instituição de um Estado, autor de todos os atos e decisões do soberano.”*¹²⁷. Observa-se que Hobbes propõe uma verdadeira fusão entre o soberano e os súditos ao sugerir o espelhamento entre a vontade do primeiro e a dos últimos. Nesse sentido, aquele que detém o poder soberano não pode ser condenado à morte nem sofrer qualquer castigo infligido por parte dos súditos, na medida em que, sendo cada súdito autor dos atos de seu soberano, o primeiro puniria o segundo pelos atos praticados por si mesmo.

O soberano tem o poder de fazer tudo que repute indispensável para a conservação da paz e da segurança. Nesse ponto, evidencia-se que não há limitações explícitas à sua atuação para o alcance do fim do Estado. Incumbe-lhe, inclusive dizer quais opiniões e doutrinas são contrárias à promoção da paz e, por isso, não devem ser admitidas. Constata-se, pois, que é dado ao soberano o controle da manifestação do pensamento dos súditos.

O soberano ainda concentra as funções executiva, legislativa e judiciária, fixando o caráter indivisível da soberania. Então, cabe ao soberano representante ditar as regras que regulamentem a propriedade dos bens e as condutas humanas para que cada homem possa saber de antemão quais bens pode desfrutar e quais ações são lícitas e lhe é dado praticar. Além disso, pode conferir por lei recompensas ou imputar castigos aos súditos. O soberano também atua como árbitro, julgando os conflitos a respeito de questões de fato e de direito e tem competência para indicar conselheiros, ministros, magistrados e demais funcionários encarregados das funções administrativas, distribuir títulos de honra e atribuir ordem

¹²⁷Tradução livre para: “For he that doth anything by authority from another doth therein no injury to him by whose authority he acteth: but by this institution of a Commonwealth every particular man is author of all the sovereign doth;” Ibid., p. 109.

de lugar e dignidade aos homens em reuniões públicas e privadas, bem como declarar a guerra e promover a paz com outras nações.

Em seguida, Hobbes (2015, p. 201) resume a extensão do poder soberano nos seguintes termos:

O poder do soberano não pode, sem seu consentimento, ser transferido para outrem; ele não pode aliená-lo; não pode ser acusado de injúria por nenhum de seus súditos; não pode ser punido por eles; é juiz do que considera necessário para a paz, e juiz das doutrinas; é o único legislador, e juiz supremo das controvérsias, assim como dos tempos e ocasiões de guerra e de paz; a ele compete eleger magistrados, conselheiros, chefes e todos os demais funcionários e ministros e determinar recompensas e castigos, honrarias e ordens.

Deve-se registrar que, embora Hobbes conceba o caráter absoluto do poder soberano, ele não enxerga o seu titular como “*um déspota, um sultão que governa pelo pavor*”,¹²⁸ uma vez que a vontade do soberano não é manifestada de forma arbitrária e caprichosa, mas sim voltada à promoção da paz e da segurança dos cidadãos.

Segundo Martins Neto¹²⁹,

Vê-se como Hobbes procurou contornar, teoricamente, o risco da ilegitimidade [falta de correspondência entre a ação do soberano e o anseio dos súditos] no desempenho das funções públicas, partindo da ideia de uma racionalidade intrínseca e daí elaborando a noção de uma espécie de legitimidade presumida nos atos governamentais.

Isso decorre da necessidade de afirmação de um poder supremo capaz de resguardar a unidade do Estado, sobretudo em relação ao clero, que inspirava a resistência do povo ao poder civil. Por isso, Hobbes acaba apostando na racionalidade do soberano representante, a ponto de dispensá-lo de sofrer controles institucionais no exercício do cargo, pois considera que a sua ausência acarretaria consequências piores, regressando ao estado natural de conflito.

Denota-se, pois, que Hobbes sustenta que o poder do Estado se fundamenta na necessidade de coibir a guerra de todos contra todos, vigente no estado de natureza, a fim de alcançar a paz e obter segurança, tem origem no pacto celebrado por cada um com o outro, por intermédio do qual cada súdito é autor de todos os

¹²⁸RIBEIRO, Renato Janine. Thomas Hobbes, ou: a paz contra o clero. CLACSO, Atilio A. (Org.). *Filosofia política moderna: De Hobbes a Marx Boron*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006, p. 33.

¹²⁹ MARTINS NETO, João dos Passos. *Uma introdução ao Estudo do Leviatã*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas). Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 1993, p. 127.

atos e decisões do soberano, o qual é dotado de racionalidade intrínseca e, por isso, sua atuação governamental apresenta legitimidade presumida. O pensador inglês em comento demonstrava tanta preocupação com a instabilidade gerada pela multiplicidade de centros de autoridade que acabou concebendo o poder supremo do soberano como o mal menor, confiante que ele não cometeria abusos e praticaria os atos necessários à consecução dos fins do Estado.

Em contraponto, em 1689, John Locke publicou seus dois *Tratados sobre o governo*. O primeiro consistiu em uma refutação à obra *Patriarca* escrita por Robert Filmer, forte apoiador das monarquias absolutistas fundadas sobre o direito divino dos reis, enquanto o segundo concentrou-se na explicitação de sua própria teoria sobre as noções de governo, marcada pela consagração da liberdade republicana.

É importante elucidar que a obra política de Locke é escrita no contexto da restauração do regime monárquico com a ascensão de Carlos II ao trono, o qual enfrentava grande oposição no plano interno, levando ao embate entre dois grupos políticos bem distintos: os *whigs*, defensores da supremacia parlamentar e os *tories*, que sustentavam a proeminência do monarca. O autor inglês se posicionou contrário às práticas autoritárias perpetradas por Carlos II, mantendo vínculos com radicais revolucionários que desencadearam a Revolução Gloriosa e a construção da monarquia parlamentar na Inglaterra.¹³⁰

Locke inicia o *Segundo Tratado sobre o governo* discorrendo sobre a condição natural dos homens, definindo-a como

um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade.¹³¹

E completa, afirmando que se trata também de um estado de igualdade, caracterizado por

seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que desde seu nascimento, desfrutam juntos de vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição.¹³²

¹³⁰SOUSA, Rodrigo Ribeiro de. *John Locke e a liberdade republicana*. 2017. 358f. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 63-73.

¹³¹Tradução livre para: "a state of perfect freedom to order their actions, and dispose of their possessions and persons as they think fit, within the bounds of the law of Nature, without asking leave or depending upon the will of any other man." LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. London, 1823, p. 106.

Nesse sentido, a condição natural dos homens é descrita por Locke como um estado de liberdade e igualdade absolutas, em que cada um, por se situar em idêntica posição que o outro, pode gozar os recursos naturais disponibilizados a todos da mesma forma e detém a faculdade de agir como melhor lhe aprouver, respeitados unicamente os limites impostos pelo direito natural, sem estar, contudo, submetido à autoridade de outrem.

Com efeito, o direito natural *“se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens.”*¹³³ No estado de natureza, portanto, vigoram, as normas provenientes da razão, que visam à preservação da humanidade e à manutenção da paz, preconizando que os homens respeitem uns aos outros, evitando a prática de condutas que resultem em ofensa aos direitos alheios e ocasionem prejuízos entre si. Destarte, o direito natural prescreve que cada um fica obrigado não apenas a conservar sua própria vida, mas também, na medida do possível e todas as vezes em que sua própria conservação não está em jogo, zelar pela conservação dos outros.

Como no estado de natureza não há uma autoridade comum, incumbe a todos assegurar a execução da lei natural, *“o que implica que cada um esteja habilitado a punir aqueles que a transgridem com penas suficientes para punir as violações.”*¹³⁴ Não se trata de um poder absoluto ou arbitrário. Pelo contrário, deve ser exercido apenas no ponto em que *“a tranquilidade e a consciência o exigem”* e o *“bastante para assegurar a reparação e a prevenção”*, ou seja, na condição natural, só é dado a um homem ferir o outro a título de punição por romper a lei da natureza, quando estritamente necessário e de maneira proporcional. A lei da natureza ainda assegura somente ao prejudicado o direito de buscar a reparação do dano em face do autor da infração. Assim, a violação do direito natural dá origem a dois direitos distintos: o de punir, que pertence a todos e o indenizar, que só pode ser suscitado pela vítima.

¹³² Tradução livre para: “creatures of the same species and rank, promiscuously born to all the same advantages of Nature, and the use of the same faculties, should also be equal one amongst another, without subordination or subjection.” Ibid.

¹³³ Tradução livre para: “which obliges every one, and reason, which is that law, teaches all mankind who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his life, health, liberty or possessions;” Ibid., p. 107.

¹³⁴ Tradução livre para: “whereby every one has a right to punish the transgressors of that law to such a degree as may hinder its violation.” Ibid., p. 108.

Esse modo individualizado e disperso de execução da lei natural gera algumas debilidades. Isso porque cada um atua como juiz em causa própria e, de um lado, “*a autoestima os tornará parciais em relação a si e aos amigos*” e, de outro, “*a sua má natureza, a paixão e a vingança*”¹³⁵ podem conduzir a punições exacerbadas em relação aos outros. Além disso, a ausência de uma lei geral aceita e reconhecida pelo consentimento de todos torna o estado de natureza inseguro para aqueles que estão expostos ao julgamento de quem não observa o direito natural, agindo segundo seus próprios interesses. Do mesmo modo, a carência de um poder instituído e estruturado para garantir a execução da lei da natureza pode levar os infratores a se valerem da própria força para se esquivar da punição.¹³⁶

Locke acentua, contudo, que as inconveniências do estado natural não podem ser debeladas no âmbito das monarquias absolutistas,

onde um homem que comanda uma multidão tem a liberdade de julgar em causa própria e pode fazer com todos os seus súditos o que lhe aprouver, sem o menor questionamento ou controle daqueles que executam sua vontade.¹³⁷

Por isso, é preferível viver no estado de natureza a submeter-se a tal governo, já que no primeiro os homens não estão obrigados a obedecer à vontade injusta de outro homem e, pelo menos, cada um responde por suas condutas diante do resto da humanidade.

De acordo com Locke, o estado de natureza não se confunde com o estado de guerra. Aquele subsiste enquanto há “*homens vivendo juntos segundo a razão, sem um superior comum na terra para julgar entre eles*”, enquanto este se denota pela “*força, ou uma intenção declarada de força, sobre a pessoa do outro, onde não há superior comum na terra para chamar por socorro.*”¹³⁸

Assim, se para Hobbes, a formação da sociedade política deve-se à fuga do estado de guerra, para Locke, reside na tentativa de evitá-lo. Afinal, as debilidades

¹³⁵Tradução livre para: “that self-love will make men partial to themselves and their friends; and, on the other side, ill-nature, passion, and revenge will carry them too far in punishing others, and hence nothing but confusion and disorder will follow.” Ibid., p. 110.

¹³⁶SOUSA, Rodrigo Ribeiro de. *John Locke e a liberdade republicana*. 2017. 358f. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 227.

¹³⁷ Tradução livre para: “where one man commanding a multitude has the liberty to be judge in his own case, and may do to all his subjects whatever he pleases without the least question or control of those who execute his pleasure?” LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. London, 1823, p. 111.

¹³⁸Tradução livre para: “Men living together according to reason without a common superior on earth, with authority to judge between them, is properly the state of Nature. But force, or a declared design of force upon the person of another, where there is no common superior on earth to appeal to for relief, is the state of war.” Ibid., p. 113.

do estado de natureza podem ocasionar a sua degeneração, emergindo o risco potencial de imposição pela força da vontade arbitrária daqueles que julgam em causa própria. Por isso, a instituição da sociedade política se dá com vistas à preservação da propriedade, entendida em sentido amplo como a vida, a saúde, a liberdade e os bens dos homens. Tal desiderato só pode ser alcançado a partir de *“uma lei estabelecida, fixada, conhecida, aceita e reconhecida pelo consentimento geral para ser o padrão do certo e do errado e também a medida para decidir todas as controvérsias entre os homens”*; *“um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para dirimir todas as diferenças segundo a lei estabelecida”* e *“um poder para apoiar e manter a sentença quando ela é justa, assim como para impor sua devida execução.*¹³⁹

A passagem do estado de natureza ao estado de sociedade pressupõe a celebração de um acordo, em que cada um,

consentindo com os outros em instituir um corpo político submetido a um único governo, se obriga diante de todos os membros daquela sociedade, a se submeter à decisão da maioria e a concordar com ela.¹⁴⁰

Esse consentimento pode ser colhido de maneira expressa ou tácita, quando o sujeito se apossa ou desfruta de qualquer parte dos domínios de um governo.

A criação da sociedade política se verifica em duas etapas. Na primeira, ocorre a formação da comunidade mediante a transferência do controle individual de execução da lei à coletividade e, na segunda, o processo se completa através da atribuição, por parte da maioria, do poder executivo da lei natural a uma autoridade formalmente constituída, incumbida da aplicação da lei natural de maneira padronizada e imparcial a todos.

Sobre o consentimento, Sousa destaca que:

Diferentemente do pacto de sujeição proposto por Hobbes, no qual o vínculo político resulta apenas da instituição de um poder soberano onipotente capaz de sujeitar todos os homens, o consentimento concebido por Locke para a instituição da comunidade decorre de uma clara diferenciação entre

¹³⁹Tradução livre para: “there wants an established, settled, known law, received and allowed by common consent to be the standard of right and wrong, and the common measure to decide all controversies between them.” “There wants a known and indifferent judge, with authority to determine all differences according to the established law.” e “There often wants power to back and support the sentence when right, and to give it due execution.” Ibid., p. 159.

¹⁴⁰Tradução livre para: “And thus every man, by consenting with others to make one body politic under one government, puts himself under an obligation to every one of that society to submit to the determination of the majority, and to be concluded by it;” Ibid., p. 146.

associação política e sujeição, pois a comunidade só se justifica para a superação da dominação e afirmação da liberdade.¹⁴¹

Em outras palavras, segundo Hobbes o vínculo gerado pela sociedade política anula todas as individualidades, enquanto Locke o enxerga como forma de maximização das individualidades e, assim, a passagem do estado de natureza ao estado de sociedade constitui um processo de emancipação do sujeito, conduzido a partir do aperfeiçoamento da liberdade, livrando-o tanto da dominação perpetrada pelos outros quanto daquela exercida pelo próprio governo. Logo, não há que se falar em contraposição entre o estado natural e o estado social, tratando-se de realidades complementares.

A liberdade política, nessa toada, corresponde à liberdade exercida no seio da sociedade civil com respeito às leis comuns a todos e editadas pelo poder legislativo estabelecido por consentimento na comunidade civil. A lei não é incompatível com a liberdade; ao contrário é indispensável a ela, pois “*o objetivo de uma lei não é abolir ou restringir, mas preservar e ampliar a liberdade*”¹⁴², por ser um instrumento de contenção da violência privada ou do governo. Desse modo, ser livre no estado social significa não estar “*sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outrem.*”¹⁴³

Nessa perspectiva, o poder político, instituído a partir da composição da sociedade civil, compreende:

O direito de fazer leis, aplicando a pena de morte, ou, por via de consequência, qualquer menos severa, a fim de regulamentar e de preservar a propriedade, assim como de empregar a força da comunidade para a execução de tais leis e a defesa da república contra as depredações do estrangeiro, tudo isso tendo em vista o bem público.¹⁴⁴

Locke, de forma inovadora, apresenta que o poder político se desdobra em poder legislativo, executivo e federativo. “*O Poder legislativo é o poder supremo em toda comunidade civil*”¹⁴⁵, mas está sujeito a certos limites, visto que as leis devem ser estabelecidas e promulgadas em caráter universal, vedando-se sua alteração

¹⁴¹ SOUSA, Rodrigo Ribeiro de. *John Locke e a liberdade republicana*. 2017. 358f. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 248.

¹⁴²Tradução livre para: “the end of law is not to abolish or restrain, but to preserve and enlarge freedom.” LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. London, 1823, p. 128.

¹⁴³Tradução livre para: “cannot by compact or his own consent enslave himself to any one, nor put himself under the absolute, arbitrary power of another to take away his life when he pleases.” *Ibid.*, p. 114.

¹⁴⁴Tradução livre para: “I take to be a right of making laws, with penalties of death, and consequently all less penalties for the regulating and preserving of property, and of employing the force of the community in the execution of such laws, and in the defence of the commonwealth from foreign injury, and all this only for the public good.” *Ibid.*, p. 106.

para acomodar casos particulares, só podem ter por finalidade o bem comum, não devem fixar impostos sobre a propriedade sem o consentimento direto ou indireto do povo e o poder de editá-las não pode ser transferido a órgão diverso daquele a quem o povo confiou. Ao Poder executivo, por sua vez, compete garantir a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que a integram, ao passo que o Poder federativo se encarrega da administração da segurança e do interesse público externo.

Os poderes executivo e federativo, apesar de distintos, devem ser exercidos pela mesma pessoa, pois submeter a força pública a comandos diferentes acarretaria a desordem e a ruína. Ao revés, o Poder legislativo não pode ser colocado nas mesmas mãos dos responsáveis pela execução das leis, sob pena de *“se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de execução.”*¹⁴⁶ Ainda cumpre registrar que os poderes legislativo, executivo e federativo estão organizados segundo uma estrutura hierárquica, sendo que o primeiro se situa no topo e os demais lhe são subordinados.¹⁴⁷ Verifica-se, pois, que Locke não propõe a limitação do poder pelo poder por intermédio de um esquema de freios e contrapesos entre o monarca e o parlamento, demonstrando que a contenção do poder político é dada pela supremacia do povo.

Essa postura resta evidenciada quando o filósofo inglês sustenta que o governo não é irrevogável. Uma vez instituído com o fim de resguardar a vida, a saúde, a liberdade e os bens dos indivíduos, superando as debilidades do estado natural, quando a pessoa ou órgão a quem foi confiado se desviar do propósito inicial, violando os direitos dos indivíduos, torna-se legítima a resistência contra o governo. Isso significa que se constatada a tirania, o povo tem o direito de resistir e defender-se contra a dominação injusta¹⁴⁸

quando o governante, mesmo autorizado, governa segundo sua vontade, e não segundo as leis, e suas ordens e ações não são dirigidas à preservação das propriedades de seu povo, mas à satisfação de sua própria ambição, vingança, cobiça ou qualquer outra paixão irregular.¹⁴⁹

¹⁴⁵Tradução livre para “Though the legislative,(...), though it be the supreme power in every commonwealth.” Ibid., p. 163.

¹⁴⁶ Tradução livre para: “whereby they may exempt themselves from obedience to the laws they make, and suit the law, both in its making and execution.” Ibid., p. 167-168.

¹⁴⁷ Ibid., p. 169.

¹⁴⁸ Ibid., p. 193-194.

¹⁴⁹ Tradução livre para: “When the governor, however entitled, makes not the law, but his will, the rule, and his commands and actions are not directed to the preservation of the properties of his people, but

Assim, Locke assume uma posição vanguardista no pensamento político inglês ao sustentar o direito de insurreição do povo quando ocorrer afronta aos seus direitos naturais à vida, à saúde, à liberdade e aos bens pelos encarregados do exercício do poder político. Observa-se, pois, que o governo legítimo e o direito de resistência estão fundamentados sobre a mesma base, qual seja, o alcance dos fins do Estado, o que transparece pelo seguinte questionamento:

O objetivo do governo é o bem da humanidade, e o que é melhor para a humanidade, que o povo deva sempre estar exposto à vontade desenfreada da tirania, ou que os governantes às vezes enfrentem a oposição quando exorbitam de seus direitos no uso do poder e o empregam para a destruição e não para a preservação das propriedades de seu povo?¹⁵⁰

Portanto, se a centralização do poder político na figura do Estado serviu, no início da Era Moderna, para superar a anarquia feudal e conter a violência privada, Locke identifica que esse mecanismo de proteção também poderia ser perigoso aos indivíduos. Por isso, demonstra grande preocupação com a limitação do poder do Estado, resguardando inclusive o direito de resistência popular como forma de luta contra as arbitrariedades do poder político.

No fim do século XVII, com o término da chamada Revolução Gloriosa, em 1688, a partir da coroação de Guilherme de Orange, chamado de Guilherme III, pôs-se fim à dinastia Stuart e o Parlamento passou a exercer um controle mais efetivo sobre as ações do rei, porquanto atuava como legítimo representante do povo e, nessa perspectiva, guardião dos direitos e liberdades dos ingleses.¹⁵¹ Instaura-se, dessa forma, a monarquia parlamentar.

Com isso, a crença de que o próprio sistema jurídico inglês tinha aptidão para limitar o poder real e garantir os direitos e liberdades dos ingleses passou a ser amplamente difundida.¹⁵² Nesse espectro, Albert Venn Dicey conclui que o espírito e não a forma das instituições inglesas teve o mérito de garantir o *Rule of law* na

the satisfaction of his own ambition, revenge, covetousness, or any other irregular passion." Ibid., p. 192.

¹⁵⁰ Tradução livre para: "The end of government is the good of mankind; and which is best for mankind, that the people should be always exposed to the boundless will of tyranny, or that the rulers should be sometimes liable to be opposed when they grow exorbitant in the use of their power, and employ it for the destruction, and not the preservation, of the properties of their people? Ibid., p. 205-206.

¹⁵¹ BARROS, Alberto de. Revolução Inglesa e constitucionalismo. In: *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 167-168.

¹⁵² SANTORO, Emilio. Rule of Law e liberdade dos ingleses: a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro, SOLO, Danilo (Orgs.). *Estado de Direito: teoria, história e crítica*, tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 202.

Inglaterra em uma época em que era desconhecido em todos os grandes países da Europa, justamente por se tratar de uma ideia profundamente enraizada na história de seu desenvolvimento nacional, político, social e institucional.¹⁵³

Em sua obra máxima, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, lançada pela primeira vez em 1885, o autor em questão discorre que o direito constitucional inglês está apoiado em dois princípios jurídicos fundamentais: a soberania parlamentar e o *Rule of law*. Dicey¹⁵⁴ define o primeiro nos seguintes termos:

O princípio da Soberania do Parlamento significa nada mais nada menos do que o próprio nome indica, que o Parlamento, assim definido, tem, na Constituição Britânica, o direito de fazer e desfazer qualquer lei; e, mais, que nenhum homem ou organização é reconhecido pela lei da Inglaterra por ter o poder de sobrepujar ou desconsiderar a legislação do Parlamento (1982, p. 3-4).¹⁵⁵

Desse modo, o princípio citado possui um sentido positivo e outro negativo. Conforme aquele, qualquer *Act of Parliament* ou qualquer parte de um *Act of Parliament*, que institui um novo direito ou revoga ou modifica um direito existente deve ser observado pelos Tribunais. De acordo com este último, nenhum indivíduo ou grupo de indivíduos, sob a Constituição inglesa, pode editar regras que sobreponham ou derroquem um *Act of Parliament* e muito menos impor que as Cortes judiciais as sigam em detrimento de um *Act of Parliament*.

¹⁵³WALTERS, Mark D. The Spirit of Legality: A. V. Dicey and the Rule of Law. In: MEIERHENRICH, Jens; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The Cambridge Companion to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 156.

¹⁵⁴ Com base na obra de Dicey, Tom Bingham sustenta que “*the core of the existing principle of the rule of law: that all persons and authorities within the state, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly made, taking effect (generally) in the future and publicly administered in the courts*” (In: *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010, p. 8). No entanto, vai além ao sugerir oito princípios que constituem desdobramentos dessa ideia geral, associando o *Rule of Law* a uma ampla gama de arranjos institucionais enraizados em compromissos normativos fortemente associados com a democracia liberal. 1) a lei deve ser acessível e, tanto quanto possível, inteligível, clara e previsível; 2) questões de direito e responsabilidade legais devem normalmente ser resolvidas pela aplicação da lei e não pelo exercício de discricionariedade; 3) as leis do país devem ser aplicadas igualmente a todos, exceto na medida em que diferenças objetivas justifiquem a diferenciação; 4) os ministros e funcionários públicos em todos os níveis devem exercer os poderes que lhes são conferidos de boa fé, de forma justa, para os fins para os quais os poderes foram conferidos, sem exceder os limites de tais poderes e não desarrazoadamente; 5) As leis devem proporcionar condições adequadas de proteção dos direitos humanos fundamentais; 6) Devem ser fornecidos meios para resolução, sem custos proibitivos ou atrasos excessivos, das disputas civis de boa-fé que as próprias partes não sejam capazes de resolver por si mesmas; 7) O procedimento dado pelo Estado para resolução dessas disputas deve ser justo e 8) O *Rule of Law* exige que o Estado cumpra com as suas obrigações de direito internacional e de direito nacional.

¹⁵⁵Tradução livre para: “*The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.*”

Dicey ainda reflete que a autoridade legislativa do Parlamento é ilimitada, no sentido de que tal instância pode legislar sobre qualquer matéria que a seu critério seja passível de regulamentação legal, sem se sujeitar a quaisquer restrições impostas por preceitos morais, prerrogativas ou até mesmo *Acts of Parliament* precedentes. Destarte, lança mão de um provérbio dito por De Lome para facilitar a compreensão de sua tese, afirmando que “o Parlamento pode tudo menos transformar uma mulher em um homem e um homem em mulher.”¹⁵⁶

Outrossim, sublinha que nenhum outro poder pode rivalizar com a soberania do Parlamento, que ocupa uma posição de supremacia na ordem interna. Santoro assevera que Dicey, nesse ponto, foi influenciado pela teoria da soberania de John Austin, para o qual “em um Estado deve existir um órgão soberano, isto é, um órgão cuja competência não seja predefinida e cujo poder não esteja sujeito a nenhum limite.”¹⁵⁷

Vale destacar que, Dicey esclarece que o termo soberania deve ser compreendido em uma concepção jurídica, visto que “os eleitores são uma parte e a parte predominante do poder soberano politicamente.”¹⁵⁸ Portanto, o Parlamento detém a soberania jurídica, ao passo que a soberania política remanesce nas mãos dos cidadãos. Apesar dessa divergência, os cidadãos não tendem a opor resistência ao Parlamento, uma vez que

os desejos permanentes da porção representativa do Parlamento dificilmente podem, a longo prazo, diferir dos desejos do povo inglês, ou, pelo menos, dos eleitores; aquilo que a maioria da Câmara dos Comuns ordena, a maioria dos ingleses geralmente deseja.”¹⁵⁹

Do princípio da soberania parlamentar ainda decorrem três aspectos relevantes: todas as leis podem ser alteradas pelo Parlamento sejam ordinárias ou constitucionais, seguindo os mesmos procedimentos; não há distinção clara ou precisa entre as leis ordinárias e as leis constitucionais, o que está diretamente

¹⁵⁶ DICEY, Albert Venn. *Introductions to the study of the law of the constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982, p. 5.

¹⁵⁷ SANTORO, Emilio. Rule of Law e liberdade dos ingleses: a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (Orgs.). *Estado de Direito: teoria, história e crítica*, tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 216.

¹⁵⁸ Tradução livre para: “*The electors are a part of and predominant part politically sovereign power.*” DICEY, Albert Venn. *Introductions to the study of the law of the constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982, p. 29.

¹⁵⁹ Tradução livre para: “*The permanent wishes of the representative portion of parliament can hardly in the long run differ from the wishes of the English people, or at any rate of the electors; that which the majority of the House of Commons command, the majority of the English people usually desire.*” (1982, p. 34).

associado à ausência de uma constituição escrita na Inglaterra e, por fim, a inexistência de qualquer autoridade, seja judicial ou não, que tenha direito de decretar a nulidade de um *Act of Parliament* ou reputá-lo inconstitucional.¹⁶⁰

Quanto ao segundo princípio jurídico fundamental da constituição inglesa, o *Rule of law*, inicialmente cabe ponderar que Dicey não criou essa expressão, a qual já tinha sido empregada em momento anterior por William Edward Hearn, em seu livro intitulado *The Government of England: The structure and its development*, cuja primeira edição veio a público em 1866.¹⁶¹ No entanto, inegavelmente, Dicey foi o responsável por popularizar o uso do referido termo, dado o destaque que seus escritos receberam no campo do direito público inglês.

O autor em debate afirma que esse princípio do direito constitucional inglês se encontra expressa no velho brocardo: “*A lei é a mais alta herança que o rei possui; porque pela lei o rei e todos os seus súditos são regidos, e se a lei não prevalece, não há rei nem herança*”¹⁶² e acrescenta que o *Rule of law* apresenta três sentidos distintos, mas interconectados entre si.

De acordo com o primeiro, “*nenhum homem é punível ou pode legitimamente ser atingido, no seu corpo ou nos bens, exceto por uma precisa violação do direito apurada nos tribunais ordinários do país.*”¹⁶³ Desse modo, o *Rule of law* propugna o respeito à estrita legalidade, determinando que qualquer ato do governo que incida sobre a liberdade ou a propriedade individual deve estar previsto em lei e se orientar pelos procedimentos nela previstos.

O segundo sentido do *Rule of law* insinua que “*todo homem, qualquer que seja sua posição ou condição, está sujeito ao direito ordinário do reino e submetido à jurisdição dos tribunais ordinários.*”¹⁶⁴ Dele sobressaem tanto a unicidade do sujeito de direito quanto a unicidade de jurisdição. O primeiro ensina que todos, sem qualquer exceção, devem obediência à lei e o último impõe que todos sejam submetidos aos mesmos tribunais.

¹⁶⁰ Ibid., p. 39.

¹⁶¹ SANTORO, Emilio. Rule of Law e liberdade dos ingleses: a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (Orgs.). *Estado de Direito: teoria, história e crítica*, tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 215.

¹⁶² Tradução livre de: “*La ley est le plus haute inheritance, que le roy ad; car par la ley it même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roi, et nul inheritance sera.*”

¹⁶³ Tradução livre para: “*No man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary Courts of the land.*” Ibid., p. 110.

¹⁶⁴ Tradução livre para: “*Every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of real and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals.*” Ibid., p. 114.

Essa concepção de Dicey, que ultrapassa a mera igualdade dos sujeitos perante a lei, exigindo “*a sujeição universal de todas as classes às mesmas leis administradas pelas Cortes ordinárias.*”¹⁶⁵ demarca uma eloquente crítica ao modelo francês, em que a atuação dos agentes públicos era disciplinada especificamente pelo direito administrativo e a responsabilidade pelas condutas praticadas no exercício da função era julgada por um tribunal próprio, o Conselho de Estado. Segundo ele, o sistema francês acabava concedendo aos agentes públicos uma posição privilegiada em detrimento dos cidadãos em geral.

De acordo com Santoro,

por si só, o princípio da legalidade não pode garantir a absoluta supremacia do direito ordinário e excluir a existência do arbítrio, de privilégios ou também de uma ampla autoridade discricional por parte do governo.”¹⁶⁶

Isso só ocorre mediante sua combinação ao princípio da unicidade de jurisdição, “*que exclui que os agente públicos ou outras classes de cidadãos possam se subtrair à jurisdição das Cortes ordinárias e, desse modo ficar tacitamente isentos da observância da lei ordinária válida para todos.*”¹⁶⁷

O terceiro sentido, por sua vez, está consubstanciado na expressão de que “*o Rule of law ou a predominância do espírito legal podem ser descritos como um atributo especial das instituições inglesas.*”¹⁶⁸ Isso porque os princípios gerais são o resultado de decisões judiciais que determinam os direitos dos cidadãos em casos particulares levados a juízo. Ao contrário dos demais países da Europa ocidental, em que eles decorrem diretamente da constituição.

Assim, enquanto nos outros países, a consagração dos direitos individuais depende da declaração escrita na constituição, na Inglaterra, a tutela dos direitos individuais é resguardada pelas decisões judiciais e o direito constitucional não é outra coisa senão a generalização dos direitos que os tribunais garantem aos indivíduos. Dessa forma, Dicey visa acentuar o papel fundamental das Cortes judiciais no processo de constitucionalização dos direitos e liberdades dos ingleses.

¹⁶⁵Tradução livre para: “[...] *the universal subjection of all classes to one law administered by the ordinary Courts.*” Ibid.

¹⁶⁶ SANTORO, Emilio. Rule of Law e liberdade dos ingleses: a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (Orgs.). *Estado de Direito: teoria, história e crítica*, tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 220.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸Tradução livre para: “[...] *the rule of law or the predominance of legal spirit may be described as a special attribute of English institutions.*” DICEY, Albert Venn. *Introductions to the study of the law of the constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982, p. 115.

O autor em questão assinala que essa característica faz com que os direitos e liberdades individuais estejam melhor salvaguardados na Inglaterra do que nos outros países, os quais se preocuparam com a definição, conferindo pouca atenção à provisão de instrumentos adequados à sua efetiva proteção. Em solo inglês, diversamente, como o próprio modo de produção dos direitos e liberdades individuais está indissociavelmente vinculado à sua tutela, a demanda de concretização é atendida de forma mais satisfatória.

Por vezes, os princípios gerais da soberania do Parlamento e do *Rule of law* parecem estar em contradição, o que é meramente ilusório, visto que a soberania do Parlamento, na verdade, favorece o *Rule of law* em virtude de duas peculiaridades do sistema inglês. Em primeiro lugar,

os comandos do Parlamento (composto pela coroa, pela câmara dos lordes e pela câmara dos comuns) só podem ser proferidos através da ação combinada das três partes constituintes e devem, portanto, sempre assumir a forma de deliberações legislativas formais.¹⁶⁹

Assim, a vontade do Parlamento só pode ser expressa por intermédio de um *Act of Parliament*, sendo-lhe vedado emanar ordens *ad hoc* e individualizadas através de decretos. Além disso, “o Parlamento inglês, salvo em períodos de revolução, nunca exerceu diretamente o poder executivo ou indicou oficiais do governo executivo.”¹⁷⁰ Diante disso, é possível perceber que, mesmo soberano, o Parlamento jamais lançou mão de seus poderes governamentais para interferir no curso regular do direito.

Do mesmo modo, o *Rule of law* favorece a soberania parlamentar. Observa-se que há situações críticas como uma guerra civil ou em caso de invasão estrangeira, por exemplo, em que a ação do Executivo não pode ser bloqueada pela rigidez do direito. Nesses casos, mesmo os poderes excepcionais eventualmente atribuídos ao Executivo “são conferidos ou sancionados por lei, nunca são realmente ilimitados, pois estão confinados às palavras da própria lei e, mais ainda, pela interpretação dada à lei pelos juízes.”¹⁷¹ Nesse espectro, o Executivo, que tem

¹⁶⁹ Tradução livre para: “*The commands of parliament (consisting as it does of the crown, the house of lords and the house of commons) can be uttered only through the combined action of its three constituent parts, and must, therefore, always taken the shape of formal and deliberate legislation.*” Ibid., p. 268.

¹⁷⁰ Tradução livre para: “[...] *the English parliament as such has never, except at periods of revolution, exercised direct executive power or appointed the officials of the executive government.*” Ibid., p. 269.

¹⁷¹ Tradução livre para: “[...] *are conferred or sanctioned by statute, are never really unlimited, for they are confined by the words of the Act itself, and what is more, by the interpretation put upon the statute*

autoridade para executar as leis e que poderia, de alguma forma, interferir no curso regular do direito, não apresenta condições de fazê-lo, pois não é soberano.

É possível constatar que Dicey apoia a relação de compatibilidade entre os princípios gerais da soberania parlamentar e do *Rule of law* na atuação das Cortes, incumbindo-lhes o papel de aplicar o direito a partir da interpretação da lei segundo o “*espírito do common law*.”¹⁷² Santoro, nessa toada, anuncia que:

[...] para que uma norma seja transformada em direito, de modo estável, é preciso não apenas que ela tenha sido aprovada pelo Parlamento segundo determinadas modalidades – isto é, que seja um *Act of Parliament* –, mas que tenha sido também examinada à luz dos padrões, dos valores e dos próprios princípios do *common law*.¹⁷³

Em última análise, não é dado às Cortes negar aplicação às leis elaboradas pelo Parlamento, mas podem interpretá-las de modo a salvaguardar os direitos e as liberdades dos ingleses inscritos na tradição do *common law*. Em outras palavras, o Parlamento, por seu soberano, pode editar a lei como deseja, o Judiciário, por sua vez, não tem a prerrogativa de declará-la nula ou reconhecer sua inconstitucionalidade, cabendo-lhe unicamente inserir a aplicação da lei nos parâmetros do *common law*.

Essa perspectiva decorre diretamente dos eventos que se sucederam durante a história político-constitucional inglesa, uma vez que as Cortes foram aliadas do Parlamento durante a Revolução Gloriosa, deixando de contestar diversos atos que culminaram na instauração da monarquia parlamentar. Como forma de retribuição, o Parlamento passou a zelar pela independência dos juízes.

Destarte, a tese diceyana agrega novos elementos ao estudo do Estado de direito ao atribuir às Cortes “*um poder não só formalmente independente, mas também dotado de uma própria função normativa e autônoma*.”¹⁷⁴ Assim, o autor em estudo concede destaque ao Judiciário no processo de criação do direito à luz da arraigada tradição do *common law* como forma de conter o voluntarismo legislativo com vistas à proteção dos direitos e liberdades individuais.

by the judges.” Ibid., p. 273.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ SANTORO, Emilio. Rule of Law e liberdade dos ingleses: a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro, SOLO, Danilo (Orgs.). *Estado de Direito: teoria, história e crítica*, tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 246.

¹⁷⁴ Ibid., p. 261.

2.3 *Rechtsstaat*: O primado da legalidade e a consagração dos direitos subjetivos

A expressão Estado de direito (*Rechtsstaat*) foi empregada pela primeira vez por Johann Wilhelm Placidus, em 1798, na Alemanha. Segundo Gozzi¹⁷⁵, a doutrina alemã do Estado de direito é caracterizada por três perspectivas: a conservadora, que tem como expoente Friedrich Julius Stahl; a liberal, na qual se destaca Robert Von Mohl e a solução de compromisso entre o conservadorismo e o liberalismo, que tem em Georg Jellinek, um dos autores de maior renome.

Cada uma dessas perspectivas procede de diferentes visões políticas e, em consequência, manifesta formas diversas de enxergar a relação entre Estado e sociedade. Enquanto uma fala da soberania como propriedade do Estado, a outra atribui sua posse ao povo. Se uma delas coloca no centro a figura do soberano como representante do Estado, a outra eleva o cidadão. Além disso, uma delas tem foco nos deveres e a outra, diversamente, nos direitos dos cidadãos.¹⁷⁶

Friedrich Julius Stahl inicia o Livro IV, a *Doutrina do Estado e os Princípios do Estado de Direito*, obra central da coletânea *A Filosofia do Direito*, publicada em 1845, sustentando que a doutrina do Estado está fundamentada na ideia de reino ético, que consiste em um conceito ético supremo, presente em todas as relações e circunstâncias da condição humana e pertencente às esferas religiosa, moral e legal na mesma medida. Nesse espectro, ele enxerga a ordem civil como um reino ético, uma vez que

há um governo estabelecido sobre os homens, um governo de caráter pessoal, i. e. consciente de si e com controle sobre as próprias ações, tendo real poder sobre os homens; só aqui o domínio da personalidade natural real é substituído pela instituição organizada (o organismo estatal); e a condição natural perfeita, ou pelo menos ordenada, é que ela tenha seu centro mais íntimo também em uma personalidade natural (a monarquia).¹⁷⁷

¹⁷⁵GOZZI, Gustavo. Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 332.

¹⁷⁶MEIERHENRICH, Jens. *Rechtsstaat versus the Rule of Law*. In: MEIERHENRICH, Jens; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The Cambridge Companion to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 42.

¹⁷⁷Tradução livre para “*the civil order, then, likewise is an ethical kingdom. here as well, there is rule established over men, rule of personal character, i. e. conscious of itself and with control over its own actions, having a real power over men; only here, the rule of real natural personality is replaced by the organized institution (the state organism); and the perfect, or at least ordered natural condition, is for it to have its innermost center likewise in a natural personality (the monarchy).*” STAHL, Friedrich Julius. *The Doctrine of State: the Principles the State of Law*. London: Wordbridge Pub.2009, p. 73.

A ideia de reino ético apresenta as seguintes características: a presença de uma autoridade elevada sobre os homens, que lhe devem obediência e respeito; um conteúdo ético razoável, que serve como forma de contenção do governante; leis do Estado, transmitidas ao longo do curso da história e obrigatórias tanto para o príncipe quanto para o povo, além do reconhecimento da nação como uma comunidade ética e independente, cujos súditos obedecem livremente às leis porquanto constituem expressão e obrigação de sua própria essência ética.

Nessa toada, de acordo com a forma de sua existência, o Estado pode ser compreendido como “*uma associação de pessoas sob um governo*”¹⁷⁸ e, em termos de conteúdo, revela-se como um reino ético, composto por três propósitos inseparáveis e que se permeiam mutuamente: o bem-estar das pessoas, a manifestação de uma profusão de pensamentos e o governo de santidade e justiça. Esse conteúdo ético só pode ser levado a efeito através do direito, ou seja, por intermédio de comandos e instituições externas e coercíveis e, por essa razão, em extensão restrita e apenas negativa, considerando que a realização plena e positiva das ideias éticas é uma questão que diz respeito à liberdade dos indivíduos e à convicção ética comum.¹⁷⁹

Dessa forma, Stahl preconiza que o Estado deve ser um Estado de direito, o que expressa a solução e também a tendência de sua época. Isso porque é preciso determinar os limites da atividade do Estado e assegurar a esfera de liberdade dos seus cidadãos. O conceito de Estado de direito, então,

não significa que o Estado simplesmente se limite a manter ordenamento jurídico sem objetivos administrativos nem meramente proteger os direitos dos indivíduos. O Estado de Direito não se caracteriza, absolutamente, pela finalidade ou pelo conteúdo do Estado, mas somente pelo modo (Art) e à maneira (Charakter) de realizá-los.¹⁸⁰

No Estado de direito, o domínio tem um duplo elemento: o poder estatal, isto é, o poder exercido pelo homem e a lei. O primeiro é o poder de uma vontade pessoal, seja um príncipe seja uma assembleia; a última é uma convicção duradoura que deve sustentar a verdadeira vontade pessoal, o *ethos* do Estado. A lei e o poder estatal se relacionam entre si da mesma forma que, nas pessoas individuais, o

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ Ibid., p. 77.

¹⁸⁰ Tradução livre para: “*the concept of the law state by no means is for the state merely to maintain the legal order without administrative purposes, or moreover, merely to protect the rights of individuals; this concept does not signify the purpose and content of the state at all, but only the manner and character by which the latter are to be realized.*” Ibid., p. 78.

caráter interage com a vontade. De um lado, a lei é a base e pressuposto do poder estatal, através do qual este último se apresenta como tal, na medida em que a lei funciona, ao mesmo tempo, como restrição e como fundamento positivo de determinação do exercício do poder estatal. De outro lado, o poder do Estado também constitui base e pressuposto da lei: a lei é válida em decorrência do poder do Estado, que detém a prerrogativa de editá-la e alterá-la e, dentro da lei, o poder estatal governa livremente em uma esfera ampla.

Assim, o autor alemão em comento destaca que o Estado de direito se difere do Estado absolutista, caracterizado pela

remoção, do Estado, de uma ordem superior, na qual todos os direitos dos homens e das instituições têm a sua raiz, fazendo com que a vontade humana, seja a vontade individual, seja a vontade comum, constitua o senhor na terra.¹⁸¹

Nesse contexto, Stahl conclui que tanto o Estado engendrado por Hobbes sobre a vontade do príncipe quanto o Estado de Rousseau, erguido sobre a vontade geral do povo são variações do absolutismo estatal. Afinal, no Estado absolutista é dada primazia ao poder estatal em detrimento da lei. Esta última é vista como simples produto do primeiro, em vez de ser aceita como um poder existente igualmente original, e o *ethos* do Estado acaba subordinado à vontade pessoal da autoridade governante.

A monarquia hereditária aparece como a forma suprema de governo, capaz de alcançar os propósitos do reino ético. Isso se deve ao fato de que estabelece um governo sobre os homens, pessoal, unido e fundamentado em si mesmo, não dado por eles e, portanto, elevado sobre eles, além de poderoso para mantê-los em ordem e liderá-los, bem como santo para enchê-los de temor.

Ao contrário, na república, a unidade do governo é alcançada através de referendos e do estabelecimento de magistraturas independentes e a dignidade repousa em determinados detentores do poder público e na representação popular. Contudo, os diversos votos emitidos em uma assembleia não geram coerência, assim como as várias decisões de um homem e dos magistrados que, por sua vez, são súditos, não possuem a dignidade de um rei. Enquanto, na república, a unidade

¹⁸¹Tradução livre para: “*State absolutism thus has the origin primarily in the removal, from over state, of a higher order, in which all the rights of men and institutions have their root, making the human will, be the individual will, be it the common will, into the lord on earth.*” Ibid., p. 93.

do governo é produzida de forma artificial, na monarquia isso ocorre de maneira natural, viva e, por conseguinte, mais forte.

O príncipe é soberano e, por isso, todo governo e toda lei dele procedem e existem sob sua consideração. Além disso, tudo que está abrangido pelo poder estatal lhe é autorizado, desde que não seja vedado pela constituição. Ele também não pode ser coagido a nada e não existe nenhum outro poder ou tribunal de justiça que se sobreponha a ele.

Isso não significa que o poder soberano seja ilimitado, o que se revela, inclusive, *“contra a ordem da natureza, pois entre seres semelhantes, um não pode governar o outro com base no direito pessoal, mas apenas em virtude da vocação em uma instituição e, precisamente, nos limites contidos nesta vocação.”*¹⁸² Em outras palavras, como o poder do príncipe não tem origem em sua pessoa e sim na essência da instituição, ele não pode agir de acordo com sua vontade privada e com seus propósitos particulares, ficando adstrito ao propósito da instituição e à atuação em conformidade com as leis.

As leis, nessa toada, são limites jurídico-estatais externos. Caso o príncipe exceda os limites legais ou tente promover a derrubada da constituição, não pode ser afastado do governo, mas seu comando não será executado, pois os súditos não devem julgar seus regentes, mas devem examinar sua própria consciência, e aí, de alguma forma, deve ser encontrado o limite da obediência e da submissão. Portanto, em última instância, a contenção do poder soberano do monarca *“reside apenas no poder ético da mente pública e na força que ela empresta às instituições.”*¹⁸³

O conceito de Estado na doutrina de Robert Von Mohl passa pela compreensão do que ele denomina círculos ou esferas da vida. O catedrático da Universidade de Tübingen, na obra *Ciências da Sociedade e Ciências do Estado*, publicada em 1851, pontuou que há três esferas básicas da vida humana¹⁸⁴ correspondentes ao indivíduo, à sociedade e ao Estado, as quais se interpenetram e entrelaçam-se mutuamente. As esferas social e estatal revelam-se necessárias e indispensáveis na medida em que beneficiam a existência dos indivíduos. Isso porque cada indivíduo pode, ao mesmo tempo, buscar atingir vários objetivos de

¹⁸²Tradução livre para: *“unlimited royal power would be against the order of nature; for among similar beings, the one cannot rule over the other on the basis of personal right, but only by virtue of vocation in an institution, and the precisely only up to the limits which this vocation contains.”* Ibid., p. 76.

¹⁸³ Ibid., p. 177.

¹⁸⁴LESINSKI, Pawel. *At the Origins of German Liberalism: the State in the Thought of Robert Von Mohl*. Berlin: Peter Lang CmbH, 2020, p. 71-72.

vida e, para tanto, pode precisar do suporte de outra esfera seja social seja estatal para alcançar tais desideratos.

A diferença entre Estado e sociedade reside na forma como cada um deles vem à tona. Nessa perspectiva, a sociedade constitui uma formação espontânea, destituída de controle hierárquico, cujos membros agrupam-se de acordo com o princípio da comunhão de interesses, os quais são variados e podem ser, inclusive, opostos. Diante disso, podem emergir conflitos, que impeçam os indivíduos de viver pacificamente e concretizar seus próprios objetivos. O Estado, então, aparece como uma criação capaz de ordenar a vida humana e demarcar suas várias esferas, suprindo as insuficiências provocadas pela carência de poder.

Na obra *Enciclopédia das Ciências Estatais*, Mohl define o Estado como :

um organismo permanente e unificado de instituições, guiado pela vontade coletiva, assim como mantido e executado pelo poder coletivo, que se destina a apoiar a existência dos objetivos de vida permitidos de uma nação específica e territorialmente limitada, do indivíduo à sociedade, desde que os indivíduos não sejam capazes de atingir esses objetivos com o uso de suas próprias forças e esses objetivos sejam fruto de uma necessidade comum.¹⁸⁵

Dessa definição, extrai-se que o Estado se apresenta como uma organização permanente, posto que sua subsistência está vinculada à própria existência dos indivíduos, que precisam de amparo para concretizar suas aspirações pessoais e, qualifica-se ainda como uma organização unitária, dada a indivisibilidade do poder do Estado. A vontade coletiva, por sua vez, detém a função de dirigir e conservar a unidade estatal e se verifica “*onde quer que os habitantes do Estado legitimem um determinado poder (autoridade) como capaz de governar o Estado ou reconheçam que sua ação não violará o acordo geral.*”¹⁸⁶ Já o poder coletivo pode ser definido como a combinação de forças dos indivíduos que vivem no Estado e possui a tarefa não só de afastar os obstáculos que dificultam a realização de seus objetivos de vida, mas também compelir os indivíduos a respeitar as normas jurídicas vigentes.

Vale destacar ainda que o Estado em certas situações pode e deve limitar a vontade individual, notadamente quando impulsiona ações irracionais e antissociais.

¹⁸⁵Tradução livre para: “*The state is a permanent, unified organism of these establishments, which, run by collective will, as well as maintained and carried out by collective power, are intended to support the existing, allowed life objectives of a specific and territorially limited nation, from individual to society, as long as not they are able to attain these objectives with use of their own forces, and these objectives are the subject of a common need.*” Ibid., p. 146.

¹⁸⁶Tradução livre para: “*‘collective will’ will always occur wherever the inhabitants of the state will legitimize a certain power (authority), as capable of governing the state or recognize that its action will not violate their general agreement.*” Ibid., p. 147.

Nesse sentido, nem todos os objetivos de vida são apoiados pelo Estado, mas tão somente aqueles que não violem os direitos de outras pessoas. Sobre esse ponto, Lesinski¹⁸⁷ esclarece que Mohl é contrário à imposição de objetivos abstratos ao Estado ou a qualquer grupo de pessoas que viva em seu território, conferindo liberdade aos indivíduos para escolher e seguir os fins que melhor lhes aprouverem.

Outro elemento que compõe o Estado versa sobre a nação entendida como uma comunidade de pessoas estabelecida em um território delimitado e, por fim, tem-se a crença de que o ente estatal se destina apenas a prestar assistência aos indivíduos, a fim de que eles mesmos alcancem seus objetivos pessoais. O Estado, portanto, não assume o compromisso de satisfazê-los de forma direta.

De acordo com Mohl, o indivíduo tem o direito e a obrigação de viver de maneira independente e levar a efeito suas próprias metas de vida. Quando não tem força para fazê-lo por si só, pode receber o amparo do Estado. Constata-se, pois, que a atuação da esfera estatal tem caráter subsidiário e o direito, nessa perspectiva, é percebido “*como um instrumento para a realização da meta mais importante definida pelo Estado, qual seja, o suporte à população.*”¹⁸⁸ O direito então auxilia o Estado na tarefa de dar suporte aos indivíduos para a realização de seus objetivos particulares.

Mohl assevera ainda, no livro *Direito Constitucional do Reino de Württemberg*, que há quatro espécies de Estado, que diferem entre si pela sua natureza e pelos objetivos que perseguem, quais sejam, o Estado patriarcal (*patriarchalische Staatsgattung*), o Estado teocrático (*theokratische Staatsgattung*), o Estado despótico (*despotische Staatsgattung*) e o Estado de direito (*Rechtsstaats-Gattung*), concentrando seus estudos neste último.

De acordo com o pensador de Stuttgart, a primeira característica que distingue o Estado de direito das demais espécies diz respeito à organização estatal conforme as exigências de racionalidade, que constitui verdadeira condição indispensável à emergência do *Rechtsstaat* e versa sobre o alcance de um alto nível de desenvolvimento civilizatório baseado na utilização de princípios de racionalidade e de um senso comum de entendimento do mundo pelos habitantes de um determinado país. O autor ainda menciona que tal pré-requisito tem como corolário a liberdade dos cidadãos, que constitui o mais importante princípio sobre o qual se

¹⁸⁷ Ibid., p. 149.

¹⁸⁸ Tradução livre para: “*as an instrumente for achieving more important goals set for the state, i.e. supporting the population.*” Ibid., p. 151.

funda tal espécie estatal e corresponde “à oportunidade de realizar todas as ações que permitam ao indivíduo se desenvolver de forma abrangente”¹⁸⁹ e abarca o dever de aceitar certas limitações que tenham fundamento racional ou legal, já que não lhe é dado tomar parte em ações irracionais, opostas à sua essência, nem mesmo violar os direitos de outras pessoas.

Nessa senda, Mohl concebe que um indivíduo independente que exercita racionalmente seus direitos e liberdades ocupa a posição de centralidade no Estado de direito, que tem por fim “organizar a vida coletiva da nação de tal forma que cada membro seja ajudado e apoiado no exercício mais livre e abrangente possível, no uso de todos os seus poderes.”¹⁹⁰ Com isso, Mohl apresenta um conceito de *Rechtsstaat*, que alia dimensão formal, com foco na segurança jurídica, à dimensão material, que tem em vista a justiça em um sentido amplo. O Estado de direito, portanto, possui duas grandes áreas de atuação, quais sejam, a salvaguarda da ordem legal e o suporte aos indivíduos e às suas comunidades, que têm por fim remover dois obstáculos ao processo de concretização suas metas de vida: as atividades ilegais e injustas perpetradas por outros indivíduos e o impacto da chamada força maior, que diz respeito aos fatores externos que não podem ser transpostos pelo indivíduo por si só e exigem a atuação do aparato policial.

A polícia é definida por Mohl como:

O conjunto de instituições de Estado e de atividades, que através do uso da autoridade estatal, procuram remover os obstáculos externos, não consistentes em violação da lei, que possam impedir o desenvolvimento compreensivo e racional das forças humanas e que ambos, indivíduos e associações permitidas de indivíduos, não são capazes de superar por si mesmos.¹⁹¹

Assim, assume um significado ímpar na obra do autor alemão, na medida em que funciona como aparato que confere suporte à implementação dos interesses dos cidadãos, fugindo da acepção usual que concebe a atuação policial a partir da limitação à liberdade dos indivíduos. Logo, a polícia não é incompatível com o Estado de direito. Ao revés, ajuda a promovê-lo. Nessa perspectiva, o emprego de

¹⁸⁹Tradução livre para: “an opportunity to take all actions enabling an individual to develop in a comprehensive way.” Ibid., , p. 185.

¹⁹⁰Tradução livre para: “organize the collective life of the nation in such a way that each member is aided and supported in the most free and comprehensive exercise use of all his power possible.” Ibid., p. 188.

¹⁹¹Tradução livre para: “[...] all of those state institutions and activities that, through the use of state authority, seek to remove external obstacles, not consisting in breaking the law, that may stand in the way of comprehensive and rational development of human forces, and which both the individuals and the permitted associations of individuals do not, nor are able, to overcome themselves.” Ibid., p. 230.

coerção pela polícia assume, em Mohl, um caráter residual e só é admitido quando um objetivo específico do Estado, reconhecido universalmente como legítimo, só possa ser alcançado por tal meio e nos casos em que a atividade desenvolvida por um indivíduo ameaça dos direitos de terceiros.

De acordo com o ilustre autor alemão, apenas no Estado de direito os indivíduos assumem o status de cidadãos, o que lhes confere direitos em uma base recíproca, isto é, aos direitos dos cidadãos correspondem deveres do Estado e vice-versa, de modo que os indivíduos possuem tanto direitos quanto obrigações. O pensador aponta que tais direitos apresentam três dimensões. A primeira exige que o Estado execute certas tarefas, acima de tudo, amparando a realização das aspirações de vida do particulares; a segunda, denominada liberdades civis negativas do indivíduo (*die negativen Freiheitsrechte des Einzelnen*), compreende os princípios com base nos quais os cidadãos obtêm o direito a ações específicas ou o direito de libertar-se de certas ações do Estado e, por fim, o direito de participação no governo estatal. As últimas dimensões dizem respeito aos direitos constitucionais ou fundamentais¹⁹², os quais são divididos entre direitos civis e políticos. As obrigações gerais dos cidadãos no Estado de direito, por sua vez, incluem o respeito ao organismo estatal e ao direito posto por ele e, se necessário, a prestação de suporte e defesa em seu favor.¹⁹³

O Estado de Direito também não pode funcionar sem normas legais. Segundo Mohl, a principal fonte do direito são as leis escritas ou positivas.¹⁹⁴ As normas escritas podem estar formalizadas, de forma escalonada, segundo a tríade: Constituição-lei-ordenança. A Constituição é conceituada por Mohl como:

a soma de instituições e disposições que determinam o objetivo específico do Estado, organizando e mantendo o principal corpo destinado a esse fim, descrevendo em termos de forma, limites e titulares a autoridade estatal requerida para tanto e, finalmente, regulando, fundamentalmente, as relações entre os participantes do Estado e o público.¹⁹⁵

Se a Constituição estabelece as normas de organização fundamental do Estado, as leis (*einfache Gesetze*) têm o objetivo de desenvolver e preencher o

¹⁹² Ibid., p. 196.

¹⁹³ Ibid., p. 205.

¹⁹⁴ Ibid., p. 209.

¹⁹⁵ Tradução livre para: “*the organization is the sum of institutions and provisions defining a certain specific objective of the state, organizing and maintaining the main body intended for this purpose, describing in terms of form, boundaries and holders the state authority required for it and finally regulating, in a fundamental way, the relations between participants of the state (both individuals and social circles) and the public.*” Ibid., p. 215.

conteúdo jurídico das áreas definidas pela Constituição e regular aquelas que não foram tratadas pela Lei Maior desde que obedeçam o espírito das normas hierarquicamente superiores. Mohl entende que “*o mais importante objeto de regulação da legislação estatal são as ordens e proibições de poder, que se referem aos direitos dos cidadãos, seja para estendê-los ou limitá-los.*”¹⁹⁶ O autor em comentário ainda assevera que as leis devem ser editadas apenas quando houver real necessidade, incumbindo-lhes ainda velar pela generalidade e abstração como forma de assegurar a igualdade entre os cidadãos, também devem ser concisas e utilizar linguagem apropriada e compreensível pelos seus destinatários. As ordenanças (*Verordnungen*), por sua vez, situam-se abaixo das leis. Tais atos infralegais não podem introduzir novos direitos, mas somente regular a implementação das leis.

O poder do Estado aparece na obra de Mohl como um atributo decorrente da necessidade de atingir seu principal escopo, qual seja, auxiliar os indivíduos e associações de indivíduos a atingirem seus objetivos. Aponta também que o poder estatal é eterno, já que não cessa pela morte de seu titular; abrangente, pois se estende a todo o território e a todos os indivíduos que nele habitam e uniforme, posto que não comporta divisão. Nesse sentido, Mohl critica a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, sob a alegação de que a divisão do poder estatal em três centros conduziria à anarquia.

Por isso, confere posição de destaque à “*Cabeça do Estado*” (*Staatsoberhaupt*), que “*atuando como garantidor da coerência do organismo estatal, representa e personifica todo poder do Estado.*”¹⁹⁷ Essa autoridade tem, de um lado, a obrigação de zelar pela manutenção da ordem legal, bem como agir com base e dentro dos limites do direito e, de outro, o direito de organizar a representação no Estado no âmbito internacional, indicando embaixadores, além de nomear oficiais e gerir as Forças Armadas. Por ocupar o topo da cadeia hierárquica, o “*Cabeça do Estado*” não responde por seus atos perante qualquer outra autoridade. Isso porque detém a prerrogativa de adotar, em circunstâncias excepcionais, as medidas indispensáveis à remoção das ameaças que afetem a manutenção e salvaguarda do Estado, mesmo que comprometam os direitos e

¹⁹⁶Tradução livre para: “*the most important subject of the regulations of the state legislation are all the orders and prohibitions of power, which refer to the rights of citizens, either by extending or by limiting them.*” Ibid., p. 219.

¹⁹⁷Tradução livre para: “[...] *acting as a guarantor of the coherence of the entire state organism, its representative and personification of all state power.*” Ibid., p. 251.

instituições existentes.¹⁹⁸ Fica claro que Mohl reconhece a possibilidade de que o “*Cabeça do Estado*”, em situações emergenciais, exceda os limites legais e constitucionais em nome da proteção do próprio Estado.

O doutrinador alemão defende ainda que a melhor forma de governo corresponde à monarquia parlamentarista, uma vez que o monarca tem condições de atuar de maneira mais eficiente com o poder concentrado em suas mãos e o parlamento pode proteger os cidadãos contra eventuais abusos perpetrados pelo “*Cabeça do Estado*”, por exemplo, através do exercício do direito do veto ou do dever do monarca de consultar os representantes da nação antes da tomada de decisões. Em oposição, enxerga a democracia como uma forma de governo imperfeita, pois nem todos têm aptidão para tomar decisões qualificadas e de maneira independente. Além disso, o governo democrático tende à instabilidade provocada pelas disputas eleitorais e apresenta o risco de incorrer em demagogia.

Portanto, Mohl compreende que o Estado de direito é a forma mais evoluída dentre as espécies estatais e tem como missão dar suporte aos indivíduos para que concretizem as metas de vida que livremente elegeram, mediante a garantia de segurança jurídica e a concessão de assistência suplementar. Assim, no Estado de direito, o exercício do poder político deve, ao mesmo tempo, remover os obstáculos que os indivíduos não conseguem superar com suas próprias forças e abster-se de interferências indevidas sobre liberdade individual como forma de preservar a autonomia das escolhas dos objetivos de vida por cada um.

Georg Jellinek, por sua vez, publica sua obra máxima *Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre)* no ano 1900 e tinha como plano a elaboração de um segundo volume, intitulado provisoriamente *Teoria Especial do Estado (Besondere Staatslehre)*. Contudo, ele faleceu em 12 de janeiro de 1911 e deixou a última obra inacabada. O referido autor se insere na tradição neokantista, distinguindo ‘ser’ e ‘dever ser’, no plano fático, para a elaboração de uma teoria social do Estado e, no plano normativo, uma teoria geral do Direito e do Estado.¹⁹⁹

Dessa forma, o doutrinador de Leipzig concebe que o Estado pode ser encarado sob dois pontos de vista. O primeiro realça o aspecto externo ou objetivo, tem em vista a compreensão do Estado enquanto fato social e, por conseguinte,

¹⁹⁸ Ibid., p. 253.

¹⁹⁹KARL, Julia Scholz. O constitucionalismo alemão oitocentista nos arcabouços teóricos de Hans Kelsen e de Carl Schmitt: nuances e delineamentos da jurisdição constitucional entre as elaborações do positivismo e do decisionismo (1911-1950). Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, p. 56.

apresenta existência fora e independente dos homens, já o segundo acentua o aspecto subjetivo a partir da concepção de que os fatos sociais são condicionados pela vontade, cuja direção e conteúdo são dados pela atuação dos homens e pode ser contemplado sob o viés histórico-político ou sob o viés jurídico, isto é, como ‘ser’ ou ‘dever ser’, respectivamente. Assim, o aspecto subjetivo complementa o aspecto objetivo, associando a realidade física à realidade psíquica, que tende, inclusive, à predominância.

Jellinek sustenta, então, a dualidade entre Estado e Direito, uma vez que “*na vida do Estado, as relações reais precedem as normas por ela produzidas.*”²⁰⁰ Isso porque, no processo de formação do Estado, a ordem estatal aparece primeiro como um poder de fato que posteriormente assume o caráter de poder jurídico a partir da movimentação da história ou da racionalização do pensamento humano. O Estado, portanto, precede o Direito.

Nessa ordem de ideias, de acordo com o conceito social, “*o Estado é a unidade de associação dotada originariamente do poder de dominação e formada por homens assentados em um território.*”²⁰¹ Juridicamente, o Estado equivale a “*uma corporação territorial dotada de um poder de mando originário.*”²⁰² Observa-se, pois, que o conceito jurídico representa verdadeira expressão do conceito social na ordem jurídica. Em síntese, o Estado corresponde a uma unidade de associação, constituída juridicamente sob a forma de corporação, segundo a qual, uma pluralidade de homens unidos entre si por fins constantes e coerentes, encontra-se organizada em um determinado território, onde são estabelecidas relações políticas de dominação, em que o Estado impõe a sua vontade às outras vontades.

Destarte, a dominação é a qualidade que diferencia o poder do Estado dos demais poderes.

É um poder irresistível. Dominar quer dizer mandar de um modo incondicionado e poder exercitar a coação para que se cumpram suas ordens. Aquele que está submetido a um poder pode subtrair-se dele, a menos que se trate do poder de dominação.²⁰³

²⁰⁰Tradução livre para: “*En la vida del Estado, las relaciones reales preceden a las normas producidas por ellas.*” JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Traducción de Fernando de los Ríos. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 338.

²⁰¹Tradução livre para: “*El Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados em un territorio.*” Ibid., p. 194.

²⁰²Tradução livre para: “*la corporación territorial dotada de un poder de mando originario.*” Ibid., p. 196

²⁰³Tradução livre para: “*El poder de dominación, por el contrario, es un poder irresistible. Dominar quiere decir mandar de un modo incondicionado y poder ejercitar la coacción para que se cumplan los mandatos. El sometido a cualquier poder puede sustraerse a él, a menos que se trate del poder de dominación.*” Ibid., p. 396

Ademais, tem caráter originário, exterioriza-se por intermédio de um órgão independente que não coincida juridicamente com o órgão de outro Estado e detém capacidade de auto-organização, incumbindo-lhe o exercício das funções legislativa, executiva e judicial. O poder de dominação se insere ainda em uma categoria histórica, que exsurge com a consolidação do Estado moderno, já que na Idade Média existiam inúmeras associações, sem caráter estatal e que exercitavam, em maior ou menor medida, como direito correspondente a elas originariamente, o poder de dominação, encontrando-se disperso na ordem social.

O Estado moderno, formado, no caso da Alemanha, a partir do processo de unificação verificado na segunda metade do século XIX, sob a liderança de Otto von Bismarck, caracteriza-se por ser uma *“unidade de associação organizada conforme uma constituição”*²⁰⁴, na qual o Estado se apresenta sob a *“forma de uma comunidade organizada, cujas funções são levadas a cabo mediante uma variedade de órgãos dispostos conforme a constituição e é possível, além disso, estabelecer uma limitação jurídica rigorosa entre a comunidade e seus membros.”*²⁰⁵ O Estado de direito então é formado essencialmente pelos seguintes elementos: unidade, organização conforme uma constituição e autolimitação do Estado frente o indivíduo.

Assim, verifica-se que Jellinek nega a doutrina do poder absoluto e ilimitado do Estado, realçando que este não tem a disposição de liberar-se do direito. Nessa ordem de ideias, não está ao alcance do Estado definir se a ordem jurídica deve existir ou não, mas tão somente determinar como deve ser organizada, ou seja, o Estado pode eleger a constituição que deseja ter, devendo necessariamente possuir alguma.

A soberania, nesse diapasão, nos dizeres de Jellinek, não constitui elemento essencial ao poder do Estado. Trata-se de um conceito jurídico, de natureza puramente formal, que indica *“a propriedade do poder de um Estado, em virtude da qual corresponde exclusivamente a ele a capacidade de determinar-se juridicamente e de obrigar-se a si mesmo,”*²⁰⁶ Portanto, o Estado soberano não é aquele que detém

²⁰⁴Tradução livre para: *“El Estado moderno ha nacido como unidad de asociación organizada conforme a una Constitución.”* Ibid., p. 311.

²⁰⁵Tradução livre para: *“la forma de una comunidad organizada, cuyas funciones se llevan a cabo mediante una variedad de órganos dispuestos conforme a la constitución, y es posible, asimismo, establecer una limitación jurídica rigurosa entre la comunidad y sus miembros.* Ibid., p. 313.

²⁰⁶Tradução livre para: *“la propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de dterminarse jurídicamente y de obligarse a sí mesmo.”* Ibid., p. 438.

poder ilimitado e sim o que impõe limites a si mesmo, sem que seja compelido por qualquer autoridade externa. O Estado não soberano, diversamente, *“ostenta um poder de direito sobre o que é de sua competência, mas este poder tem limites no direito das comunidades superiores a ele.”*²⁰⁷

Fica claro, pois, que o jurista de Leipzig sustenta a ideia de auto-obrigação do Estado frente o seu próprio direito recorrendo mais uma vez aos ensinamentos de Kant. Isso porque o autor supracitado introduziu o reconhecimento de moralidade autônoma como forma mais elevada de *ethos*, segundo a qual a ação plenamente moral consiste naquela em que nos sentimos obrigados por força da nossa própria natureza e não em decorrência da imposição heterônoma de uma norma externa. Apesar de distintos, tanto os deveres morais quanto os jurídicos são deveres e, por isso, têm uma essência comum. Nesse sentido,

Ao promulgar uma lei, o Estado não somente obriga os indivíduos à observância desta lei, mas também a própria atividade estatal fica obrigada ao seu cumprimento. O Estado mediante a lei requer às pessoas que lhe servem como órgãos que façam concordar sua vontade com o que a lei dita e, como a vontade do órgão é a vontade do Estado, este obriga a si mesmo na medida em que seus próprios órgãos ficam obrigados.²⁰⁸

Embora, as restrições fixadas pelo Estado a si mesmo decorram da sua própria vontade, tem-se que *“essa autolimitação não é de modo algum arbitrária”*, visto que *“por obra do processo histórico que o precedeu, foi dado ao Estado o modo e a medida desta limitação.”*²⁰⁹ Logo, Jellinek compreende que os limites ao poder do Estado têm como fonte remota a historicidade, mas só constroem a atuação estatal quando inscritos na ordem jurídica.

Nesse sentido, a autolimitação do Estado busca conter a onipotência estatal mediante a prescrição de normas para a exteriorização de sua vontade, bem como normas que concedam direitos e liberdades em favor dos indivíduos. Ambas as espécies de normas compõem o chamado direito político, o qual abarca tanto os

²⁰⁷Tradução livre para: *“ostenta un poder de derecho sobre lo que es de su competencia, pero este poder tiene sus límites en el derecho de las comunidades superiores a él.”* Ibid., p. 449.

²⁰⁸Tradução livre para: *“Al promulgar el Estado una ley, no sólo obliga esta ley a los individuos, sino que también queda obligada jurídicamente la propia actividad del Estado al cumplimiento de esta norma. El Estado, mediante la ley, requiere a las personas que le sirven como órganos para que hagan concordar su voluntad de tales con lo que la ley dicta, y la voluntad del órgano es voluntad del Estado, obligase éste a si mismo al quedar obligados sus órganos.”* Ibid., 435.

²⁰⁹Tradução livre para: *“esta autolimitación no es arbitraria em modo alguno”* e *“por obra del proceso histórico que lo ha precedido, se le ha dado al Estado el modo y medida de esta limitación.”* Ibid., p. 362.

princípios jurídicos atinentes à organização do Estado e à competência de seus órgãos quanto os direitos e deveres dos cidadãos diante do Estado.

Sobre esse ponto, sobrepõe-se notar que Jellinek introduziu uma importante distinção entre *status passivus*, *status negativus*, *status positivus* e *status activus*, que dizem respeito à relação entre os cidadãos e o Estado. O *status passivus* compreende a situação do súdito a quem incumbe o cumprimento de deveres; o *status negativus* diz respeito à liberdade do cidadão, que não pode sofrer intervenções abusivas por parte dos órgãos estatais em sua esfera jurídica; o *status positivus* indica a atribuição de direitos públicos subjetivos, pelos quais o cidadão pode provocar o Estado com vistas à anulação de um ato administrativo praticado em confronto com a lei e, por fim o *status activus* versa sobre a concessão de direitos políticos, pelos quais os cidadãos podem participar da formação da vontade do Estado. Conforme Gozzi²¹⁰, uma das grandes contribuições de Jellinek à doutrina do Estado de direito se refere ao reconhecimento de direitos públicos subjetivos aos cidadãos, uma vez que antes dele, os direitos concedidos pelo Estado eram vistos como meros reflexos do direito objetivo.

Além disso, como já realçado alhures, uma das características elementares do Estado de direito consiste na unidade, a qual não se coaduna com a divisão dos poderes entre pessoas distintas.²¹¹ O autor em comento refere que é possível falar tão somente em divisão de competências entre os órgãos estatais, os quais “*não possuem personalidade alguma diante do Estado*”²¹² e apenas exercem sua representação dentro de um certo âmbito de atribuições.

Tais órgãos são encarregados do exercício das funções legislativa, executiva e judicial. De acordo com Jellinek, “*a primeira adquire a cada dia um desenvolvimento maior e não só funciona como limitadora, mas também dominadora das demais funções*” e acrescenta que “*o Estado foi definido, tanto antigamente quanto nos tempos modernos, como aquele em que domina a lei, isto é, como aquele na qual a administração e a atividade jurisdicional têm por fundamento regras de direito.*”²¹³.

²¹⁰GOZZI, Gustavo. Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 331.

²¹¹JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Traducción de Fernando de los Ríos. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 454.

²¹² Ibid., p. 501.

²¹³ Ibid., p. 542.

Denota-se que o doutrinador alemão reconhece a supremacia da lei no Estado moderno.

Jellinek destaca ainda que as funções estatais podem resultar em atividades livres ou regradas. Aquelas constituem o fundamento de todas as demais atividades, por elas o Estado afirma sua própria existência e confere direção ao seu movimento histórico, já estas últimas se propõem à satisfação de um dever jurídico. As atividades livres aparecem mais ou menos intensamente em todas as funções estatais e apresentam o maior campo de atuação na esfera legislativa.

Com isso, Jellinek aponta que a função criadora do direito goza de ampla liberdade em virtude de sua própria natureza. Mas, esclarece que “*as normas de direito internacional limitam o Estado assim como os princípios constitucionais o fazem em relação à legislação comum.*”²¹⁴ Apesar disso, menciona que, “*é possível que estas limitações sejam excedidas sem que o ato legislativo seja invalidado juridicamente*”²¹⁵, mantendo sua força jurídica.

Sobre o controle judicial de validade dos atos legislativos, Karl²¹⁶ assevera que Jellinek, de maneira vanguardista, apresentou a ideia de criação de um tribunal constitucional em trabalho publicado, em 1885, denominado *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, com a finalidade de

[...] impor a divisão de competências entre o Centro e as regiões (*länder*) na metade ocidental do Império e, principalmente, para defender a Constituição de possíveis excessos e transgressões cometidos pelos partidos ou pelo próprio Parlamento. Com este trabalho, a defesa em prol da criação de uma Corte Constitucional passou a expressar a desconfiança de Jellinek no órgão legislativo, de maneira que ele propôs uma transformação completa do *Reichsgerichtshof* em um *Verfassungsgerichtshof*, eis que somente desta forma a monarquia dos Habsburgos se tornaria um sólido Estado Constitucional.

Outro ponto de destaque na obra de Jellinek versa sobre o reconhecimento da existência de um “*elemento criativo*” na decisão judicial, mediante a atribuição ao juiz, pela própria lei, de um indispensável “*círculo de atividade livre*”, que não se transmuda em uma medida arbitrária, visto que, em última instância, “*sempre há um momento juridicamente regrado que se encontra contido em relação com o fim*

²¹⁴ Ibid., p. 548.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ KARL, Julia Scholz. O constitucionalismo alemão oitocentista nos arcabouços teóricos de Hans Kelsen e de Carl Schmitt: nuances e delineamentos da jurisdição constitucional entre as elaborações do positivismo e do decisionismo (1911-1950). Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, p. 81.

*último do processo.*²¹⁷ Essa visão resguarda uma diferença crucial da doutrina do Estado de direito francesa que, por questões históricas, tende a afastar a atividade livre da decisão judicial.

Acerca do último elemento que compõe o Estado de direito, Jellinek salienta que toda associação permanente precisa de um princípio de ordenação, conforme o qual se constitui e se desenvolve sua vontade, bem como limita a situação de seus membros dentro dessa associação e nas relações que estabelecem com ela. Esse princípio ordenador é a constituição.

A constituição abarca os princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado, o modo de sua criação, suas relações mútuas, fixam o círculo de sua atuação e também a posição de cada um deles a respeito do poder do Estado, além de reconhecerem direitos aos súditos. Nos dizeres do autor alemão, “*a nota jurídica essencial da constituição reside exclusivamente na superioridade da sua força do ponto de vista formal.*”²¹⁸ Isso porque, naqueles Estados, em que as constituições não se distinguem das demais leis nem pelo procedimento de criação nem de modificação, as constituições não têm significado prático na vida do direito.

Portanto, Jellinek oferece grandes contribuições à doutrina do Estado de direito, notadamente a partir do desenvolvimento da teoria da autolimitação do poder estatal, apresentado o Estado de direito como Estado soberano que, ao se autolimitar, se põe como sujeito jurídico, titular de direitos e de obrigações, devendo respeitar tanto o direito objetivo como os direitos subjetivos dos sujeitos com os quais se relaciona.²¹⁹

2.4 Rule of Law norte-americana: A força normativa da Constituição e a introdução do *Judicial Review of legislation*

A tradição do *Rule of Law* norte-americana está centrada em uma nova concepção da Constituição entendida como corpo sistemático e escrito de normas jurídicas, com caráter cogente, resultante da autodeterminação da soberania popular. Nesse sentido, caracteriza-se por algumas inovações, dentre as quais

²¹⁷ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Traducción de Fernando de los Ríos. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 547-548.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 480.

²¹⁹ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (Orgs.). *Estado de Direito: teoria, história e crítica*, tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135.

pode-se citar: a criação de assembleias constituintes, a ratificação popular das Constituições, a positivação de direitos fundamentais, a introdução de procedimentos de emenda à Constituição e a implementação do *judicial review of legislation*.²²⁰

No século XVIII e na primeira metade do século XIX, o debate constitucional se situava entre duas versões do republicanismo ligadas a visões divergentes da soberania popular. O republicanismo populista, defendido por Thomas Jefferson e os antifederalistas, considerava essencial a participação política direta e imediata do povo e, por isso, sua atuação por intermédio de representantes eleitos deveria ocorrer apenas quando fosse estritamente necessário. Nesse sentido, tem-se que:

Em Jefferson, assim como em Paine e em Condorcet, representação assume um caráter de complementariedade em relação à democracia direta, e não de rivalidade ou de substituição no sentido de troca de uma pela outra. Desse modo, vê-se que a preferência do autor é pela participação direta e constante dos cidadãos na tomada de decisões que estão ao seu alcance e, apenas nas situações nas quais isso não é possível, recorre-se ao modelo representativo.²²¹

De acordo com essa visão, a melhor forma de controle do poder político consiste naquela exercida pelo povo, detentor do poder constituinte e fonte de autoridade da nação, cuja vontade é o único fundamento legítimo de qualquer governo. Assim, o republicanismo populista preconizava a adoção de uma teoria de separação dos poderes, segundo a qual

cada ramo do governo era mantido dentro dos limites de seus poderes delegados não por um sistema elaborado de freios e contrapesos, mas pela independência dos ramos um em relação ao outro e pela dependência de cada um da vontade do povo.²²²

Segundo essa perspectiva, o Judiciário era *mere machine* e não deveria exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Legislativo e do Executivo, sob pena de interferência indevida do primeiro sobre os últimos e, por conseguinte, desequilíbrio entre os Poderes do Estado.

Já o republicanismo clássico, sustentado por John Adams e os Federalistas, era marcado pela relação de confiança estatuída entre o povo e os representantes

²²⁰ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juizes dos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *Estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 265.

²²¹ CONSANI, Cristina Foroni. O constitucionalismo republicano de Thomas Jefferson. Disponível em: file:///C:/Users/4583108/Downloads/amello,+14.pdf, acesso 28 fev. 2024.

²²² Ibid., p. 1085.

eleitos, cuja seleção era uma forma de filtrar as paixões irracionais da multidão. Nesse sentido, Madison justifica a preferência pelo governo representativo:

Num governo em que numerosas e amplas prerrogativas são postas nas mãos de um monarca hereditário, o poder executivo é muito justamente visto como a fonte de perigo e vigiado com todo o cuidado que o zelo pela liberdade deve inspirar. Numa democracia em que grande número de pessoas exerça pessoalmente as funções legislativas, estando continuamente expostas, por sua incapacidade de deliberar regularmente e tomar medidas de comum acordo, às intrigas ambiciosas de seus magistrados executivos, há razões para se temer que, numa emergência favorável, a tirania surja da mesma fonte. Numa república representativa, porém, em que o magistrado executivo é cuidadosamente limitado, tanto na extensão quanto na duração do poder, e em que o poder legislativo é exercido por uma assembleia que, graças a uma suposta influência sobre o povo está imbuída de intrépida confiança em sua própria força; e que é suficientemente numerosa para sentir todas as paixões que movem uma multidão, embora não tanto a ponto de ser incapaz de perseguir os alvos de suas paixões pelos meios que a razão prescreve.²²³

Desse modo, o povo republicano só tem existência em conformidade com as leis fundamentais e com os princípios de justiça, isto é, quando vontade e razão convergem, estabelecendo-se um nexos entre autogoverno e primado da lei. Por isso, propõe um sistema de *check and balances* capaz de frear os defeitos, as paixões e as ambições inerentes à natureza humana, de modo a preservar a liberdade e os direitos individuais.

Nessa perspectiva, Madison²²⁴ discorre que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não podem ser inteiramente desvinculados entre si, mas é indispensável que cada um detenha um controle constitucional sobre os outros como forma de garantia da independência exigida para a condução de um governo livre. A demarcação precisa dos limites de cada um dos Poderes do Estado pela constituição não é suficiente, pois *“o legislativo estende a esfera de sua atividade e suga todo poder para seu vórtice impetuoso”*.

²²³ Tradução livre para: “In a government where numerous and extensive prerogatives are placed in the hands of a hereditary monarch, the executive department is very justly regarded as the source of danger, and watched with all the jealousy which a zeal for liberty ought to inspire. In a democracy, where a multitude of people exercise in person the legislative functions, and are continually exposed, by their incapacity for regular deliberation and concerted measures, to the ambitious intrigues of their executive magistrates, tyranny may well be apprehended, on some favourable emergency, to start up in the same quarter. But in a representative republic, where the executive magistracy is carefully limited, both in the extent and the duration of its power; and where the legislative power is exercised by an assembly, which is inspired by a supposed influence over the people, with an intrepid confidence in its own strength; which is sufficiently numerous to feel all the passions which actuate a multitude; yet not so numerous as to be incapable of pursuing the objects of its passions, by means which reason prescribes;” MADISON, James. *The Federalist*. Indianapolis: Libert Fund, 2001, p. 257.

²²⁴ Tradução livre para: “The legislative department is every where extending the sphere of its activity, and drawing all power into its impetuous vortex.” *Ibid.*, p. 256-257.

Nesse espectro, como o povo é a única fonte legítima do poder, Madison propõe que se recorra a sua autoridade original para aumentar, diminuir ou remodelar os poderes estatais, mas também quando um deles usurpar o exercício das competências dos demais.²²⁵ No entanto, pondera que o apelo ao povo só deve ser usado em ocasiões importantes e extraordinárias. Isso porque, na hipótese de conluio entre dois Poderes do Estado contra um terceiro, este não teria como se valer dessa cláusula corretiva. Além disso, a utilização frequente desse mecanismo privaria o governo de respeito e, por conseguinte, estabilidade, a tranquilidade social poderia ser perturbada pelo estímulo excessivo das paixões públicas e, pior, as decisões que resultariam dessas consultas poderiam não atender ao propósito de manter o equilíbrio constitucional do governo. Os membros do Poder Legislativo são mais numerosos e estão distribuídos entre o povo em geral, enquanto os membros do Executivo e do Judiciário constituem um número menor e são conhecidos pessoalmente por pequena parcela da população, o que o torna o primeiro mais capaz de defender suas causas junto ao povo. Assim,

as paixões do povo, não a razão, atuariam como juízes. Mas é a razão do povo, apenas, que deve controlar e regular o governo. As paixões devem ser controladas e reguladas pelo governo.²²⁶

Conclui, portanto, que as medidas externas são inadequadas para manter a necessária divisão do poder entre os vários braços do governo e as falhas devem ser sanadas edificando a estrutura interna do governo de modo que suas partes constituintes sejam instrumentos de manutenção umas das outras em seus devidos lugares. Nesse ponto, é relevante que cada poder tenha condições de determinar-se a si mesmo, de modo que os outros tenham a menor ingerência possível na designação de seus membros assim como nos emolumentos associados a seus cargos.

Madison aponta que a grande garantia contra a concentração de autoridade reside em dar aos que administram cada Poder do Estado os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos demais.²²⁷ A partir disso, explica que, para moldar um governo que deve ser exercido por homens sobre homens, faz-se mister capacitar o governo a controlar os governados e,

²²⁵ Ibid., p. 261.

²²⁶ Tradução livre para: "The passions, therefore, not the reason, of the public, would sit in judgment. But it is the reason of the public alone, that ought to control and regulate the government." Ibid., p. 264.

²²⁷ Ibid., p. 268.

depois, controlar-se a si próprio mediante distribuições subordinadas de poder, em que a meta constante é dividir e organizar os vários cargos de forma que cada um exerça controle sobre o outro em suas relações mútuas. Nessa toada, propugna jogar ambição contra ambição, paixão contra paixão, interesse contra interesse, pois só assim uma das partes encontrará na outra um obstáculo e não terá condições de provocar grande prejuízo.

O autor norte-americano²²⁸ acrescenta que tão importante quanto proteger a sociedade de seus governantes é resguardar uma parcela da sociedade contra a injustiça praticada pela outra. Para alcançar tal desiderato, há dois métodos que se sobressaem: a criação de um poder independente da maioria, ou seja, um poder da própria sociedade e a inserção social de um número tão grande de categorias distintas de cidadãos para evitar a formação de combinações interesseiras da maioria. Nos Estados Unidos da América, ele aponta que há menor risco para a minoria dada a variedade de interesses, partidos e seitas.

Hamilton, ao tratar sobre o Poder Judiciário, expõe que se trata do mais fraco entre os poderes estatais, pois “*não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa.*”²²⁹ Por isso, o Judiciário não tende a ameaçar a liberdade do povo. Assim, a completa independência dos tribunais revela-se essencial em uma Constituição que contenha limitações ao exercício do Poder Legislativo.

Ao Judiciário cabe, portanto, “*declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição.*”²³⁰ Os tribunais funcionam como um intermediário entre o povo e o Legislativo, zelando que este último se mantenha dentro dos limites atribuídos ao seu espaço de autoridade. Isso não significa que o Judiciário seja superior ao Legislativo,

supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do Legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última, e não pelas primeiras.²³¹

²²⁸ Ibid., p. 270.

²²⁹ Tradução livre para: “the judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever.” Ibid., p. 402.

²³⁰ Tradução livre para: “whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void.” Ibid., p. 403.

²³¹ Tradução livre para: “It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature declared in its statutes, stands in opposition to that of the people

Com a consagração desse último entendimento pela introdução do *judicial review of legislation* a partir do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, procedeu-se à subtração do direito constitucional da esfera da política. Isso porque o reconhecimento da existência de princípios fundamentais, aprovados pelo povo, fixou limites à atuação do Poder Legislativo e, também, proporcionou ao Poder Judiciário a assunção da função de representante virtual do povo constituinte, incumbindo-lhe a defesa desses princípios fundamentais do ordenamento constitucional.

Ao longo do século XIX até a superveniência do New Deal, dois modelos constitucionais buscavam sobressair: o primeiro perdurou até a Guerra Civil e lastreava-se na ideia de que a proteção dos direitos fundamentais seria resguardada através do *Bill of Rights*, que exercia a tarefa de contenção do poder federal frente os poderes estaduais e o segundo modelo adveio da interpretação conferida pela Suprema Corte à XIV Emenda em decorrência da consagração de uma visão liberal do Estado, pela qual afirmou a teoria da liberdade contratual, recusando intervenção sobre os conflitos de natureza socioeconômica. Nesse momento, de acordo com Casalini:

A ideia do Common Law como expressão objetiva e imparcial de um estado de coisas espontâneo, reflexo de uma realidade que tinha que ser salva das interpretações distorcidas do legislador, foi superada por um direito não mais como um 'dado', mas como 'construção' capaz de regular e direcionar em sentido normativo a realidade.²³²

Com efeito, desencadeou-se uma tensão entre a concepção da Constituição como *Rule of law* baseada na aplicação do direito de forma neutra e imparcial e a nova percepção da interpretação judicial da Constituição, que concebia como inafastável a discricionariedade do juiz na seleção do sentido da lei mais conforme suas preferências pessoais. Nessa senda, surgiram correntes doutrinárias, questionando o significado, as virtudes e os limites do *Rule of law*²³³.

declared in the constitution, the judges ought to be governed by the latter, rather than the former." *Ibid.*, p. 404.

²³² CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes dos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *Estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 281.

²³³ John Hart Ely em *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, reflete que o debate constitucional contemporâneo é tomado por uma falsa dicotomia entre interpretativistas e não interpretativistas. O primeiro indica que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir normas declaradas ou claramente implícitas na Constituição escrita, enquanto o segundo preconiza que os tribunais devem ir além do conjunto de referências e normas aplicadas que não podem ser descobertas nos quatro cantos do documento (1980, p. 1). Assim, ele

De um lado, Antonin Scalia sustentava uma visão formalista do Estado de direito, chegando reverenciá-lo com ardor ao mencionar: “*Viva o formalismo. É o que torna um governo, um governo de leis e não de homens.*”²³⁴ Nessa perspectiva, concebe o Estado de Direito como um Direito de regras no sentido de que os juízes devem ancorar suas decisões em regras claras que podem ser aplicadas de forma ampla. O jurista explica que, no sistema judicial norte-americano, os juízes estão vinculados aos códigos, à Constituição, as decisões anteriores dos tribunais superiores e às decisões anteriores de seus próprios tribunais. Portanto, os tribunais “fazem” o direito. Assim, “*ao tomar o modo de análise relativamente baseado em princípios ou relativamente específico aos fatos, os tribunais podem estabelecer regras gerais ou deixar ampla margem de manobra para o futuro.*”²³⁵

A ampla discricionariedade nas decisões judiciais, de acordo com Scalia, é uma mal a ser combatido. Isso porque o valor da perfeição nas decisões judiciais não deve ser superestimado, a Suprema Corte pode revisar apenas uma proporção insignificante dos casos decididos, o que não condiz com a noção idílica de que o tribunal tem capacidade de construir um conjunto de regras articulado, além de afrontar a previsibilidade e inibir a coragem de enfrentar a vontade popular. Assim, quando

um juiz de apelação diz que a questão deve ser decidida com base na totalidade de circunstâncias, ou por um equilíbrio de todos os fatores envolvidos, ele começa a se assemelhar a um descobridor de fatos mais do que um aplicador do direito.²³⁶

Scalia critica a filosofia da Constituição viva, dizendo que ela não se importa com o que a Constituição significa e que a única questão relevante consiste em “*O que a Constituição significa hoje?*”²³⁷ Além disso, os correlegionários dessa corrente de pensamento se entregam ao pressuposto de que quaisquer mudanças feitas no

propõe uma alternativa semelhante ao que poderia ser chamado de orientação antitruste em oposição uma orientação regulatória para assuntos econômicos: em vez de ditar resultados substantivos, ela intervém apenas quando o mercado, no nosso caso, o mercado político, está funcionando mal sistematicamente. Assim, caberia à Corte apenas atuar com a finalidade de aperfeiçoar o processo de tomada de decisões democráticas pelos órgãos competentes para tanto (1980, p. 102-103).

²³⁴ Tradução livre para: “Is that not formalism? Long live formalism. It is what makes a government of laws and not of men.” SCALIA, Antonin. *The Essencial Scalia: On the Constitution, the Courts, and the Rule of Law*. Edited by Jeffrey S. Sutton and Edward Whelan. New York: Crown Forum, 2020, p. 30.

²³⁵ Tradução livre para: “And by making the mode of analysis relatively principled or relatively fact-specific, the courts can either establish general rules or leave ample discretion for the future.” Ibid., 2020, p. 4.

²³⁶ Tradução livre para: “an appellate judge says that the remaining issue must be decided on the basis of the totality of the circumstances, or by a balancing of all the factors involved, he begins to resemble a finder of fact more than a determiner of law.” Ibid., p. 8.

²³⁷ Tradução livre para: “What ought it to mean today?” Ibid., p. 13.

significado original sempre serão no sentido de conceder mais liberdade individual, o que seria sempre bom. No entanto, Scalia acentua que os proponentes da Constituição via esperam que seja uma via de mão única, esquecendo-se que essa abordagem de padrões de evolução tanto pode criar direitos novos como fulminar direitos antigos.

O autor em comento também menciona que, ao contrário da propaganda flexibilidade, a doutrina da Constituição viva não favorece a mudança social, servindo à perpetuação do *status quo* a partir da consagração de seus pontos de vista de moralidade ou de direito natural na Constituição. Ademais, discorre que os partidários dessa doutrina adotam uma metodologia obscura, pois não esclarecem *“como eles decidirão quais são os padrões de decência em evolução que marcam o progresso de uma sociedade de amadurecimento.”*²³⁸ Nesse sentido, conclui que *“o partidário do Constitucionalismo vivo é um sujeito feliz, porque acontece que a Constituição sempre significa o que ele pensa que deveria significar.”*²³⁹

Scalia defende uma interpretação originalista da Constituição ao preconizar que as disposições constitucionais têm um significado fixo, que não muda, exceto através de emendas. Dessa forma, busca discernir o significado que a disposição constitucional tinha no momento da sua adoção, ou seja, a interpretação consiste na investigação histórica do sentido original da Constituição. Uma vez aplicado aos estatutos legais, esse princípio de interpretação traduz o textualismo. Não se pauta na intenção legislativa subjetiva e sim em uma espécie de intenção objetivada consistente, naquela que uma pessoa razoável obteria do texto, atendo-se àquilo que o legislador efetivamente disse e no que pretendia dizer.

Entende ainda que o originalista ou textualista não é um literalista ou niilista, uma vez que *“um texto não deve ser interpretado estritamente, e não deve ser interpretado com indulgência; deve ser interpretado razoavelmente, para conter tudo o que significa de maneira justa.”*²⁴⁰ Com isso, conclui que a metodologia originalista nem sempre fornece uma resposta clara e fácil. Por isso, não é perfeita, mas supera todas as alternativas disponíveis por ser *“o único critério que real e verificável que*

²³⁸ Tradução livre para: “How are they to decide what are “the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society.” Ibid., p. 22.

²³⁹ Tradução livre para: “The living constitutionalist is a happy fella, because it turns out that the Constitution always means precisely what he thinks it ought to mean.” Ibid., p. 23-24.

²⁴⁰ Tradução livre para: “a text should not be construed strictly, and it should not be construed leniently; it should be construed reasonably, to contain all that it fairly means.” Ibid., p. 29.

pode impedir os juizes de fazer da Constituição o que eles acham que ela deveria dizer."²⁴¹

De outro lado, emergiu o interpretativismo de Ronald Dworkin, que apresentava um ponto de vista substancialista acerca do *Rule of law*. Inicialmente, Dworkin refuta o conceito criterial do direito dado pelo positivismo jurídico, que se fundamenta, de acordo com Morbach²⁴², na

elucidação de quais são os testes que aqueles que compõem a prática jurídica compartilham (à exceção dos casos marginais, limítrofes) para identificar quais proposições jurídicas são verdadeiras (i.e. quais proposições são realmente jurídicas; em última análise, o que é e o que não é direito válido).

Em outras palavras, para os positivistas, apenas se os critérios factuais sobre os fundamentos do direito forem compartilhados pode ocorrer um debate significativo sobre o que é o direito. Esse é o argumento do agulhão semântico.

De acordo com o citado jurista, os processos judiciais abrangem três tipos de questões: (i) questões de fato (O que aconteceu?); (ii) questões de direito (Qual é a lei pertinente?) e (iii) questões de moralidade (Se a lei for aplicada produzirá um resultado injusto?). O primeiro tipo de desacordo pode ser facilmente identificado, de modo que se sabe por que os juizes estão divergindo e qual a evidência seria imprescindível para sanar a questão. O terceiro desacordo é bastante frequente. As pessoas divergem sobre o que é certo e errado e isso não desperta problema especial no âmbito judicial.

A segunda questão, por sua vez, versa sobre as proposições jurídicas, concentrando-se em alegações sobre o que a lei permite, proíbe ou obriga. Os juristas entendem que essas assertivas podem ser verdadeiras ou falsas em decorrência de outras proposições sobre os fundamentos do direito. Dessa forma, podem estar de acordo sobre os fundamentos do direito e circunscrever a divergência ao fato de terem sido observados ou não no caso concreto (chamada de divergência empírica sobre o direito) ou podem discordar sobre os próprios fundamentos do direito (chamada de divergência teórica sobre o direito). Esta última é a mais comum.

²⁴¹ Tradução livre para: "the reality is that the originalism is the only game in town – the only real, verifiable criterion that can prevent the judges from making the Constitution say whatever they think it should say." Ibid., p. 23.

²⁴²MORBACH, Gilberto. *A terceira via de Jeremy Waldron*. Dissertação (mestrado) Universidade Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-graduação em Direito, 2019, p. 116.

Os adeptos do positivismo jurídico subestimam a divergência teórica sobre o direito ao dizer que os juristas apenas fingem que divergem ou só divergem porque o caso se situa em uma zona cinzenta ou de penumbra, na qual se tornam manifestas as diferenças resultantes da utilização diferente das versões de uma mesma regra. Em ambos os casos, sugerem que o melhor a fazer é ignorar os termos usados pelos juízes e tratá-los como se estivessem em desacordo sobre a fidelidade ou reforma do direito e não sobre o direito em si. Por isso, acabam se tornando vítimas do agulhão semântico.

Nesse espectro, o jusfilósofo norte-americano defende que “o *direito é a nossa instituição social mais estruturada e reveladora*”²⁴³ e ainda acrescenta que sua complexidade, função e consequências estão vinculadas à sua prática essencialmente argumentativa. Em outras palavras, assenta-se nas discussões de reivindicações sobre o que o direito permite, obriga ou proíbe e que só fazem sentido através e no âmbito dele mesmo.

Esclarece ainda que não lhe interessa o estudo da prática argumentativa sob o ponto de vista externo, que é próprio do historiador ou do sociólogo, os quais buscam identificar as espécies de argumentos jurídicos que se desenvolveram em determinado momento histórico ou sob certas circunstâncias. Ao revés, o seu enfoque dirige-se ao ponto de vista interno, uma vez que pretende demonstrar quais dessas reivindicações são bem fundamentadas e por quê. Para tanto, debruça-se sobre o argumento jurídico-formal a partir do juiz sob a justificativa de que é mais explícito, além de que o raciocínio judicial exerce influência sobre outras formas de discurso legal.

Assim, a dimensão interpretativa do direito centra-se na divergência, isto é, a contraposição argumentativa garante a resposta correta para determinada controvérsia. Nestes termos, a divergência é dirimida com a melhor justificativa possível da prática jurídica, a qual se perfaz por intermédio de uma interpretação construtiva voltada a “*impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertençam.*”²⁴⁴ Logo, a interpretação construtiva propõe um valor à prática jurídica ao descrever os princípios que ela expressa.

²⁴³Tradução livre para: “Law is our most structured and revealing social institution.” DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 11.

²⁴⁴Tradução livre para: “matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong.” *Ibid.*, p. 52.

Sob tal perspectiva, não há que se falar em respostas antecipadas aos problemas jurídicos ou em fórmulas pressupostas para solução de controvérsias. A resolução das divergências é promovida a partir do caso concreto. Por isso, não é dado ao juiz decidir e em um segundo momento fundamentar.

De acordo com Streck²⁴⁵, a tese de Dworkin também se destaca pela consideração de que a definição do direito como prática interpretativa não autoriza a conclusão de algum tipo de especialidade da esfera jurídica em relação às demais. Diversamente, a dimensão interpretativa é cotidiana e, portanto, constitutiva das práticas sociais como o direito, de modo que a interpretação jurídica não se notabiliza por ser uma atividade peculiar. A interpretação só assume formas diferentes em contextos distintos, pois cada prática social apresenta critérios de valor próprios.

Conforme Dworkin, a interpretação construtiva ocorre em três estágios. A primeira etapa é denominada pré-interpretativa e lastreia-se na identificação das regras e padrões que fornecem o conteúdo da prática social. São os parâmetros classificatórios básicos que permitem que algo possa ser interpretado. No segundo momento, advém a etapa interpretativa, pela qual o intérprete persegue uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificada no estágio anterior. O autor salienta que a justificativa não precisa se acoplar perfeitamente a todos os elementos da prática, mas deve ajustar-se de tal modo que constitua uma interpretação da prática social e não a invenção de outra. Por fim, fala-se na etapa pós-interpretativa, na qual se amolda a ideia daquilo que a prática de fato exige para servir à justificativa engendrada na fase interpretativa.

Todavia, a interpretação construtiva não está imune a críticas. Dworkin descreve que as principais objeções dizem respeito às alegações de que: (i) interpretar quer dizer entender algo, seja um gesto, uma pintura ou um texto, por exemplo, a partir da tentativa de descoberta das intenções do autor ao representar, pintar ou escrever, respectivamente e que (ii) a interpretação visa mostrar o objeto como ele de fato é e não em sua melhor luz, rechaçando-se a atribuição de valores por parte do intérprete.

Em seguida, Dworkin rebate cada uma delas. Em primeiro lugar, o doutrinador ressalta que a tentativa de definir o estado mental consciente do autor no momento

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. *Ebook*.

em que representou, pintou ou escreveu certa obra é ilusória, visto que a intenção se mostra mais complexa e problemática. Ademais, não se vislumbra a possibilidade de estabelecer a reconstrução histórica do estado mental do autor de forma neutra. Inevitavelmente, abrange as opiniões do próprio intérprete, pois busca encontrar a melhor maneira de expressar o objeto em questão. Isso porque o julgamento que o intérprete faz sobre aquilo que o autor teria aceito será conduzido pelo seu senso daquilo que o autor deveria ter admitido, isto é, o seu senso de quais interpretações tornariam a prática jurídica melhor ou pior.

Ainda que se admitisse que a interpretação tem por objetivo desvendar a intenção do autor, parece inadequado quando se trata das práticas sociais como o direito. Deve-se levar em conta a distinção crucial entre interpretar os atos dos participantes individualmente e interpretar a prática em si, ou seja, de forma coletiva. E mesmo que se conceda anuência à ideia de uma consciência de grupo, acaba por adicionar outra pessoa, cujas opiniões o intérprete deve julgar e contestar, cabendo-lhe, ao final, diferenciar, a opinião que a consciência de grupo tem sobre a prática social, a opinião que ele pensa poder descobrir ao refletir sobre os seus motivos e propósitos distintos e aquela que o próprio intérprete tem acerca da questão.

Assim, conclui-se que a interpretação construtiva, por natureza, persegue um propósito que não se confunde com a intenção do autor. Ela sugere uma maneira de enxergar o que é interpretado como se fosse o produto de uma decisão para alcançar determinado conjunto de objetivos em vez de outro. Nesse ponto, emerge a seguinte questão: um ponto de vista interpretativo pode ser objetivamente melhor que outro?

A tese dworkiniana afasta o ceticismo vigente no interior da atividade interpretativa, por recorrer ao relativismo moral, e defende a existência de certa objetividade no direito a partir da ideia de que é possível encontrar respostas corretas às práticas jurídicas. Ela compreende que a interpretação de cada juiz se fundamenta em suas próprias convicções sobre o propósito, o objetivo ou o princípio justificativo do direito como um todo e que são diferentes, pelo menos em alguns detalhes, daquelas de outros juízes. Contudo, também entende que há paradigmas no direito que conduzem à convergência. Nesse diapasão, destacam-se as exigências de coerência e integridade da prática jurídica e, por conseguinte, das decisões judiciais.

A coerência é um reflexo da aplicação da igualdade. Tem como embasamento filosófico a ideia de que se deve tratar as pessoas com *igual consideração e respeito*. Vincula-se à consistência lógica que deve vicejar entre o julgamento de casos semelhantes, de modo que os mesmos preceitos e princípios devem ser observados nessas situações. Expõe o dever da dupla observância de igualdade da apreciação do caso e de tratamento pelo Poder Judiciário.²⁴⁶

Dworkin nega que exista coerência quando as instituições simplesmente repetem suas próprias decisões anteriores o mais fiel e precisamente possível. Essa postura condiz com a estabilidade. A coerência, ao contrário, possui um substrato ético-político, uma vez que é dotada de consciência histórica e facticidade²⁴⁷. O jusfilósofo norte-americano compreende que o órgão julgador sabe que os outros juízes decidiram casos que, embora não sejam exatamente iguais acabam por discutir problemas afins, e, por isso, deve considerar que essas decisões integram uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, incorporando-lhe novos elementos.

Dito de outro modo, o respeito à tradição histórica constitui elemento relevante, mas isso não quer dizer que deva vigorar coerência de princípios em todas as fases do direito de uma comunidade. Exige-se uma coerência mais horizontal do que vertical, no sentido de que não se intenta recuperar os ideais ou propósitos daqueles que o criaram. O objetivo consiste em justificar o que já foi feito em uma história digna de ser contada.

Nesse espectro, conclui-se que a coerência é um vetor principiológico que impõe ao juiz o dever de interpretar a prática jurídica da melhor forma possível, levando em consideração o que as normas jurídicas exigiam ou autorizavam na época em que se deram os fatos. Outrossim, de acordo com a lição de Morbach²⁴⁸,

os juízes são igualmente 'autores e críticos': decidindo os casos que são a eles apresentados, juízes contribuem para com a tradição que interpretam, adicionando a ela novos elementos; os juízes subsequentes, portanto, vão encontrar uma tradição que se renova ao mesmo tempo em que guarda coerência de princípio com o passado.

²⁴⁶STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Conjur*, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em 05/01/2022.

²⁴⁷STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! *Conjur*, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>. Acesso em 05/01/2022.

²⁴⁸MORBACH, Gilberto. *A terceira via de Jeremy Waldron*. Dissertação (mestrado) Universidade Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-graduação em Direito, 2019, p. 128.

A integridade, por sua vez, segundo Dworkin, constitui uma virtude política, ao lado da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo. De acordo com esse ideal, busca-se que a interpretação de qualquer parte da rede de estruturas e decisões políticas da comunidade integre uma teoria coerente que tenha condições de justificar essa rede como um todo. Não se conforma, portanto, quando o Estado endossa princípios que justifiquem uma parte de seus atos, entretanto não prestam para justificar o restante. Nessa senda, condena a incoerência de princípios entre os atos do Estado personificado.

Além disso, a integridade aparece como um ideal político distinto e dotado de autonomia dentro de uma comunidade que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio da força coercitiva. Protege ainda contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção. Assim, nos dizeres de Streck²⁴⁹, a integridade funciona como um freio contra arbitrariedades interpretativas, opondo-se às atitudes voluntaristas e solipsistas.

Essa virtude política ainda contribui para a eficiência no direito. Isso porque se as pessoas são governadas não somente por normas jurídicas explícitas, decorrentes de decisões tomadas no passado, mas também por outras que advenham dos princípios que essas decisões pressupõem, então as normas públicas reconhecidas podem se dilatar e retrair de maneira orgânica. Desse modo, uma comunidade que admite a integridade apresenta um mecanismo de transformação orgânica.

E mais, a integridade promove a união da vida moral e política dos cidadãos, visto que insiste em que cada um deve aceitar as exigências que lhe são feitas e também pode fazer exigências aos demais, que compartilham uma organização comum de justiça. Em outros termos, trata-se da ideia de um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar como a dimensão moral das decisões políticas tomadas pela comunidade.

Dworkin leciona que o ideal da integridade se faz presente na legislação e também na deliberação judicial. Na primeira, define um espaço de conformação ao legislador no processo de criação e alteração de normas jurídicas, pois exige que estas últimas expressem um sistema coerente de justiça e equidade. Na segunda, impõe aos juízes que tratem o ordenamento jurídico como se expressasse um

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. *Ebook*.

conjunto coerente de princípios. O princípio da integridade na prestação jurisdicional confere aos cidadãos o direito de obter uma decisão sobre a questão levada a juízo calcada em uma interpretação que consagre o direito como um todo, como se o Estado manifestasse uma só voz.

O direito como integridade determina que os juízes decidam com base em princípios e não em política. Isso requer que as decisões judiciais indiquem aos cidadãos o caminho a ser adotado no futuro e levem a efeito a estrutura política e a doutrina jurídica amplamente difundidas na comunidade. Com isso, fica claro que a práxis interpretativa de Dworkin não entrega nas mãos do juiz um poder absoluto e arbitrário, convocando-o a julgar conforme os parâmetros de coerência e integridade.

Denota-se, pois, que o *Rule of Law* britânico difere-se do norte-americano. Apesar de ambas confiarem a proteção dos direitos individuais ao Poder Judiciário, a introdução do judicial *review of legislation* pela última demarca uma reviravolta no sistema de *checks and balances*. Afinal, realiza uma reconfiguração da relação entre os Poderes do Estado ao atribuir ao Judiciário a tarefa de avaliar a (in)constitucionalidade dos atos emanados do Legislativo e do Executivo.

2.5 Do Estado liberal ao Estado social de direito: da consagração dos direitos civis e políticos aos direitos sociais e econômicos

O Estado de direito²⁵⁰ tem, portanto, sua gênese na ideologia liberal herdada sobretudo das grandes revoluções verificadas na Europa continental, a Revolução Gloriosa de 1688 e a Revolução Francesa de 1789, assim como a Revolução Americana de 1776. Segundo Bonavides²⁵¹, “*foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do*

²⁵⁰ Mais recentemente, Enrique Perez Luño (LUÑO, Enrique Perez. *Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012) enfatiza a dimensão triádica do Estado de direito, mencionando que além de liberal e social, há um paradigma constitucional. Enquanto o Estado liberal representa a primeira fase do Estado de direito, em que se afirma as liberdades de signo individual e o Estado social evidencia os direitos econômicos, sociais e culturais, o Estado constitucional põe em destaque os direitos de terceira geração. Além disso, o Estado constitucional “*se caracteriza por ser a forma política que consagra plenamente o caráter normativo, não meramente programático da Constituição*” e, assim, “*emana a justiciabilidade dos direitos constitucionais e a abertura de casos e procedimentos adequados para garantia da eficácia desses direitos*”. Também se notabiliza pela “*supraestatalidade normativa*”, que lhe confere uma vocação universalista e cosmopolita. Desse modo, o Estado constitucional se distinguiria das demais formas por reconhecer direitos transindividuais, favorecendo a adoção de princípios e regras jurídicas comuns no âmbito de diferentes ordenamentos jurídicos e assegura a força normativa da Constituição.

monarca – que nasceu a primeira noção do Estado de direito.” Com isso, ocorre a passagem de um Estado ilimitado e eminentemente político a um Estado organizado e limitado pelo direito. Desse modo, os pontos cardeais do Estado de direito sobressaem pela análise da relação entre três elementos: o poder político, o direito e os indivíduos. O Estado de direito apresenta-se, pois, como um meio para alcançar um fim, uma vez que indica como o direito pode intervir sobre o exercício do poder político para fortalecer a posição dos indivíduos²⁵².

De acordo com Chevallier²⁵³, o primeiro aspecto de limitação do poder político reside no reconhecimento dos direitos e liberdades individuais. O Estado de direito se apoia na primazia do indivíduo na organização social e política. A teoria do Estado de direito tem como fundamento o pensamento liberal burguês e, por isso, privilegia a defesa do indivíduo em face da coletividade. Parte-se da ideia de que o indivíduo preexiste ao Estado, que é fruto de um contrato social, celebrado com o intuito de resguardar os direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade de seus membros.

Outrossim, a contenção do Estado também é promovida pela separação dos poderes. Esse princípio, idealizado por Locke e Montesquieu, assumiu um papel histórico fundamental como técnica de harmonia e equilíbrio funcional entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a fim de prevenir a concentração de poderes nas mãos de uma única autoridade pública e, por conseguinte, garantir as esferas da liberdade individual dos governados contra invasões arbitrárias do governante. *“É forma de garantir o indivíduo, de rodeá-lo de proteção contra o Estado, implicitamente seu maior inimigo na teoria liberal.”*²⁵⁴

Além disso, sela um compromisso com o ideal democrático. Nesse sentido, a titularidade da soberania é conferida à Nação (Siéyès) ou ao Povo (Rousseau).

²⁵¹BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2007, p. 41.

²⁵² Essa ideia de Estado de direito como princípio político é debatida por Reinhol Zippelius. O autor sustenta que os princípios do Estado de direito, além de uma função negativa, limitadora do poder do Estado, também apresentam uma função constitutiva, uma vez que integram *“o acervo daquelas normas com cuja execução se constitui a comunidade política viva”* (2016, p. 653). Assim, os sistemas políticos que se encontram construídos segundo os princípios do Estado de direito são caracterizados por processos decisórios regulados por uma divisão e limitação de competências decisórias e por regras procedimentais, para que essas decisões decorram como processo controlado.

²⁵³CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Tradução Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 47.

²⁵⁴BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2007, p. 68.

Da liberdade do Homem perante o Estado, a saber da idade do liberalismo, avança-se para a ideia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo Homem na formação da vontade estatal.²⁵⁵

Admite ainda a delegação da soberania aos representantes eleitos, cuja função não consiste em exprimir a vontade particular de seus eleitores e sim se manifestar pelo todo. Dessa maneira, consolida-se a visão de que a lei é expressão da vontade geral e que, em última instância, o cidadão governa a si mesmo.

O Estado de direito também se apresenta inicialmente como um Estado mínimo. Isso porque, em regra, é vedado ao órgão estatal intervir na ordem social. Promove uma compartimentalização dos espaços público e privado e atribui aos cidadãos garantias jurídicas para se voltarem contra a invasão pelo Estado da esfera de autodeterminação individual²⁵⁶.

Em resumo, nos dizeres de Miranda, o Estado de direito é marcado, em sua origem, pelos seguintes elementos:

Em vez de tradição, contrato social; em vez de soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez de exercício do poder por um só ou de seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez de razão do Estado, o Estado como executor das normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos, e atribuição aos homens, apenas por serem homens, de atributos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação dos poderes, a representação política.²⁵⁷

Teixeira cita que Fioravanti²⁵⁸, no mesmo sentido, discorre que a constituição de um Estado liberal de direito passa pela afirmação do princípio da presunção de liberdade, segundo o qual os indivíduos têm liberdade para agir a menos que a lei lhes imponha ou proíba determinada conduta; do princípio da reserva legal, pelo qual apenas a lei pode limitar ou disciplinar o exercício de direitos individuais e pelo princípio da constituição como ato que empreende a separação entre os poderes e resguarda a esfera de direitos e liberdades individuais.

²⁵⁵ Ibid., p. 43.

²⁵⁶ Bertrand de Jouvenel, em *As origens do Estado Moderno: uma história das ideias políticas do século XIX*, descreve que a liberdade dos modernos constitui o manto protetor da independência individual. Essa concepção se baseia na ideia de que o homem, na sua “condição particular”, deve sofrer no seio da sociedade, o menor volume possível de embaraços; “reduzir suas obrigações jurídicas àquelas que ele mesmo assumisse voluntariamente por meio de contrato”; “subtrai-lo às ordens de outrem, reduzindo-as ao âmbito do objetivamente indispensável (a lei da razão) e do subjetivamente concedido (a lei é expressão da vontade geral.” (1978, p. 133)

²⁵⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019, p. 41.

²⁵⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 148.

O Estado liberal de direito, então, destaca-se pela supremacia da lei como instrumento de resolução de conflitos intersubjetivos e como meio de proteção dos direitos e liberdades individuais. Nessa lógica, a lei é o caminho indispensável da liberdade, no sentido de que, o indivíduo só é livre na medida em que segue a lei, a qual constitui o instrumento capaz de protegê-lo contra o arbítrio estatal. O Poder Judiciário, nesse cenário, assume o papel primordial de restaurar a ordem jurídica violada, aplicando-se igualmente a lei a todos sejam particulares ou agentes estatais.

Se, no primeiro momento, o Estado de direito está calcado essencialmente na centralidade da lei e na luta contra o arbítrio do Estado Administrativo, abrindo caminho para a construção da soberania parlamentar, pode-se dizer que a teoria kelseniana provoca uma reviravolta ao incluir a análise do ordenamento jurídico sob a perspectiva dinâmica. Assim, a lei perde a sua posição absoluta no ordenamento jurídico para se tornar um estágio intermediário no sistema de criação e aplicação do direito.

Como norma superior dentro de um ordenamento hierarquizado, a Constituição assume a posição de parâmetro de controle em relação às normas situadas nos degraus inferiores e reforça sua cogência. Vale lembrar que até esse momento era um documento que tinha mais valor político que jurídico. Desse modo, a Constituição passa a ser a válvula de fechamento do Estado de direito. Portanto, o modelo oitocentista cede espaço ao Estado de direito constitucional, o qual introduz vínculos à ação do legislador e torna possível o controle jurisdicional.

Contudo, a identificação empreendida por Kelsen entre o Estado e o direito, desembocando em um normativismo intransigente, acaba por fomentar uma concepção formalista de Estado de direito. De acordo com a teoria kelseniana, a expressão Estado de direito constitui verdadeiro pleonasma, já que todo Estado é um Estado de direito, pois o conceito de Estado é necessariamente jurídico²⁵⁹. Nesse

²⁵⁹Elías Díaz, em contraponto, realça que nem todo Estado é Estado de direito. Nesse sentido, descreve que todo Estado cria Direito, ou melhor, produz normas jurídicas e se serve delas para organizar o grupo social, orientar políticas e resolver conflitos concretos surgidos dentro do próprio Estado. Apesar disso, nem todo Estado com direito pode ser reconhecido como Estado de direito. Isso porque este último rótulo implica submissão do Estado ao seu próprio Direito, regulação e controle de poderes e ações do Estado por meio de leis, que são criadas segundo procedimentos de livre e aberta participação popular com respeito aos direitos fundamentais condizentes com essa organização institucional. Trata-se, pois, de uma construção histórica, que se caracteriza pelo império da lei sobre governantes e cidadãos; divisão dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário com predomínio daquela, que representa a soberania popular; fiscalização da Administração Pública e proteção dos direitos e garantias fundamentais (2002, p. 220-222).

sentido, “o Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito.”²⁶⁰

Esse apagamento do poder que faz com que a criação das normas jurídicas seja um processo inteiramente regido pelo direito é enganoso. Isso porque

a formalização jurídica não seria suficiente para acarretar a prescrição do fenômeno do poder e para erradicar a dominação que constituem o embasamento profundo do Estado de direito.²⁶¹

A ascensão dos regimes fascista e nazista, na Itália e na Alemanha, respectivamente, na primeira metade do século XX, provoca a necessidade abandonar a concepção formalista do Estado de direito, pois, apesar de possuírem uma ordem jurídica estruturada, não utilizaram o aparelho estatal com o fim de tutelar os direitos e as liberdades dos indivíduos. Muito pelo contrário, a máquina pública foi manobrada a serviço do poder. Com isso, a indiferença axiológica passa a ser questionada, exigindo-se uma reinterpretação do conceito de Estado de direito que, para além da hierarquia das normas jurídicas, resguarde a dignidade humana.

O século XX também é marcado pelo esgotamento do modelo individualista. Conforme Miranda, são fatores que contribuíram para tanto

as deficiências das Constituições liberais; a sua dificuldade de conformar o poder e a vida em tempos de aceleração e de impaciência; os reflexos da chamada crise da lei ou do Direito; a tensão dialética do liberalismo, democracia e socialismo”.²⁶²

Ademais, Revolução Russa de 1917 favoreceu o surgimento de uma nova categoria jurídica, os chamados direitos sociais. A partir desse evento histórico, sucederam-se constituições que albergaram tanto a tutela dos direitos sociais como a própria ideia do fenômeno constitucional como movimento que tinha como finalidade proteger direitos individuais e coletivos.

Com isso, denota-se uma ampliação da ideia de liberdade que deixa de ser vista apenas pelo aspecto negativo como a exigência de abstenção do Estado sobre a esfera jurídica dos sujeitos e passa a ser contemplada ainda pelo aspecto positivo, impondo-se um dever prestacional ao Estado, a fim de concretizar direitos que

²⁶⁰KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016: p. 273.

²⁶¹CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Tradução Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 56.

²⁶²MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019, p. 51.

difícilmente seriam alcançados dada a desigualdade real de oportunidades sociais. Verifica-se, pois, uma expansão estatal. Isso porque o Estado é chamado a intervir na ordem social, atuando como o “*garantidor do desenvolvimento coletivo e protetor de cada um.*”²⁶³ O aparelho estatal é posto a serviço das políticas públicas com vistas a alcançar certos resultados econômicos e sociais. Assim, nasce o Estado social de Direito²⁶⁴.

De acordo com Célia Kerstenetzky²⁶⁵, o termo Welfare State foi empregado pela primeira vez pelo historiador e cientista político britânico Sir Alfred Zimmern nos anos 1930 e se caracterizaria “*pelo predomínio da lei sobre o poder, da responsabilidade sobre a força, da Constituição sobre a revolução, do consenso sobre o comando, da difusão do poder sobre a sua concentração, da democracia sobre a demagogia*”, contrapondo-se ao Power State. O termo teria sido difundido para distinguir a Inglaterra da Alemanha nazista, pois enquanto a primeira se associava ao Welfare State, a segunda seria exemplo do Power State.

Ainda segundo a autora, o Estado social é uma invenção política caracterizada pela “*resistência sistemática à dissolução dos laços sociais pelos nexos mercantis, em termos que reconheçam o status igualitário de cidadania.*”²⁶⁶ Na mesma toada, Copelli ensina que o Welfare State ou Estado Social:

É parte de uma sequência típica do capitalismo, em que as sociedades liberais do século XIX, diante de uma série de influxos e tensões observados, sobretudo nas classes populares e médias, procuram na organização estatal não mais um papel de limite de poder, mas, sobretudo, um contexto interventivo.²⁶⁷

Com isso, fica claro que a nova institucionalidade representada pelo Estado social constitui uma resposta do capitalismo às demandas crescentes por igualdade material. Trata-se, pois, de uma solução de compromisso para manter o projeto

²⁶³ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Tradução Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p.81.

²⁶⁴ Maria Paula Dallari Bucci acrescenta que o Estado social promove “*uma alteração da visão do contrato social, não mais concebido como uma relação entre soberano e indivíduos autônomos, de onde emerge um Estado com poderes limitados*”. No Estado social, “*o todo tem existência independente das partes e as partes não assumem mais obrigações sem mediação do todo*” (2018, p. 52).

²⁶⁵ KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: A reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 1.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ COPELLI, Giancarlo Montagner. *Construções entre Filosofia da Linguagem e Teoria do Estado: o Estado Social como Estado de Direito e seus desafios no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, RS, 2018, p. 98.

liberal que, além de contemplar os direitos civis e políticos, passa a abrigar os direitos sociais e econômicos com o fim de arrefecer as disputas de classe a partir da redução da pobreza e das desigualdades sociais.

Bolzan²⁶⁸ também aponta a dupla face do Estado social que simultaneamente busca atender os reclames dos movimentos sociais, especialmente, operários e garante a continuidade e manutenção do sistema através de investimentos em condições infraestruturais indispensáveis ao processo produtivo industrial. Fica claro, então, que o Estado social de direito não representa uma ruptura com o Estado liberal de direito. Trata-se, pois, de uma adaptação do aparato político-jurídico para resguardar a continuidade do projeto econômico. Portanto, não há que se falar em superação do modelo anterior.

Essa forma de intervenção pública se delineia na Alemanha a partir do fim do século XIX com a unificação do Estado nacional e na Inglaterra no período pós-Segunda Guerra Mundial. Enquanto, na Alemanha vigorava o modelo do contrato de trabalho, baseado na criação de um seguro nacional compulsório, financiado parcialmente com recursos públicos, que conferia proteção às categorias profissionais em face de determinados riscos sociais, em território inglês sobressaiu o modelo do status de cidadania, que estabelecia o direito a um padrão mínimo de vida a todos, custeado pela arrecadação de tributos. Posteriormente, o Welfare State se espalhou e cerca de trinta anos após a Segunda Guerra Mundial já era uma realidade em toda Europa ocidental e nórdica, bem como em algumas colônias europeias.

Embora não se possa definir um padrão originário único, Kerstenetzky²⁶⁹ aponta três elementos presentes na configuração embrionária do Estado social em qualquer lugar, quais sejam, a introdução do seguro social no país, a qual demarca a ultrapassagem do caráter assistencial, assumindo a condição de direito contra a perda da capacidade de geração de renda; a adoção do sufrágio universal masculino, uma vez que a pobreza deixa de constituir óbice ao exercício da cidadania política e o alcance do patamar de 3% do produto interno bruto pelo gasto social público.

²⁶⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Ebook.

²⁶⁹ KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: A reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 14-15.

Copelli²⁷⁰ acentua ainda que a construção histórica do Estado social é, sobretudo, tributária de um contexto político de aproximação do *demos* ao poder com vistas à composição de um acordo para uma nova forma de vida compartilhada, ou seja, um projeto de bem-estar social. Dessa forma, preconiza que o Estado social não se interessa apenas pela igualdade política, mas também pela produção de horizontalidade social. Em outras palavras, mais do que extensão da participação no poder a todos, independentemente de qualquer critério discriminatório, busca-se concretizar um paradigma desenvolvimentista consistente na oferta de oportunidades para que cada um possa escolher livremente o tipo de vida que valoriza e disponha dos meios para agir de acordo com os fins escolhidos.²⁷¹

Em termos jurídicos, a Constituição, enquanto elo entre direito e política, passa a ocupar posição de destaque no cenário forjado pelo Estado social. Isso porque além de assegurar os direitos de liberdade contra o arbítrio do Estado passa a direcionar o agir político, criando responsabilidades ao ente estatal e determinando a execução de ações positivas destinadas à promoção e proteção do bem-estar social.²⁷² Assim, o viés assistencialista da atuação estatal e, conseqüentemente, voluntarista é substituído pela instituição de direitos de cidadania²⁷³, que têm caráter normativo e, por conseguinte, obrigatório. Observa-se, pois, que o Estado social “*incorpora um novo caráter ao liberalismo, vinculando à liberdade liberal a igualdade da tradição socialista.*”²⁷⁴

Esse modelo de organização social se expandiu e se consolidou nos trinta anos seguintes ao segundo Pós-Guerra, entre 1945 e 1970, os quais são

²⁷⁰ COPELLI, Giancarlo Montagner. *Construções entre Filosofia da Linguagem e Teoria do Estado: o Estado Social como Estado de Direito e seus desafios no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, RS, 2018, p. 106.

²⁷¹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento com liberdade*. São Paulo, Companhia das Letras: 2000, p. 31-33.

²⁷² TASSINARI, Clarissa. *Populismo e distorções institucionais no Brasil: A dinâmica entre Poderes e os riscos de sobreposições institucionais à democracia*. In: COPELLI, Gian Montagner; TASSINARI, Clarissa (Orgs.). *Pensando o populismo a partir de ensaio e perspectivas distintas*. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2022, p. 76-77.

²⁷³ Peter Haberle aponta que o Estado prestacional atua por meio de funções prestacionais como uma peça da Constituição viva. O Estado prestacional é um Estado constituído pela Lei Fundamental que abarca prestações, direta ou indiretamente, aos cidadãos e aos grupos, que em sentido amplo têm uma relação positiva com os direitos fundamentais. Os direitos prestacionais, por sua vez, apresentam uma relação ambivalente com o Estado prestacional, uma vez que consistem em metas a serem alcançadas por suas ações e, ao mesmo tempo, são expostos a novas zonas de risco. A legislação prestacional indica uma nova relação entre o cidadão e o Estado assim como entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, além de incluir o Poder judiciário nas funções de controle jurídico-prestacional (2020, p. 144-145)

²⁷⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Ebook.

conhecidos como anos dourados, graças ao esforço de reconstrução dos países devastados pelo conflito. Nesse período, ocorreu tanto um aprofundamento vertical no que diz respeito à ampliação da cobertura dos programas e do financiamento público como um adensamento horizontal no que tange à universalização dos beneficiários. De acordo com Kerstenetzky²⁷⁵ diversos fatores contribuíram para os anos dourados como: o aumento na proporção de idosos, os quais demandam com mais frequência serviços de saúde e aposentadoria; a prosperidade material, que gerou os recursos necessários ao incremento dos programas; a mobilização trabalhista; o consenso do pós-guerra sobre o papel do gasto social na acomodação entre capital e trabalho; a crescente densidade e capacidade de impulsionamento dos grupos em prol de interesses setoriais dentro do estado de bem-estar social e o aumento das taxas de urbanização e provisão educacional, facilitadoras de mobilização social e política.

Nesse contexto marcado pelo alavancamento das taxas de crescimento e participação no mercado de trabalho e níveis reduzidos de desemprego e inflação, os países centrais testemunharam a queda das desigualdades sociais e econômicas e das taxas de pobreza. No entanto, a partir das décadas de 1980 e 1990, quando a economia mundial enfrenta um período de grave recessão, o Estado social torna-se alvo de questionamentos e, por vezes, acaba estigmatizado como o próprio vilão do crescimento econômico e sua sobrevivência passou a ser objeto de questionamentos.

²⁷⁵ KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: A reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.19.

3 O QUE É A DEMOCRACIA?

3.1 A construção histórica e os desafios enfrentados pela democracia desde a Antiguidade até a Modernidade

Na Antiguidade Clássica, a democracia era vista como uma das três formas de governo segundo a classificação formulada com base na quantidade de governantes. Dessa forma, era definida como o governo exercido por todo o povo ou por muitos, distinguindo-se da monarquia e da aristocracia, nas quais o poder político era exercido por um ou por poucos, respectivamente. Não há unanimidade no pensamento grego sobre a democracia. Há quem a considere uma boa forma de governo e quem a repute condenável.

No primeiro grupo, insere-se Políbio, para o qual a democracia se notabiliza pelo cuidado com os interesses públicos e a sua degeneração, a oclocracia, seria execrável, pois a plebe recorre à violência para garantir o hábito de consumir bens alheios e viver à custa do próximo. O discurso de Péricles aos atenienses, em honra aos primeiros mortos da Guerra do Peloponeso, demarca o elogio e a exaltação dessa forma de governo, que é tida como pioneira e original, servindo como modelo a ser seguido pelos demais. Isso porque, segundo o autor²⁷⁶:

Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos"; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar outros. Seu nome, como tudo depende não de poucos mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas, quando se trata de escolher (se é preciso distinguir em qualquer setor), não é o fato de pertencer a uma classe, mas o mérito, que dá acesso aos postos mais honrosos; inversamente, a pobreza não é razão para que alguém, sendo capaz de prestar serviços à cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição. Conduzimo-nos liberalmente em nossa vida pública, e não observamos com uma curiosidade suspicaz a vida privada de nossos concidadãos, pois não nos ressentimos com nosso vizinho se ele age como lhe apraz, nem o olhamos com ares de reprovação que, embora inócuos, lhe causariam desgosto. Ao mesmo tempo que evitamos ofender os outros em nosso convívio privado, em nossa vida pública nos afastamos da ilegalidade principalmente por causa de um temor reverente, pois somos submissos às autoridades e às leis, especialmente àquelas promulgadas para socorrer os oprimidos e às que, embora não escritas, trazem aos transgressores uma desonra visível a todos.

Nessa passagem, observa-se referência aos ideais que norteiam a democracia ateniense, erigindo-se como um governo a favor de muitos e não de

²⁷⁶TUCÍDIDES. História da Guerra do Peloponeso. Coleção Clássicos IPRI. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001 p. 109.

poucos, lastreado no primado da lei, a qual vale igualmente para todos, ricos ou pobres e a liberdade é respeitada nas esferas pública e privada. Além disso, todos os cidadãos poderiam e deveriam participar das questões pertinentes à vida em comum. Sobre esse ponto, Held²⁷⁷ aponta que a democracia ateniense é marcada pelo compromisso com a virtude cívica, segundo a qual as pessoas só podem se realizar adequadamente e viver honradamente como cidadãos no interior e por intermédio da *pólis*, já que a ética e a política se satisfazem na vida comunitária.

Fioravanti²⁷⁸ resume que a democracia ateniense se encontrava assentada sobre as seguintes premissas: primazia absoluta da assembleia de todos os cidadãos atenienses para tomada de decisões coletivas; direito de palavra e de proposta atribuído a todo e qualquer cidadão; seleção por sorte dos cargos públicos e das magistraturas a partir do pressuposto da igualdade absoluta entre os cidadãos e alternância anual dos governantes, os quais estavam obrigados a prestar contas publicamente.

Denota-se, pois, que não havia separação entre povo e governo. Ao contrário, essas instâncias se encontravam fundidas, uma vez que o corpo de cidadãos era responsável pelo próprio governo, reunindo-se para debater, deliberar e promulgar a lei, ou seja, os cidadãos proclamavam o autogoverno. A participação direta, princípio de governo, nesse sentido, constituía verdadeira forma de vida, na medida em que o ideal de vida boa só poderia ser alcançado na *pólis*.

Por isso, a lei deve ser observada, pois é criada dentro da estrutura de vida comum e sua legitimidade resulta de um processo de debate, no qual a força do melhor argumento prevalece após discussões livres e sem restrições, resguardado igual direito de fala no âmbito da assembleia soberana. A liberdade, nessa esteira, não se confunde com a ausência de limites e pressupõe o respeito à lei.

Benjamin Constant, em famoso discurso proferido em 1819, no Athéneé Royal de Paris, destaca que a liberdade dos antigos:

consistia em exercer coletivamente, mas diretamente, muitas partes da soberania inteira, em deliberar, na praça pública, sobre a guerra e a paz, e concluir com os estrangeiros tratados de aliança, votar as leis, pronunciar os juízos, examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados, a lhes fazer comparecer ante todo o povo, acusá-los, condená-los ou absolvê-los; mas ao mesmo tempo que era isso o que os antigos chamavam de liberdade, eles admitiam, como compatível com esta liberdade coletiva, a submissão

²⁷⁷ Ibid., p. 17.

²⁷⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 17-18.

completa do indivíduo à autoridade do conjunto. Vós não encontrareis entre eles quase nenhum dos benefícios que nós acabamos de ver como parte da liberdade entre os modernos. Todas as ações privadas estão submetidas a uma vigilância severa. Nada é concedido à independência individual, nem no campo das opiniões, nem no do trabalho, nem sobretudo no campo da religião. A faculdade de escolher seu culto, faculdade que nós olhamos como um dos nossos direitos mais preciosos, teria parecido aos antigos um crime e um sacrilégio. Nas coisas que nos parecem as mais úteis, a autoridade do corpo social se interpõe e fere a vontade dos indivíduos; Terpandre não pode junto aos espartanos acrescentar uma corda à sua lira sem que os Éforos se ofendam. Nas relações mais domésticas, a autoridade intervém ainda. O jovem lacedemônio não pode visitar livremente sua nova esposa. Em Roma, os censores levam um olho perscrutador ao interior das famílias. As leis regulam os costumes, e como os costumes sustentam tudo, não há nada que as leis não regulem.²⁷⁹

Assim, conclui que a liberdade dos antigos era formada pela participação ativa e constante no poder coletivo, onde a vontade de cada um tinha influência real e o seu exercício se consagrava como um prazer vivo e repetido. Dessa maneira, a liberdade na Antiguidade Clássica era essencialmente política.

Diversamente, Platão demonstra desprezo pela democracia. O filósofo afirma que essa espécie de governo tem como bem supremo a liberdade excessiva, a qual acaba se convertendo em licenciosidade, na medida em que todos podem fazer o que querem, sem qualquer ordem ou restrição. Com isso,

o ânimo dos cidadãos se enfraquece a ponto de não suportar nenhum tipo de coação que, ao contrário, os incita à revolta e eles não se interessam sequer pelas leis, escritas ou não escritas, contanto que não venham a ter sob hipótese alguma um padrão.²⁸⁰

Além disso, o governo democrático tende a garantir “*igualdade para quem é igual e para quem não o é*”²⁸¹, estendendo-a a todas coisas, de modo que,

um pai se acostume a se tornar como seu filho e temer seus próprios filhos e o filho se torne como seu pai e para ser livre não tenha mais nem respeito nem receio de seus pais. Mais ainda, que o mero residente se coloque no mesmo plano do cidadão e que o cidadão no mesmo grau do residente, o mesmo ocorrendo com os estrangeiros.²⁸²

Portanto, para Platão, “*aquilo que se encontra no princípio da democracia, aquilo que constitui sua substância e essência, ou seja, a liberdade do povo somada*

²⁷⁹CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada a liberdade dos modernos. Discurso pronunciado por Benjamin Constant no Ateneu Real de Paris em 1819 d. C. Traduzido por Marcelo Consentino. *Estado da Arte*, 2023. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/constant-liberdades-gtm/>. Acesso em 26/11/2023.

²⁸⁰ PLATÃO. *Leis*. Tradução: Humberto Zanardo Petrelli. Limeira: Miguel de Cervantes Editora, 2022, p. 362.

²⁸¹ Ibid., p. 353.

²⁸² Ibid., p. 361.

à *igualdade de todos é uma mentira ontológica*.²⁸³ Isso porque, quando os indivíduos são livres para fazer o que querem e exigem direitos iguais, a coesão social acaba ameaçada por discórdias e dissensões, as quais são combatidas por uma reação extrema, a servidão. Com efeito, a democracia se degenera em tirania.

De acordo com o filósofo ateniense, o Estado ideal se baseia em duas classes: uma delas compreende uma massa de trabalhadores, que tem a missão de satisfazer as necessidades econômicas da comunidade e a outra é composta por um conjunto de homens e mulheres que tem a função assegurar a ordem e defender o Estado contra os inimigos externos. Dessa última, extrai-se um pequeno grupo de pessoas, os filósofos, que serão submetidos a um treinamento especial para formar uma visão da ideia de Bem e depois atuarão como governantes. Logo, na concepção platônica, apenas os filósofos estão aptos a governar, pois têm capacidade de organizar todos os elementos da vida sob o governo da sabedoria. A massa do povo e a classe guerreira, ao revés, não têm condições de exercer o poder político.

Aristóteles, na mesma toada, no Livro Sexto da obra *A Política*, realça que, na democracia, os pobres têm mais autoridade que os ricos²⁸⁴, já que constituem a maioria e participam do processo de criação do direito. Assim, entende que tanto quanto o governo exclusivo dos ricos, o governo apenas pelos pobres padece de vícios, já que se mobiliza em favor de uma única classe. O bom governo sob essa ótica é o que se volta ao bem comum. Por consequência, todo aquele que se inclina em favor de uma ou de outra classe é tido por corrupto.

Nos dizeres de Goyard-Fabre²⁸⁵, Aristóteles não condena de forma categórica o governo democrático. O ilustre estagirita rejeita a tirania das massas. Em outras palavras, o ilustre estagirita critica o despotismo do povo que pretende espoliar e humilhar os ricos por se tratar de um governo que atua em favor de um grupo ou de uma facção. Mas, se a democracia for exercida no interesse geral, constitui-se uma boa forma de governo.

Ademais, Aristóteles defende que melhor forma de governo, a *politeia*, consiste em um regime misto, que toma o que há de melhor da aristocracia e da democracia. Essa constituição busca instalar o justo meio, alcançando o equilíbrio

²⁸³GOYARD-FABRE, Simone. *O que é a democracia?* A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 71.

²⁸⁴ARISTÓTELES. *A Política*. Coleção Filosofia. Lebooks Editora, 2019, p. 134.

²⁸⁵GOYARD-FABRE, Simone. *O que é a democracia?* A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 85-86.

social e institucional e conciliando as tendências do grande número com os direitos da minoria.

Na democracia ateniense, a assembleia soberana se reunia mais de 40 (quarenta) vezes por ano e possuía um quórum mínimo de 6.000 (seis mil) cidadãos, aos quais incumbia deliberar sobre os assuntos mais relevantes à *pólis* como a manutenção da ordem pública, as finanças, a taxação direta, o ostracismo e as questões estrangeiras ligadas à defesa do território. O corpo de cidadãos, entretanto, era extremamente restrito.

Destarte, somente os homens atenienses com mais de 20 (vinte) anos de idade poderiam se tornar cidadãos. Held²⁸⁶ esclarece que

a democracia antiga era uma democracia dos patriarcas; as mulheres não tinham direitos políticos e seus direitos civis eram estritamente limitados (embora as mulheres casadas tivessem uma posição um pouco melhor neste último aspecto que as solteiras).

Da mesma forma, eram excluídos do governo os imigrantes estrangeiros e os escravos, cuja mão de obra era largamente empregada nas atividades de abastecimento da cidade-Estado grega. Na Atenas de Péricles, estima-se que a proporção da população escrava para cidadãos livres era de 3 para 2, o que representava em torno de 80.000 (oitenta mil) a 100.000 (cem mil) escravos.

Na democracia antiga, a soberania popular concentrava-se no corpo de cidadãos, definido como um grupo restrito de homens, atenienses e com idade superior a 20(vinte) anos. Uma grande massa populacional composta por mulheres, estrangeiros e escravos era alijada do governo e, por conseguinte, do processo de tomada de decisão sobre as questões de interesse público. Dessa forma, a igualdade política não era abrangente, visto que se circunscrevia àqueles que possuísem o *status* de cidadãos e, mesmo entre estes últimos havia diferenças, pois os membros das famílias ricas e bem estabelecidas tinham mais tempo para perseguir interesses e exercer influência política. Os excluídos, por sua vez, não eram livres, uma vez impedidos de governar e serem governados por si mesmos, eles ficavam sujeitos à leis editadas pelos cidadãos.

²⁸⁶ HELD, David. *Modelos de Democracia*: Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987, p. 21.

Held²⁸⁷, a partir de relato de caso retratado por Xenofonte²⁸⁸, destaca ainda que a participação popular na democracia antiga estava fadada a algumas debilidades, dentre as quais, cite-se:

[...] dependência para a plena participação na capacidade de oratória; embates entre grupos rivais de líderes; redes informais de comunicação e intriga; a emergência de facções fortemente opostas que estavam preparadas para forçar medidas rápidas; a vulnerabilidade da Assembleia à excitação do momento, a base instável de certas decisões populares e o potencial de instabilidade política de um tipo muito geral, devido à ausência de algum sistema que colocasse freios a comportamentos impulsivos.

Com isso, o autor deixa claro que o governo ateniense era suscetível a decisões irreversíveis e impetuosas, padecendo de um mecanismo capaz de equilibrar a soberania popular com uma estrutura constitucional apta a assegurar a sólida aplicação da lei. Além disso, a partir da crítica de Platão²⁸⁹, compreende-se que a coesão social também se encontrava ameaçada sob a égide do regime democrático, uma vez que a vida política acabava fragmentada pelas disputas faccionais. Dessa forma, a realização do bem comum era corrompida pela busca dos interesses particulares.

Na prática, a democracia ateniense não só estava assentada sob a falsa premissa de poder popular, já que o ‘*governo de muitos*’ afastava grandes grupos da sociedade da vida política, denegando-lhes direitos de cidadania, mas também favorecia a prevalência dos interesses de certas facções mais influentes e afortunadas em detrimento daqueles pertencentes à comunidade em geral.

Na modernidade, a democracia tem como principal expoente teórico-filosófico a obra *Do contrato social*, escrita em 1762, pelo autor genebrino Jean-Jacques Rousseau. O autor francês defende que o Estado nasce pela celebração de um pacto,

que proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado e, pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes.²⁹⁰

²⁸⁷ Ibid., p. 26.

²⁸⁸Retrata notável vitória naval ateniense, que, contudo, gerou a morte de grande contingente de marinheiros da frota vencedora. Na ocasião, os responsáveis pela expedição foram acusados de deixar desnecessariamente homens em botes destruídos para morrer e, por isso, foram levados à Assembleia para prestar contas de seus atos.

²⁸⁹BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: fragmentos de um dicionário político. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021, p. 185.

²⁹⁰Tradução livre para: “protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s’unissant à tous, n’obéisse pourtant qu’à lui-même et reste aussi libre qu’auparavant.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat social ou Principes du Droit Politique*.

De acordo com o referido autor, o ato de associação pressupõe um compromisso recíproco do público com os particulares, pelo qual cada indivíduo ocupa ao mesmo tempo a posição de membro do soberano em face dos particulares e de membro do Estado em face do soberano, ou seja, exerce as funções de cidadão e súdito, respectivamente. Enquanto o soberano dispensa garantias em face dos súditos, pois não tem nem pode ter interesses contrários aos deles e, por isso, carece da intenção de prejudicá-los, o mesmo não sucede com os súditos em relação ao soberano, mostrando-se imprescindível a criação de meios que garantam a fidelidade dos súditos ao contrato social.

Isso porque *“cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular oposta ou diversa da vontade geral que tem como cidadão. Seu interesse particular pode ser muito diferente do interesse comum.”*²⁹¹ Caso o indivíduo decida perseguir sua vontade particular em detrimento da vontade geral, recusando a assunção de seus deveres de súdito, pode conduzir à eliminação do corpo político. Nesse espectro, aquele que rejeita obediência à vontade geral deve ser constrangido a fazê-lo por todo corpo político, forçando-o a ser livre.

Ao tratar sobre a vontade geral, Rousseau a distingue da vontade de todos, dizendo que a primeira diz respeito à vontade comum, já a segunda corresponde à soma das vontades particulares. Da vontade de todos é possível atingir a vontade geral, que resulta da soma das diferenças, quando se extrai *“os mais e os menos que se destroem mutuamente.”*²⁹²

No plano ideal, todos chegariam às mesmas conclusões acerca da vontade geral por seres igualmente racionais. Entretanto, como se comunicam, acabam sofrendo influências externas, que interferem em sua interpretação sobre a vontade geral e ensejam a formação de facções. Assim, passam a defender interesses parciais em relação ao Estado. Por isso, preconiza que

para se chegar ao verdadeiro enunciado da vontade geral, que não haja sociedade parcial no Estado e que cada cidadão só venha a opinar de acordo com seu próprio ponto de vista.²⁹³

Genève, 1762, p. 20.

²⁹¹ Tradução livre para: “En effet chaque individu peut, comme homme avoir une volonté particulière, contraire ou dissemblable à la volonté générale qu’il a comme citoyen.” Ibid., p. 24.

²⁹² Tradução livre para: “mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s’entre-détruisent.” Ibid., p. 36.

²⁹³ Tradução livre para: “pour avoir bien l’énoncé de la volonté générale, qu’il n’y ait pas de société partielle dans l’État, et que chaque citoyen n’opine que d’après lui.” Ibid., p. 37.

A vontade geral não representa o bem comum por constituir a vontade da maioria e sim por expressar um “*admirável acordo entre o interesse e a justiça.*”²⁹⁴

Nessa senda, pode-se dizer que

a vontade geral determina o objeto e o conteúdo das leis que asseguram a liberdade dos cidadãos igualmente participantes do povo, e orienta as decisões políticas dos governantes e magistrados.²⁹⁵

Rousseau acrescenta que, a partir dessa perspectiva,

Já não é preciso perguntar a quem compete fazer as leis, visto serem atos de vontade geral, nem se o Príncipe está acima da lei, visto ser membro do Estado, nem se a lei pode ser injusta, porquanto ninguém é injusto consigo mesmo, nem como se é livre e ao mesmo tempo submisso às leis, já que estas são meras expressões da nossa vontade.²⁹⁶

Conclui-se, pois, que as leis, enquanto expressão da vontade geral, obrigam igualmente a todos, governantes e governados, são produzidas de acordo com os parâmetros de Justiça e constituem manifestações da liberdade civil dos cidadãos. Apesar de o povo ser o autor das leis às quais se submete, Rousseau adverte sobre a necessidade de que o corpo político disponha de um órgão capaz de enunciar a vontade geral. Isso porque “*o povo por si quer sempre o bem, mas nem sempre o reconhece por si só. A vontade geral é sempre reta, mas o julgamento que a guia nem sempre é esclarecido.*”²⁹⁷

De acordo com Rosa²⁹⁸, o doutrinador genebrino demonstra receio de que o povo não esteja preparado para distinguir seu interesse particular da vontade geral. Por esse motivo, deposita no legislador, no momento constituinte, a tarefa de fundar, por intermédio das leis fundamentais, boas instituições para guiar o povo no exercício do autogoverno. Rousseau ainda define o legislador como um “*homem*

²⁹⁴ Tradução livre para: “accord admirable de l’intérêt et de la justice.” Ibid., p. 40.

²⁹⁵ ROSA, Gabriela Rodrigues da Guia. Soberania Popular: um clássico conceito contemporâneo. Dissertação (Mestrado). 81f. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 19-20.

²⁹⁶ Tradução livre para: “Sur cette idée on voit à l’instant qu’il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois, puisqu’elles sont des actes de la volonté générale ; ni si le prince est au-dessus des lois, puisqu’il est membre de l’État; ni si la loi peut être injuste, puisque nul n’est injuste envers lui-même; ni comment on est libre et soumis aux lois, puisqu’elles ne sont que des registres de nos volontés.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat social ou Principes du Droit Politique*. Genève, 1762, p. 47.

²⁹⁷ Tradução livre para: “De lui-même le peuple veut toujours le bien, mais de lui-même il ne le voit pas toujours. La volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n’est pas toujours éclairé.” Ibid., p. 48.

²⁹⁸ ROSA, Gabriela Rodrigues da Guia. Soberania Popular: um clássico conceito contemporâneo. Dissertação (Mestrado). 81f. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 22.

extraordinário do Estado”, cujo cargo “*constitui a República*”, mas “*não entra em sua constituição*” e que exerce uma “*função particular e superior que nada tem em comum com o império humano.*”²⁹⁹

Se o Poder legislativo pertence ao povo, o Poder executivo “*não pode pertencer ao conjunto de cidadãos como legislador ou como soberano*”³⁰⁰, devendo ser atribuído a uma autoridade própria a quem compete a edição de atos particulares. Contudo, a legitimidade dos atos do governo repousa na conformação com a vontade geral, incumbindo-lhe zelar pela execução das leis e pela manutenção da liberdade, civil e política. O filósofo ainda acrescenta que “*no poder legislativo, o povo não pode ser representado; mas pode e deve sê-lo no poder executivo.*”³⁰¹

Destarte, a soberania popular não se confunde com o governo. A primeira é um princípio de direito político, que se caracteriza por uma unidade formal indivisível e inalienável, traduzida como o exercício da vontade geral de titularidade do povo constituído pela celebração do contrato social. O segundo ocupa a posição de instância de comunicação entre o soberano e o Estado, ou seja, estabelece a mediação entre a generalidade dos atos legislativos do soberano e a particularidade dos comportamentos dos súditos e pode ser confiado aos muitos (democracia), a um pequeno número (aristocracia) ou mesmo estar nas mãos de um único magistrado (monarquia). Segundo Rousseau, portanto, é a sociedade civil, esse corpo político a que ele denomina República, que se caracteriza, independente da forma de governo adotada, pela soberania do povo.

A democracia, por sua vez, consiste na forma de governo em que “*o soberano pode, em primeiro lugar, confiar o governo a todo povo ou à maior parte do povo, de modo que haja mais cidadãos magistrados que simples cidadãos particulares.*”³⁰² Na forma de governo democrática, o Poder legislativo praticamente se identifica com o Poder executivo, na medida em que aqueles que elaboram as leis também detém

²⁹⁹ Tradução livre para: “Le législateur est à tous égards un homme extraordinaire dans l’État.” “Cet emploi, qui constitue la république, n’entre point dans sa constitution: c’est une fonction particulière et supérieure qui n’a rien de commun avec l’empire humain.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat social ou Principes du Droit Politique*. Genève, 1762, p. 50.

³⁰⁰ Tradução livre para: “la puissance exécutive ne peut appartenir à la généralité comme législatrice ou souveraine.” Ibid., p. 70.

³⁰¹ Tradução livre para: “il est clair que dans la puissance législative le peuple ne peut être représenté ; mais il peut et doit l’être dans la puissance exécutive.” Ibid., p. 118.

³⁰² Tradução livre para: “Le souverain peut, en premier lieu, commettre le dépôt du gouvernement à tout le peuple ou à la plus grande partie du peuple, en sorte qu’il y ait plus de citoyens magistrats que de citoyens simples particuliers.” Ibid., p. 79.

atribuição para colocá-la em prática. Então, a democracia se funda sobre dois princípios: o autogoverno e a legislação direta pelo povo.

Rousseau reconhece a dificuldade de dar existência concreta à democracia, realçando que essa forma de governo seria ideal para um “*povo de deuses*”, visto ser inimaginável que o soberano consiga permanecer em assembleia para deliberar sobre os assuntos públicos. Na realidade, com esforço, poderia ser implantada em um Estado pequeno, onde fosse fácil a reunião do povo e cada cidadão pudesse conhecer facilmente os outros, com simplicidade de costumes, igualdade de classes e de fortunas e pouco luxo.

Se a democracia direta dificilmente poderia ser instituída em concreto, a democracia representativa para a teoria rousseauiana é um engodo. Afinal,

a soberania não pode ser representada pelo mesmo motivo pelo qual não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma ou é outra – não existe meio-termo.³⁰³

Os deputados, nessa lógica, são meros comissários e de forma alguma atuam como representantes do povo. As leis por eles elaboradas são nulas. Isso porque a legitimidade dos atos legiferantes repousa na generalidade de seu objeto (referem-se ao conjunto dos cidadãos) e de seu procedimento (idealmente unâimes e definidas em assembleia).

Ao atribuir aos deputados a tarefa de determinar a vontade geral, corre-se o risco de que os interesses particulares prevaleçam, ameaçando a soberania popular. Por isso, as leis elaboradas pelos deputados necessitam da convalidação popular para que se tornem válidas. Além disso, o povo só é livre no momento das eleições. Assim que os deputados são eleitos, o povo perde essa condição e se reduz a nada.

Apesar disso, a democracia dos modernos é essencialmente representativa, já que confere a um corpo de cidadãos eleitos pelo povo a delegação governativa. De acordo com Goyard-Fabre³⁰⁴, o instituto da representação tem suas raízes no direito feudal e corresponde a um modelo de mandato, denominado mandato imperativo, segundo o qual o mandatário põe-se a realizar o ato que o mandante o encarregou de praticar, devendo respeitar a promessa feita àquele ou àqueles de quem é o porta-voz e assume o dever de prestar contas.

³⁰³ Tradução livre para: “La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu’elle ne peut être aliénée ; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point : elle est la même, ou elle est autre; il n’y a point de milieu.” Ibid., p. 117.

³⁰⁴ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é a democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 128.

No entanto, o mandato representativo, recebe um novo significado nos tempos modernos, fruto da maturação da democracia como ideal sociopolítico, passando a ser concebido como um mandato coletivo conferido pelo corpo do povo aos eleitos que exercerão sua representação. Implica “a subordinação dos representantes-governantes à vontade geral do povo em corpo, como se cada um deles representasse não seus eleitores em particular, mas a nação inteira.”³⁰⁵

O sistema representativo exsurge associado à noção de representação-fusão a partir de uma releitura da doutrina hobbesiana. O autor de *O Leviatã* propõe o seguinte:

Por um lado, a criação do Estado-Leviatã, enquanto *persona civitatis*, exige da parte do povo uma transferência de autoridade (*auctoritas*) que exprime uma espécie de dialética entre “o autor” (*auctor*) do poder soberano e “o ator” (*actor*) desse poder – ou seja, entre o povo e o Leviatã, seja ele “príncipe ou assembleia”. Por outro lado, o exercício do poder soberano da República ou do Estado só é possível porque a *persona civilis* (ou *civitatis*) do grande Leviatã repousa sobre o mandato coletivo que o povo lhe confiou.³⁰⁶

Desse modo, fica evidente que Hobbes sugere uma verdadeira fusão entre o soberano e o povo, sustentando o espelhamento entre a vontade do primeiro e a do último ao defender que o povo, é por instituição do Estado, autor de todos os atos e decisões do soberano. Transposta para o campo democrático, a vontade dos representantes equivale à dos representados e vice-versa, ou seja, ambos os corpos se fundem em um só, de modo que o corpo dos representantes absorve o dos representados³⁰⁷.

Nesse ponto, merece destaque a obra de Sieyès, o qual foi um dos principais responsáveis por essa articulação de ideias, a fim de desenvolver o sistema representativo. Segundo o doutrinador em comento, “os deputados de um distrito não são unicamente representante do bailiado que os nomeou; foram chamados

³⁰⁵ Ibid., p. 129.

³⁰⁶ Ibid., p. 130.

³⁰⁷ John Stuart Mill, em *Sobre a Liberdade*, salienta que a demanda por mandatários temporários e eleitos suplantou os esforços anteriores para limitar o poder dos governantes. “*What was now wanted was, that the rulers should be identified with the people; that their interest and will should be the interest and will of the nation*” (2001, p. 7). Assim, a nação não precisaria ser protegida, já que ninguém temia que pudesse ser tirana contra ela própria. Por isso, não haveria necessidade de limites às ações do governo. Contudo, posteriormente, percebeu-se que frases como “autogoverno” e “o poder do povo sobre si mesmo” não revelam o verdadeiro estado da questão. Isso porque “*The “people” who exercise the power are not always the same people with those over whom it is exercised; and the “self-government” spoken of is not the government of each by himself, but of each by all the rest*” (2001, p. 8).

*para representar, também, os cidadãos em geral, a votar por todo o reino.*³⁰⁸ Em consequência disso, a assembleia nacional “*não é feita para se ocupar dos assuntos particulares dos cidadãos. Ela considera-os como uma massa, e sob o ponto de vista do interesse comum*”, ou seja, “*o direito de de fazer-se representar só pertence aos cidadãos por causa das qualidades que lhe são comuns e não devido àquelas que os diferenciam.*”³⁰⁹ Portanto, Sieyès propugna que o representante, uma vez eleito, atua em nome de todo corpo de cidadãos que constitui a nação e não somente daqueles que votaram em seu favor e que a função da Assembleia nacional diz respeito aos assuntos de interesse geral, isto é, aquilo que é comum a todos os cidadãos, sem se ocupar de particularidades.

Dominique Rousseau³¹⁰ empreende severa crítica à representação-fusão sob a alegação de que, na verdade, não se trata de uma modalidade de representação. Isso porque compreende uma reprodução do princípio monárquico, segundo o qual o corpo da nação e o corpo do rei compõem uma unidade. Essa ideia não tem lastro filosófico e decorre unicamente de circunstâncias históricas, pois, em 1789, os revolucionários franceses não podiam opor a diversidade social do povo, sob pena de fragilizar a legitimidade de suas reivindicações de poder³¹¹.

O autor em comentário preconiza que o princípio da representação seja pensado sobre uma base diversa do modo de fusão, qual seja, o modo da separação, uma vez que “*o corpo de cidadãos existe com independência do corpo dos representantes e está definido por um conjunto de direitos.*”³¹²

³⁰⁸ Tradução livre para: “Mais ici les députés d’un district ne sont pas seulement les représentants du bailliage qui les a nommés, ils sont encore appelés à représenter la généralité des citoyens, à voter pour le royaume.” SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu’est ce que le tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 43.

³⁰⁹ Tradução livre para: “elle n’est point faite pour s’occuper des affaires particulières des citoyens, elle ne les considère qu’en masse et sous le point de vue de l’intérêt commun.” “le droit à se faire représenter n’appartient aux citoyens qu’à cause des qualités qui leur sont communes, et non à cause de celles qui les différencient.” SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu’est ce que le tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002, p.76.

³¹⁰ ROUSSEAU, Dominique. *Radicaliser la démocratie: Propositions pour une refondation.* Paris Éditions du Seuil, 2015.

³¹¹ Thomas Fleiner-Gerster, em *Teoria Geral do Estado*, destaca, no mesmo sentido, que Rousseau, ao transferir a soberania das mãos do monarca às mãos do povo, fez com que ela se incorporasse à vontade geral, que é sempre correta e justa. “*Isto conduz a afirmações tais como: o povo sempre tem razão; os interesses do povo sempre prevalecem; o povo e o Estado jamais cometem injustiça quando a decisão é tomada no interesse do Estado ou da nação*” (2006, p. 251). Essa ideia produz ameaça de uma “*democracia totalitária*”. Embora o voto de cada um tenha o mesmo valor na soberania popular, o poder não é repartido de maneira igual entre todos os cidadãos. A noção de governo do povo é abstrata e as complexas e múltiplas estruturas de poder acabam conduzindo à situação de que o povo não se sinta soberano, mas sim “*um joguete de poderes desconhecidos.*”

³¹² Tradução livre para: “*le corps des citoyens est posé comme existant indépendamment du corps des représentants et défini par un ensemble de droits.*” *Radicaliser la démocratie: Propositions pour une refondation.* Paris Éditions du Seuil, 2015, p. 34.

Assim, defende que a representação se funda na existência de dois corpos, o dos representantes e o dos representados e cada qual possui um conjunto de prerrogativas que lhe é próprio. “*Na divisão de tarefas, aos representantes corresponde a de estatuir, para a qual lhes é conferido um espaço especial e certas prerrogativas; a dos representados, a de reclamar e de controlar.*”³¹³

Essa passagem da representação-fusão à representação-separação denota uma mudança de postura radical dos representados. Naquela, eles são silenciados, enquanto nesta são encorajados a continuar reivindicando, falando e agindo. Em outras palavras, a lógica da representação-separação se pauta em uma atitude mais proativa por parte dos representados, que não perdem o espaço de fala e de ação após o período de eleição dos representantes e mantêm constante envolvimento com as questões políticas.

Dominique Rousseau esclarece que a compreensão da representação como separação é consequência necessária do controle de constitucionalidade³¹⁴, visto que “*os atos votados pelo corpo de representantes – as leis – são julgados com respeito aos direitos do corpo de representados – a Constituição.*”³¹⁵ O controle de constitucionalidade, nessa perspectiva, parte da admissão de que há campos diversos, que abrigam vontades normativas potencialmente contraditórias, quais sejam, a da lei e a da Constituição e que esses campos são irreduzíveis e, por conseguinte, insuscetíveis de fusão. Dessa forma, o controle de constitucionalidade é concebido como o elemento que realiza o projeto de representação democrática, na medida que concede aos cidadãos o direito de impugnar a lei editada em confronto com a Constituição, fazendo prevalecer os seus direitos em face dos atos de poder.

³¹³Tradução livre para: “Aux représentants, la tâche de statuer avec l’aménagement d’un espace et de prérogatives dédiés; aux représentés, la tâche de réclamer, de contrôler.” (Ibid., p. 34)

³¹⁴Bruce Ackerman retrata que, as democracias dualistas, como a norte-americana, são caracterizadas pela distinção entre decisão do povo da decisão do governo. Logo, duas ou mais instituições, com o fito de preservar a integridade da constituição, ficariam encarregadas de zelar pela observância de seus princípios contra grupos políticos, que ao serem eleitos, se voltam contra a decisão política fundamental do povo. De acordo com essa visão, a Suprema Corte ocupa posição central no Estado Democrático de Direito, o que simboliza o rompimento do elo rígido estabelecido entre democracia e soberania parlamentar (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12).

³¹⁵Tradução livre para: “Les actes votés par le corps des représentants – les lois – sont jugés au regard des droits du corps des représentés – la Constitution.” *Radicaliser la démocratie: Propositions pour une refondation*. Paris Éditions du Seuil, 2015, p. 36.

Nesse ponto, também cabe trazer à baila a doutrina habermesiana. Em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*³¹⁶, o filósofo alemão Jürgen Habermas questiona a teoria de Rousseau que,

descreve a constituição contratualista da soberania popular como um ato existencial de socialização, por meio do qual indivíduos isolados e orientados a seu próprio êxito se transformam em cidadãos de uma comunidade ética orientados ao bem comum.³¹⁷

Esses cidadãos se fundem em um macrossujeito coletivo que rompe com os interesses particulares das pessoas privadas meramente submetidas a leis, levando ao extremo as exigências éticas inscritas no conceito republicano de uma comunidade mais ou menos homogênea e integrada por meio de tradições culturais compartilhadas. Diante disso, Rousseau não teria conseguido explicar como a orientação ao bem comum dos cidadãos pode ser mediada com as posições de interesse socialmente diferenciadas das pessoas privadas. Isso porque a vontade unificada dos cidadãos é ligada, por *medium* de leis gerais e abstratas, a um procedimento de legislação democrática que suprime os interesses insuscetíveis de universalização e que admite apenas regulações que garantam a todos iguais liberdades subjetivas.

Habermas, por sua vez, defende que a ideia de autolegislação dos cidadãos demanda que aqueles que estejam submetidos ao direito como seus destinatários possam simultaneamente se enxergar como seus autores. Para alcançar tal desiderato, não se mostra suficiente compreender o direito a iguais liberdades subjetivas como um direito fundamental sob a perspectiva moral que deveria ser positivado pelo legislador. O autor alemão propõe o princípio do discurso que é, em primeiro lugar, indiferente em relação à moral e ao direito e, em seguida, assume o princípio democrático pela via de institucionalização segundo a forma jurídica, que confere força legitimadora ao processo de criação normativa.³¹⁸

O princípio do discurso só pode assumir a figura de um princípio da democracia por intermédio do direito se ambos se entrelaçam um com o outro, dando origem a um sistema de direitos no qual a autonomia privada e pública se pressupõem reciprocamente. Isso significa que,

³¹⁶HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade*: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. 2ª Ed. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

³¹⁷ Ibid., p. 172.

³¹⁸ Ibid., p. 198.

de um lado, sobre os trilhos de leis impositivas que compatibilizam iguais liberdades de ação subjetivas entre todos, o sistema de direitos permite o desencadeamento do arbítrio autointeressado de sujeitos individuais orientados pelo êxito; de outro, ele mobiliza e une a práxis de autolegislação às liberdades comunicativas de cidadãos presumivelmente orientados ao bem comum.³¹⁹

Para que o entrelaçamento entre autonomia privada e pública seja mantido de forma permanente no sistema de direitos, o processo de juridificação não pode se circunscrever às liberdades subjetivas de ação de pessoas privadas e às liberdades comunicativas dos cidadãos. Deve, pois, expandir-se àquele poder político já pressuposto no *medium* jurídico, ao qual tanto a positivação do direito quanto sua imposição devem seu caráter factual obrigatório.³²⁰

No Estado democrático de direito, o poder político se distingue em poder comunicativo e poder administrativo. O direito legítimo advém do poder comunicativo e este, por sua vez, é transformado pelo direito legitimamente positivado em poder administrativo. Em outras palavras, o direito apenas é considerado legítimo se puder ser racionalmente aceito em uma formação discursiva da opinião e da vontade entre todos os parceiros do direito, garantindo-se que a influência gerada publicamente e o poder desencadeado comunicativamente sejam convertidos pela legislação em poder empregado de maneira administrativa.³²¹ Então, o Estado democrático de direito é encarado como a institucionalização por meio do direito legítimo (assegurando, assim, a autonomia privada) de procedimentos e pressupostos comunicativos para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual, torna possível o exercício da autonomia política e a produção legítima de normas.³²²

Desse modo,

a soberania popular não se concentra mais em um coletivo ou na presença fisicamente apreensível de cidadãos reunidos, nem de representantes associados, mas se realiza na circulação de deliberações e decisões racionalmente estruturadas.³²³

A soberania popular, sem sujeito e anônima, intersubjetivamente dissolvida, retira-se para os procedimentos democráticos e para os pressupostos comunicativos exigentes de sua implementação. Neste modelo comunicativo, a relação do Parlamento com a esfera pública se apresenta de modo distinto da visão clássica

³¹⁹ Ibid., p. 208.

³²⁰ Ibid., p. 215.

³²¹ Ibid., p. 218, 455.

³²² Ibid., p. 652.

³²³ Ibid., p. 219.

representativa ou plebiscitária da democracia. Afinal, os círculos de comunicação se entrelaçam uns com os outros e se influenciam reciprocamente nos diversos âmbitos da esfera pública política, dos partidos políticos e associações, das corporações parlamentares e do governo.³²⁴ Habermas expulsou as concepções concretistas de representação do povo como uma entidade e compreende estruturalmente o acoplamento da formação institucionalizada da opinião e da vontade com a formação informal da opinião em esferas públicas culturalmente mobilizadas, que se estabelecem de modo ideal em estruturas de uma esfera pública política livre de dominação.

Assim, a democracia pressupõe um sistema de direitos que resguarde a cada um a igual participação no processo de criação de normas jurídicas, concretizada de acordo com formas de comunicação garantidas juridicamente. Com isso, a soberania dos cidadãos diluída comunicativamente se faz valer do poder de discussão pública, em que o pluralismo de convicções e interesses é estimulado e reconhecido tanto em decisões majoritárias quanto em compromissos. Mas, apenas quando essa influência pública e política passa pelo filtro dos procedimentos institucionalizados da formação da opinião e da vontade, transmuda-se em poder comunicativo e leva à positivação legítima do direito.³²⁵

Portanto, Habermas propõe um modelo de democracia procedimental, que não é compatível com um conceito totalizante de sociedade centrada no Estado e pretende ser neutro em relação aos objetivos de vida concorrentes. A democracia *“remete a condições sociais que permitem a auto-organização de uma comunidade jurídica (e política)”* e *“não se vincula a qualquer concepção preestabelecida (ou a priori) do projeto do direito (ou seja, de legislação)”*³²⁶, cabendo aos cidadãos a tarefa de escolher, com autonomia, os direitos e as instituições que estão prontos para aceitar com a ajuda dos processos democráticos.

O filósofo em estudo ainda sustenta que o princípio democrático deve garantir um consenso sem coerção mediante procedimentos que regulem as negociações do ponto de vista da equidade. Na medida em que o processo de formação de compromissos ocorrer segundo procedimentos que assegurem a todos os interessados oportunidades iguais de participação nas negociações, garantindo-se

³²⁴ Ibid., p. 283.

³²⁵ Ibid., p. 558.

³²⁶ MELKEVIC, Bjarne. Direito e democracia: retorno sobre a abordagem processual de Habermas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 122, pp. 163-203, jan./jun. 2021, p. 193.

nelas oportunidades iguais para influenciar reciprocamente uns aos outros e alcançando também, com isso, oportunidades iguais para a imposição de todos os interesses afetados, então é possível afirmar que existe a suposição fundamentada de que os acordos obtidos sejam equitativos.³²⁷

Observa-se ainda que, a teoria rousseauiana assenta-se sobre a força unificadora da concepção de soberania popular, segundo a qual a origem e o exercício da autoridade política incumbem ao povo, que não se trata de uma mera agregação de pessoas. Pelo contrário, o povo é visto como um agente coletivo, que detém um interesse comum, posicionando-se concomitantemente como súdito e soberano. Nessa perspectiva, exige-se a participação de todos os cidadãos nas assembleias que determinam as leis fundamentais e a fiscalização constante da atuação dos governantes por eles indicados.

Contudo, a “*indeterminação da unificação popular*” gera um mal-estar, visto que a soberania popular se assenta sobre um paradoxo, já que somente o povo unificado poderia fundar o Estado. Mas, na prática, o povo se apresenta como multiplicidade não unitária, mista e constituída em grupos.

Nessa senda, Paulo Bonavides, a partir da defesa da construção de uma democracia participativa e emancipatória, fundada na materialidade da constituição,

aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político em uma sociedade dividida em classes.³²⁸

O eminente jurista destaca que a noção de povo pode ser encarada em três dimensões: política, jurídica e sociológica. A primeira dá ênfase à participação, a segunda estatui um vínculo entre a cidadania e a ordem jurídica e a terceira se volta às características étnicas e culturais que compõem a consciência nacional.

Com enfoque na dimensão jurídica, Bonavides critica a definição dada por Afonso Arinos, segundo qual o povo compreende a parcela da população capaz de participar do processo democrático, por intermédio das eleições, com as limitações impostas em cada país e em cada época. Isso porque, de acordo com aquele, pode-se produzir o seguinte absurdo: de um lado, a lei pode fixar que determinados

³²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade*: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. 2ª Ed. São Paulo: Editora Unesp, 2021, p. 259.

³²⁸ BONAVIDES, Paulo. *A teoria constitucional da Democracia participativa*: Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma Repolitização da Legitimidade. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 51.

grupos sociais que integram a nação sejam excluídos do direito de votar como os militares, as mulheres e os analfabetos, por exemplo, e, de outro, conferir aos estrangeiros o direito participar das eleições, de modo que, embora excluídos na nação, sejam integrantes do povo.

Da mesma forma, retrata que Kelsen, ao ser provocado a definir quem seria o povo, não dá uma resposta satisfatória, já que coloca como pressuposto da democracia que a pluralidade de seres humanos constitua uma unidade. Com isso, de acordo com Bonavides, desconsidera “*as categorias ou grupos sociais porventura enfeixados ou caracterizados por seus contrastes de feição econômica, religiosa ou étnica.*”³²⁹ A teoria kelseniana, nesse sentido, enxerga o homem sob uma perspectiva unidimensional, qual seja, o homem jurídico, sujeito à norma, enquanto resultado da vontade de todos (e não da vontade geral), afastando-se da compreensão do homem total em suas dimensões física, espiritual e moral.

Por último, cita o conceito de povo desenvolvido por Muller, o qual abandona o sentido de abstração e mito, buscando a compreensão do povo em sua realidade e concretude. A partir dessa nova visão, busca-se expurgar os bloqueios ao exercício legítimo da vontade popular, combatendo os privilégios de classe, que ainda remanescem presentes nas instituições estatais, rumo à edificação de uma democracia de libertação.

Sobre esse ponto, cumpre destacar que o jusfilósofo alemão Friedrich Muller, em sua obra “*Quem é o povo?*”, responde à indagação esclarecendo inicialmente que não se trata de um conceito unívoco, de modo que não pode ser reduzido a um só entendimento, uma só opinião e uma única vontade. Por isso, ele discorre sobre quatro modos de utilização do conceito de povo.

O primeiro significado abordado é o de povo ativo, que compreende o povo como sujeito de dominação, isto é, a totalidade de eleitores, aqueles que detém o direito de voto e exercem o poder político por meio de eleições. No caso brasileiro, em termos práticos, são aqueles que preenchem os requisitos dispostos no art. 14 da Constituição Federal de 1988.

Na segunda acepção, o povo é tratado como instância global de legitimidade, cuja compreensão passa pela análise da estrutura de legitimação, segundo a qual

quando o povo ativo elege seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos de normas; estes por sua vez são

³²⁹ Ibid., p. 53.

implementados nas diferentes funções do aparelho do Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos.³³⁰

O povo, nesse sentido, não é somente a fonte ativa da instituição de normas por meio das eleições, mas também atua como destinatário das prescrições legais. Denota-se, pois, a existência de um vínculo entre o povo ativo e o povo como instância global de legitimidade, na medida em que este só se justifica onde aquele existe e, ao mesmo tempo, só se pode falar em povo ativo quando são respeitados os direitos fundamentais.

O terceiro sentido alude ao povo ícone, o qual

consiste em abandonar o povo a si mesmo; em desrealizar a população, em mitificá-la, em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência.³³¹

O povo ícone parte da ideia de um povo intocável, uma imagem abstrata e discursivamente construída como una e indivisível, a partir da perspectiva dos atores dominantes com recurso a medidas extremas, inclusive a promoção da chamada limpeza étnica com vistas à eliminação de todo aquele reputado “*diferente*”, segundo a ideologia dos detentores do poder político. A iconização repousa ainda na tentativa de unificar sob o conceito de povo a população diferenciada, pelo gênero, posição social, etnia, cultura e religião. Com isso, a população heterogênea é unificada como povo a partir do monopólio da linguagem exercido pelas classes dominantes, impedindo que as divergências sejam encaradas de frente pela sociedade e pelo Estado, com vistas ao alcance da igualdade substancial.

Em seguida, Muller traz o conceito de povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, que abrange a “*camada funcional do problema*”³³², ou seja, aqueles que são ou deveriam ser atingidos pelas atuações estatais (quando se exige uma prestação positiva) ou alvos da inibição do Estado (quando se exige uma prestação negativa). Segundo essa acepção, ao lado da figura do povo enquanto instância de atribuição, as normas democráticas se legitimam ao atribuir à possível minoria dos cidadãos ativos competências determinadas para tomada de decisões e aplicação de sanções e pelo *modo mediante o qual* a totalidade da população atingida é tratada por tais decisões e seu modo de implementação. Tanto a decisão,

³³⁰MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonadi, 2003, p. 60.

³³¹ Ibid., p. 67.

³³² Ibid., p. 77.

enquanto coparticipação do povo, quanto a sua implementação, vista pelos efeitos desencadeados sobre o povo, devem ser questionadas democraticamente por parte do Estado sob as circunstâncias de inibição da ação estatal bem como de prestações estatais diante das pessoas atingidas.

Quanto à abrangência, verifica-se então que o povo ícone não se refere a qualquer cidadão ou grupo de pessoas no discurso de legitimação, o povo como instância global de atribuição diz respeito aos nacionais de um determinado Estado, o povo ativo trata de um grupo mais restrito, ao qual é conferido o direito de voto, conforme as regras do sistema eleitoral local e povo destinatário é a forma mais ampla, que abarca a população de um modo geral.

Muller preconiza, em última instância, que o conceito de povo é complexo, não naturalista, prescritivo, porquanto parte integrante das normas constitucionais e, por isso, deve ser levado a sério como conceito jurídico. Constata-se que:

O povo foi ou está sendo selecionado qualitativamente segundo a sua disposição para a lealdade política e simultaneamente foi ou está sendo registrado, com maior ou menor grau de dupla moral, nos textos de justificação do Estado como 'unitário', como legitimador em bloco: o proletariado, os membros do movimento, do partido do Estado ou do partido unificado, os "segmentos politicamente conscientes do proletariado", os "bons alemães", etc.³³³

Esse paradigma precisa ser superado, a fim de que a legitimidade da constituição seja vinculada no plano da realidade ao povo ativo, ao povo enquanto instância de atribuição e ao povo destinatário em oposição ao povo ícone. Assim, quanto mais o povo corresponder à população no direito concretamente realizado de uma sociedade constituída, tanto mais valor de realidade e, por conseguinte, legitimidade terá o sistema democrático existente enquanto forma.

Dominique Rousseau, por sua vez, assevera que há duas definições principais da palavra povo. A primeira concebe o povo como corpo político unido, integrado e homogêneo, já a segunda, em sentido diametralmente oposto, vê o povo enquanto conjunto de membros do corpo social, levando em conta seu caráter singular, fragmentado e heterogêneo.

O autor em questão propõe que ambos os sentidos sejam jungidos no projeto de construção da democracia contínua. Para tanto, refuta a ideia de que povo, sob qualquer aspecto político ou social, esteja acima da Constituição e seja anterior a ela. Pelo contrário, argumenta que o povo é uma criação da Constituição. Assim,

³³³ Ibid., p. 85.

declara que *“o povo não é só uma associação de indivíduos, também não é uma associação política; essa transformação de uma associação primária de indivíduos em uma associação política de cidadãos é fruto do gênio de uma Constituição.”*³³⁴

Dominique Rousseau acrescenta que a Constituição não cria o povo apenas em sentido jurídico, mas também como conjunto de pessoas com existência concreta. Com isso, o povo não é uma mera abstração. Ao revés, assume a condição de um agrupamento de pessoas reais, em que a ‘cada qual’ são atribuídos direitos que o transformam e fundam sua legitimidade para intervir e atuar em todas as esferas sociais. Em virtude disso, o povo, na democracia contínua, não é um componente hermético, criado em um só jato e de maneira definitiva. Trata-se, pois, de conceito fluido, em permanente processo de construção, na medida em que são consagrados novos direitos e dadas novas interpretações e aplicações aos direitos já instituídos.

Assim, se sistema representativo lida com o indivíduo tão somente em sua dimensão de eleitor, a democracia contínua tem como referência o indivíduo plural,

que ocupa distintas esferas de atividade e se move em várias temporalidades e deve, por isso, dispor de maneira contínua dos direitos de agir e de reclamar em cada uma dessas esferas e temporalidades.³³⁵

Nesse espectro, a democracia contínua articula, por intermédio da Constituição, o povo-corpo-político ao povo-cada-qual, conferindo àquele o direito e estatuir e a este o direito de reclamar, sem perder de vista que podem ser deflagradas tensões entre eles, as quais conferem caráter dinâmico à democracia pela constante demanda por proteção dos direitos fundamentais.

Importa salientar ainda que o governo democrático se erige sobre o princípio do voto majoritário. A ideia subjacente a esse preceito é de que a ordem social estará em conformidade com o maior número de sujeitos possível e, portanto, preserva a maior quantidade de pessoas livres. Assim, se dada ordem só pudesse ser alterada mediante votação unânime ou de uma maioria qualificada, então um único indivíduo ou uma minoria poderia obstar tal alteração, de modo que a ordem

³³⁴Tradução livre para: *“Le peuple n’est pas seulement une association d’individus, il est une association politique et c’est le génie d’une constitution de transformer une association primaire d’individus em association politique de citoyens.”* Radicaliser la démocratie: Propositions pour une refondation. Paris Éditions du Seuil, 2015, p. 43.

³³⁵Tradução livre para: *“celui qui occupe plusieurs sphères d’activité, se meut dans plusieurs temporalités et droit donc disposer em continu des droits d’agir et de réclamer dans chacune de ces sphères et temporalités.”* Ibid., p. 56.

estaria em desacordo com a vontade de um número de indivíduos superior àquele cuja vontade está em conformidade.

Sobre essa questão, Jean-Jacques Rousseau³³⁶ aponta que a unanimidade só deve ser exigida para a formação do contrato original que constitui o Estado. Após, o princípio majoritário constitui norma básica da ordem do Estado. Isso não significa dizer que alguém esteja sujeito a uma lei com a qual não concordou, uma vez que ao votar contra ou a favor da adoção de uma lei, o cidadão não expressa a sua própria vontade, mas sim a sua opinião sobre a vontade geral.

Dessa maneira, ao prevalecer uma vontade diversa daquela do indivíduo, comprova-se que ele estava equivocado sobre o que seria a vontade geral. Caso a opinião dele tivesse prevalecido, teria alcançado o oposto daquilo que era sua vontade e, então, não seria livre. *“Isso supõe, é verdade, que todos os caracteres da vontade geral estejam ainda na pluralidade; quando deixar de estar, seja qual for o partido que se tome, já não há liberdade.”*³³⁷

Tocqueville³³⁸, em suas reflexões sobre a democracia norte-americana, destaca que o império da maioria é justificado com base em três argumentos: *“na ideia de que há mais luzes e sabedoria em muitos homens reunidos do que num só”*; *“no princípio de que os interesses da maioria devem ter preferência sobre os da minoria”* e, por fim, na concepção de que *“todos os partidos estão dispostos a reconhecer os direitos da maioria, porque todos esperam um dia poder exercê-los em proveito próprio.”*

Quanto ao primeiro, o autor em questão entende que se funda na teoria da igualdade aplicada às inteligências, a qual *“ataca o orgulho do homem em seu último refúgio”* e, por isso, *“quando começa a se estabelecer, faz-se obedecer pela coerção”* e *“nós só nos acostumamos a ela com o passar do tempo.”*³³⁹ De acordo

³³⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat social ou Principes du Droit Politique*. Genève, 1762, p. 131.

³³⁷ Tradução livre para: “Ceci suppose, il est vrai, que tous les caractères de la volonté générale sont encore dans la pluralité: quand ils cessent d’y être, quelque parti qu’on prenne, il n’y a plus de liberté.” Ibid., p. 132.

³³⁸ Tradução livre para: “there is more enlightenment and wisdom in many men united than in one alone,” “principle that the interests of the greatest number ought to be preferred to those of the few.” “the parties are ready to recognize the rights of the majority because they all hope to be able to exercise them to their profit one day.” TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. Chicago: University of Chicago Press, 2000, p. 265-266.

³³⁹ Tradução livre para: “attacks the pride of man in its last asylum.” “When it begins to establish itself, it makes itself obeyed by constraint;” “it habituates itself to it only in the long term.” Ibid., p. 266.

com Jasmin³⁴⁰, pauta-se na exigência de submissão dos indivíduos não apenas às decisões majoritárias, mas também às ideias e aos preconceitos do maior número.

O segundo argumento repousa “*na falsa noção da ‘infalibilidade da maioria’, que opera a transformação do poder de uma maioria eventual em poder absoluto e irresistível*”³⁴¹ e o último deixa entrever que a maioria possui um poder de força de fato e de opinião tão contundentes, que promove uma censura invisível e “*esmaga as individualidades e impede a independência intelectual, consolidando a mediocridade cultural da democracia e a impotência do indivíduo frente às massas.*”³⁴²

Tocqueville destaca que, do poder da maioria, decorre um dos vícios mais aparentes do governo democrático: a instabilidade legislativa. Isso se deve não só à temporariedade dos mandatos, já que é da “*natureza das democracias levar homens novos ao poder*”, mas também ao poder soberano conferido à autoridade legislativa, que autoriza a maioria a “*se entregar rápida e irresistivelmente a todos os seus desejos.*”³⁴³

Outra ameaça a que a democracia se encontra sujeita consiste em que o poder da maioria se transmude em exercício de tirania. Tocqueville coloca esse problema por intermédio da seguinte indagação:

Afinal, o que é uma maioria tomada coletivamente senão um indivíduo que tem opiniões e, na maioria dos casos, interesses contrários a outro indivíduo denominado minoria? Ora, se você admitir que um homem investido de onipotência pode abusar dela contra seus adversários, por que não admite a mesma coisa para uma maioria?³⁴⁴

Em seguida, responde que a onipotência em si é sempre perigosa não importa qual força social a detenha, o povo ou o rei, pois ameaça a liberdade ao não encontrar diante de si nenhuma barreira de contenção que lhe retenha a marcha ou lhe dê tempo para moderação. A tirania, nessa perspectiva, poderia ser combatida mediante

³⁴⁰JASMIN, Marcelo. O despotismo na obra de Alexis de Tocqueville. Instituto de estudos avançados da Universidade de São Paulo. IEA, 2013. Disponível em <http://www.iea.usp.br/iea/artigos/jasmintocqueville.pdf>. Acesso em 30 de novembro de 2023.

³⁴¹ Ibid., p. 11.

³⁴² Ibid., p. 12.

³⁴³ Tradução livre para: “it is of the nature of democracies to bring new men to power.” “It can indulge each of its desires rapidly and irresistibly.” TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. Chicago: University of Chicago Press, 2000, p. 267.

³⁴⁴ Tradução livre para: “What therefore is a majority taken collectively, if not an individual who has opinions and most often interests contrary to another individual that one names the minority? Now, if you accept that one man vested with omnipotence can abuse it against his adversaries, why not accept the same thing for a majority?” Ibid., p. 269.

um corpo legislativo composto de tal maneira que represente a maioria sem necessariamente ser o escravo de suas paixões; um Poder Executivo que tenha uma força própria e um Poder Judiciário independente dos dois outros poderes.³⁴⁵

Fica claro que Tocqueville entende que a tirania da maioria seria contida pelo sistema de freios e contrapesos decorrente da separação dos poderes.

Além disso, Pierre Rosanvallon, em sua obra *Legitimidade Democrática: imparcialidade, reflexividade e proximidade*, explica que a transição entre o povo, no singular, e o governo da maioria não é nada evidente, uma vez que os dois termos estão situados em planos distintos: um se refere a uma posição filosófica de um sujeito político, enquanto o outro corresponde a um procedimento de seleção pragmático. Assim, as eleições democráticas fundem um princípio da justificação com uma técnica de decisão, mascarando a contradição latente entre ambos. Isso porque uma parte representa o todo e o momento eleitoral representa todo o mandato do governo.

Nesses termos, democracia repousa sobre uma dupla ficção básica, que aos poucos veio à tona. No início do século XX, a solução encontrada para conter ou amenizar essa questão se baseou em aliar a igualdade nas urnas à igualdade de acesso à função pública. Dessa maneira, aqueles que aspiravam representar a generalidade social enfrentavam testes de dois tipos: eleições e concursos públicos. Então, emergiram duas espécies de legitimidade democrática, a legitimidade baseada no reconhecimento social de alguma forma de poder e legitimidade baseada na conformidade com alguma norma ou sistema de valores.

Contudo, na década de 1980, esse concerto entre legitimidade procedimental e substancial começou a ruir. Em primeiro lugar, verificou-se uma queda no prestígio do papel das eleições, pois o vencedor da disputa eleitoral, na prática, ganhava carta branca para governar livremente, independentemente do compromisso com o programa político de campanha que orientou a escolha dos eleitores. Além disso, os interesses do maior número não podem mais ser identificados tão facilmente como no passado com os interesses da maioria. O povo é antes uma “*série de histórias separadas*” ou um “*acúmulo de situações específicas*”, da qual decorre a conclusão

³⁴⁵Tradução livre para: “a legislative body composed in such a manner that it represents the majority without necessarily being the slave of its passions; an executive power with a force that is its own and a judicial power independent of the other two powers;” Ibid., p. 270.

de que, na atualidade, “*povo se tornou o plural de minoria.*”³⁴⁶ Não se pode olvidar ainda que a burocracia estatal passou a ser descredibilizada e o mercado foi erigido à posição de novo regulador do bem-estar coletivo.

Diante desse quadro, novas formas menos diretas de generalidade social se desenvolveram nos anos 1980. A primeira exsurge a partir do distanciamento da particularidade, que ocorre diante da construção racional sistemática de um ponto de vista que toma alguma distância de qualquer aspecto particular de uma determinada questão. Isso define o poder em termos de *un lieu vide*, lugar vazio ou vácuo. A generalidade de uma instituição assume uma face negativa, uma vez que todas as partes estão equidistantes do poder envolvido, garantindo o caráter plenamente público deste último e estabelecendo que a instituição não pode ser apropriada por qualquer grupo.

A generalidade social também pode advir da multiplicação das expressões da soberania social, a fim de compensar a falência das maiorias eleitorais em incorporar a vontade geral, tornando o sujeito democrático mais complexo ou adotando formas democráticas mais complexas. Verifica-se quando, por exemplo, as decisões políticas majoritárias são submetidas ao controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais constitucionais.

Rosanvallon enuncia que generalidade social pode ser construída levando-se em conta uma variedade de situações ou compreendendo a sociedade como uma miríade de casos especiais. Notabiliza-se pela imersão radical na particularidade, demarcada pela preocupação com indivíduos concretos e resulta da ação de um governo que não esquece ninguém e se envolve nos problemas de todos. Assim, em vez de definir a sociedade em termos de um princípio jurídico de igualdade, equidistante de todas as formas de particularidade, este terceiro tipo de generalidade tem em vista todas as situações existentes.

Cada uma dessas generalidades sociais, por sua vez, dá origem a três novos tipos de legitimidade: a legitimidade da imparcialidade (ligada à generalidade negativa); a legitimidade da reflexividade (associada à generalidade da proliferação) e a legitimidade da proximidade (vinculada à generalidade da atenção para particularidade). “*Esta verdadeira revolução na concepção de legitimidade*

³⁴⁶Tradução livre para “‘People’ has become the plural of ‘minority.’” ROSANVALLON, Pierre. *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity and Proximity*. Translated by Arthur Goldhammer. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 4.

*participa de um descentramento mais amplo da democracia*³⁴⁷, que compreende que “há mais de uma forma de agir ou falar ‘em nome da sociedade’ e ser *representativo*.”³⁴⁸ Isso porque a legitimidade democrática demanda a construção de um tecido de relações entre governo e sociedade, que resulte na apropriação social do poder político e, por isso, não pode ficar confinada ao momento eleitoral e ao ato de votar.

A legitimidade da imparcialidade diz respeito à representação exercida pelas autoridades independentes e consiste em “*estar atento a problemas sociais, conflitos e divisões. Também significa estar preocupado com a diversidade e demonstrar especial solicitude pelos cidadãos que têm dificuldade em fazer ouvir a sua voz.*”³⁴⁹ Ainda, “*exige que todas as informações sobre um problema sejam levadas em consideração [...] A imparcialidade implica, portanto, vigilância e uma presença ativa no mundo, uma determinação em representar a realidade social tão fielmente quanto possível.*”³⁵⁰ Nesse espectro, não se confunde com a neutralidade, que muitas vezes importa na recusa em intervir. Ao revés, a imparcialidade pressupõe a participação ou envolvimento nos assuntos cívicos. Para resguardar que a situação particular de cada um seja levada em conta e totalmente avaliada pelo governo, essa forma de legitimidade consagra a generalidade negativa, que se funda na exigência de que a sociedade seja governada por princípios e procedimentos que visem à eliminação de privilégios e vantagens especiais.

Rosanvallon aponta que o fato de a autoridade ser independente por si só não é uma garantia de que sua atuação seja imparcial. Enquanto a independência é uma característica de uma função ou de uma instituição, a imparcialidade é uma qualidade do ator ou tomador de decisão e só pode ser resguardada através de testes processuais, de eficácia e de revisão. Os primeiros são os mais relevantes e “*garantem que autoridades reguladoras cumpram rigorosamente as suas próprias regras, adotem rigorosos padrões de argumentação e transparência processual e*

³⁴⁷Tradução livre para “*This veritable revolution in the conception of legitimacy partakes of a broader decentering of democracy.*” Ibid., p. 7.

³⁴⁸Tradução livre para “*The idea is that there is more than one way to act or speak ‘on behalf of society’ and to be representative.*” Ibid., p. 8.

³⁴⁹Tradução livre para: “*To be representative then means to be attentive to social problems, conflicts, and divisions. It also means to be concerned about diversity and to show particular solicitude for those citizens likely to have difficulty in making their voices heard.*” Ibid., p. 88.

³⁵⁰Tradução livre para: “it requires all information about a problem to be taken into account. (...) Impartiality thus implies vigilance and an active presence in the world, a determination to represent social reality as faithfully as possible.” Ibid., p. 88-89.

*abram suas operações ao escrutínio público.*³⁵¹ Os testes de eficácia das instituições, por sua vez, são secundários e consistem na avaliação de suas ações e decisões e os testes de revisão são aqueles que *“introduzem ‘ciclos de feedback’ para garantir que os ‘guardiães’ não sejam isolados das consequências das suas decisões e devem constantemente monitorar os efeitos de suas deliberações imparciais.”*³⁵²

A legitimidade reflexiva retrata a representação exercida pelos tribunais constitucionais. É construída a partir da inserção da vontade geral em um processo reflexivo, segundo o qual a vontade parlamentar expressa a vontade do povo na medida em que aquela seja compatível com a Constituição. Em outras palavras, a Constituição atua *“como um ‘espelho’ que reflete, ao mesmo tempo que corrige, a imagem que os representantes eleitos têm da vontade do povo.”*³⁵³

De acordo com Rosanvallon, essa forma de legitimidade busca compensar os três axiomas ilógicos sobre os quais se apoia a democracia representativa. O primeiro refere que a escolha dos eleitores equivale à vontade geral; o segundo empreende a identificação entre os eleitores e o povo e o terceiro proclama que todas as atividades políticas e legislativas fluem continuamente do momento da votação. Para alcançar tal desiderato, busca, de um lado, adicionar complexidade às formas e aos sujeitos democráticos e, de outro, regular os mecanismos do sistema majoritário.

Isso dá origem à generalidade por multiplicação, que refuta a ideia monolítica de povo e se pauta na construção do sujeito democrático a partir da sobreposição das várias imagens do povo. O povo eleitor é o mais facilmente percebido, já que corresponde à definição numérica da vontade geral. O povo social, por sua vez, diz respeito ao povo em fluxo e pode ser encarado como uma *“sucessão ininterrupta de minorias ativas e passivas.”*³⁵⁴ Já o povo como princípio *“se refere a uma ideia inclusiva e igualitária da vontade geral, baseada no pleno respeito pela existência e*

³⁵¹ Tradução livre para: *“They ensure that regulatory authorities adhere closely to their own rules, insist on rigorous standards of argument, enforce procedural transparency, and open their operations to public scrutiny.”* Ibid., p. 96.

³⁵² Tradução livre para: *“They introduce ‘feedback loops’ in order to ensure that ‘guardians’ are not isolated from the consequences of their decisions and must constantly monitor the effects of their impartial deliberations.”* Ibid., p. 96.

³⁵³ MARTINS, Thomas Passos. Da democracia reflexiva: Estado de direito e vontade geral. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD). Edição set-dez 2018, p. 269.

³⁵⁴ Tradução livre para *“the social people can be seen as an uninterrupted succession of active or passive minorities.”* Ibid., p. 130.

*dignidade de cada indivíduo.*³⁵⁵ Com isso, Rosanvallon realça que, ao lado da vontade geral expressiva do sufrágio universal, tem-se uma vontade geral integrativa, que não tem como objetivo promover a unanimidade e sim produzir um mundo comum a partir da superação das barreiras discriminatórias.

Ademais, as várias expressões temporais da vontade geral, manifestadas no longo prazo do direito constitucional, no tempo limitado do mandato parlamentar e na curta duração da opinião pública devem ser constantemente articuladas e ajustadas para dar substância ao ideal democrático. Assim, uma escolha imediata, seja de indivíduos ou de políticas, deve estar relacionada a uma perspectiva de longo prazo definida pelos valores e objetivos gerais ligados ao tipo de sociedade que o povo deseja. Isso porque

a vontade é uma disposição complexa, que liga vários elementos. Portanto, é uma construção temporal, fruto da experiência e expressão de um futuro projetado. É um dado de existência em vez de uma categoria imediata de ação.³⁵⁶

A vida democrática também depende de um debate aberto de ideias, a fim de que os eleitores e os representantes eleitos possam tomar decisões após entrar em contato com diversos argumentos. Entretanto, isso ocorre de maneira caótica, dado que há várias arenas de debate espalhadas pelas instituições e outros espaços sociais, as discussões são selecionadas e divulgadas de maneira desigual pelos meios de comunicação, além de ocorrerem em níveis bastante heterogêneos dado o abismo verificado no confronto entre especialistas e as conversas entre vizinhos, por exemplo. De qualquer forma, essa complexidade é reduzida periodicamente no momento eleitoral. Apesar disso, não é dirimida com as eleições. Por isso, é necessário melhorar a qualidade do debate público e garantir que todas as vozes sejam ouvidas como forma de multiplicação.

Cumprido realçar que a legitimidade reflexiva concebe a impossibilidade lógica de autofundação da democracia. Isso significa que *“para que uma identidade seja constituída ou um projeto seja formado, também deve existir alguma distância ou diferença ou disparidade, algum terceiro reflexivo.*³⁵⁷ Em termos formais, *“não se*

³⁵⁵Tradução livre para *“The people as principle refers to an inclusive, ‘egalitarian idea of the general will, grounded in full respect for the existence and dignity of each individual.”* Ibid., p. 131-132.

³⁵⁶Tradução livre para *“Will is a complex disposition, which links these various elements. Hence it is a temporal construct, the fruit of experience and the expression of a projected future. It is a datum of existence rather than an immediate category of action.”* Ibid., p. 133.

³⁵⁷Tradução livre para *“An identity to be constituted or a project to be formed, there must also exist some distance or difference or disparity, some reflective third party”.* Ibid. p. 134.

*pode revisar uma regra seguindo um procedimento que a própria regra define.*³⁵⁸ Os tribunais constitucionais se destacam como o vetor de impulso da reflexividade democrática, atestando a existência do povo como princípio, tornando claro que soberano é mais que o partido que obteve a maioria nas eleições.

Ainda tem-se a legitimidade da proximidade, que parte da premissa de que as instituições formais são insuficientes para mediar as relações estatuídas entre o governo e os cidadãos e, por isso, busca incluir novos mecanismos participativos com vistas à aproximação entre eles. Os cidadãos já não se contentam apenas com o voto por ocasião das eleições, eles também buscam informações para pressionar o governo a explicar e justificar as suas ações. Segundo Rosanvallon, “*esses dois processos interativos – justificação e troca de informações – estabelecem uma relação muito mais forte e muito mais rica entre cidadãos e governante do que um mandato.*”³⁵⁹ Isso porque, ao fornecer explicações e informações, o governo se aproxima dos cidadãos, que se sentem mais fortes ao compreenderem melhor as questões postas, conferindo-lhes um novo senso de empoderamento.

A proximidade deve ser entendida

como acessibilidade, abertura e receptividade aos outros. Pressupõe ausência de hierarquia, facilidade de comunicação e um certo imediatismo das relações interpessoais. Implica também uma ausência do formalismo.³⁶⁰

É composta por três dimensões, quais sejam, particularidade, presença e interação. Inicialmente, a proximidade implica deferência à particularidade de cada situação no sentido de dedicar cuidado a cada indivíduo, tendo em vista a diversidade de contextos em que cada um se encontra inserido. De acordo com a segunda dimensão, a proximidade implica uma certa postura do governo perante a sociedade, demandando que o primeiro demonstre capacidade de compartilhar e prestar atenção aos problemas dos cidadãos, além de se sensibilizar ante as provações e atribulações da vida cotidiana. Dessa forma, o governo de ter presença, atenção, empatia e compaixão pelas questões que afligem a sociedade. Como interação, a proximidade indica um certo tipo de relacionamento entre governante e

³⁵⁸Tradução livre para “*one cannot revise a rule by following a procedure that the rule itself defines.*” Ibid., 135.

³⁵⁹Tradução livre para: “*These two interactive processes—justification and information exchange—establish a much stronger and much richer relationship between citizens and leaders than does a mandate.*” Ibid., p. 210.

³⁶⁰Tradução livre para: “*Proximity implies accessibility, openness, and receptiveness to others. It assumes an absence of hierarchy, an ease of communication, and a certain immediacy of interpersonal relations. It also implies an absence of formalism.*” Ibid., p. 203.

governados. Os líderes estreitam suas relações com os cidadãos à medida que se mostram mais acessíveis, receptivos e abertos. Em outras palavras, os líderes agem de forma transparente, reagindo ao que ouvem e explicando suas decisões ao mesmo tempo em que admitem que a sociedade seja ouvida e suas considerações sejam levadas a sério.

A legitimidade da proximidade não propõe a abolição do sistema representativo. Pelo contrário, busca seu aprimoramento, tornando-o mais transparente e aberto. Nesse sentido, a representação desempenha um papel na produção política da sociedade a partir da estruturação de um processo de permanente intercâmbio, não apenas entre o governo e a sociedade, mas também dentro da sociedade em si. *“A ideia de representação torna-se, portanto, divorciada da ideia de eleição como um momento particular no tempo. Refere-se em vez disso, para um processo contínuo.”*³⁶¹

Esse tipo de esforço reflexivo-representativo leva a uma nova concepção de generalidade social. Trata-se de *“uma forma radical de imersão em fatos sociais concretos e a determinação para compreender a diversidade e uma complexidade irreduzíveis da sociedade.”*³⁶² A nova generalidade é construída a partir da atenção ao fato de que toda situação social é, em algum grau, única e essa singularidade deve ser considerada e nasce da exigência de cada indivíduo que quer ser ouvido, ter seu problema reconhecido e levado em conta para alguma coisa. Por isso, preconiza o envolvimento de todos na deliberação pública, a fim de propiciar a participação universal. Isso demanda uma generalização permanente, isto é, um esforço contínuo pela inclusão bem como pela reação e interpretação constantes.

Diante disso, Rosanvallon propõe o desenvolvimento de uma democracia da apropriação, a fim de corrigir, compensar e estruturar a distância entre governantes e governados.³⁶³ A democracia de apropriação apresenta três domínios relevantes: o ativismo cidadão, que suscita práticas contrademocráticas como supervisão, *impeachment* e julgamento, pelas quais a sociedade corrige e exerce pressão sobre as ações do governo; as instituições como os órgãos de supervisão, agências reguladoras e tribunais constitucionais, que expressam a generalidade social de forma diversa da lógica majoritária das urnas e a insistência que os governantes se

³⁶¹Tradução livre para: *“The idea of representation therefore becomes divorced from the idea of election as a particular moment in time. It refers instead to an ongoing process.”* Ibid., p. 214.

³⁶²Tradução livre para: *“a radical form of immersion in concrete social facts and a determination to comprehend society’s irreducible diversity and complexity”*. Ibid., p. 185.

³⁶³ Ibid., p. 220-221.

comportem democraticamente, limitando suas ações em formas independente de seu modo de seleção.

Na atualidade, também é objeto de questionamento a ideia de Rousseau de que a legitimidade do poder político está baseada na unidade e no consenso a partir da prevalência da vontade geral, que é o conteúdo universal e compartilhado das leis que promovem o bem comum. Chantal Mouffe, em *Sobre o político*³⁶⁴, destaca que imaginar o objetivo da política democrática em termos de consenso e reconciliação é um equívoco assentado na falsa premissa, engendrada pela racionalidade liberal, de que a violência e animosidade são fenômenos obsoletos, que podem ser expurgados pelo avanço do diálogo e do estabelecimento, por meio de um contrato social, de uma relação transparente entre indivíduos racionais.

De acordo com a autora em estudo, o pensamento liberal se caracteriza pelo individualismo metodológico, que impossibilita a compreensão da natureza de identidades coletivas e também pela abordagem racionalista, que fundamenta a crença na viabilidade de produção de um consenso universal baseado na razão. Há dois paradigmas liberais em destaque: o agregativo e o deliberativo. O primeiro enxerga a política como o estabelecimento de um compromisso entre forças sociais concorrentes e discordantes, ao passo que o segundo busca criar uma ligação entre moralidade e política por intermédio da racionalidade comunicativa e defende que é possível criar, na esfera política, um consenso moral racional por meio da discussão livre.

Ambas as tendências não compreendem o político em sua dimensão ontológica e, por isso se revelam incapazes de pensar de forma política. Isso porque negam o “*caráter inerradicável do antagonismo*”³⁶⁵, que é constitutivo do político e, com isso, inviabilizam o melhor desempenho do papel de organização da coexistência humana por parte das instituições políticas. Diante da ausência de canais disponíveis por meio dos quais os conflitos possam assumir uma forma agonística, eles se manifestam de maneira antagonística.

Enquanto o antagonismo é uma relação nós/eles em que os dois lados são inimigos que não possuem nenhum ponto de contato, o agonismo é uma relação nós/eles em que as partes conflitantes, apesar de reconhecerem que não há solução racional para o conflito, ainda sim admitem a legitimidade de seus oponentes. Em

³⁶⁴MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. *Ebook*.

³⁶⁵Ibid, Capítulo 1: A política e o político.

outras palavras, no agonismo, o confronto político ocorre entre adversários. Diversamente, no antagonismo, o confronto político é visto como um embate moral entre o bem e o mal e o oponente passa a ser percebido como um inimigo a ser destruído.

Nesse espectro, “a tarefa dos teóricos e políticos democráticos deve ser imaginar a criação de uma vibrante esfera pública ‘agonística’ de contestação, na qual diferentes projetos políticos hegemônicos possam se confrontar.”³⁶⁶ Esse objetivo só pode ser cumprido concebendo-se que a necessidade de identificações coletivas nunca desaparecerá, já que integra o modo de existência dos seres humanos. Então, as os afetos devem ser mobilizadas politicamente no âmbito do processo democrático. Afinal, caso não disponham de uma válvula de escape democrática, as dinâmicas agonísticas do pluralismo são obstruídas.

Mouffe³⁶⁷ esclarece que, embora um mínimo de consenso seja indispensável quanto às instituições constitutivas da democracia e aos valores ético-políticos que caracterizam a associação política – liberdade e igualdade para todos -, sempre haverá discordância quanto ao seu significado e quanto ao modo como devem ser implementados. Em uma democracia pluralista, essas divergências não são apenas legítimas, mas também necessárias, devendo conter instituições que permitam que elas se expressem de forma adversarial. Portanto, reconhecer a inerradicabilidade da dimensão conflituosa da vida social é condição necessária para a concretização do projeto democrático.

3.2 Da democracia liberal à democracia social: do campo político ao espaço social

Inicialmente, é importante destacar que democracia e liberalismo são conceitos diversos e nem sempre compatíveis entre si. De acordo com Manni³⁶⁸, enquanto a democracia se ocupa em responder à seguinte questão: “*Quem detém o poder soberano?*”, o liberalismo se encarrega de discutir: “*Como é exercida a soberania?*”. Diante disso, tem-se que um Estado liberal não é necessariamente

³⁶⁶Ibid., Introdução.

³⁶⁷Ibid., Capítulo 2: Para além do modelo adversarial?

³⁶⁸ MANNI, Franco. Introdução. In: BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017, p. 10.

democrático e um governo democrático não dá vida obrigatoriamente a um Estado liberal.

Seguindo a trilha de Bobbio³⁶⁹, a democracia originalmente apresenta dois sentidos. O primeiro coloca em evidência as regras do jogo, preocupando-se com a regulamentação da distribuição do poder político entre a maior parte dos cidadãos, enquanto o segundo lança foco sobre a igualdade, tomando-a como ideal de inspiração do governo. Só aquele poderia ser associado ao Estado liberal, este último tornaria a discussão complexa e inconclusiva. Isso porque o autor em questão entende que liberdade e igualdade são valores antitéticos, de maneira que um não pode ser levado a efeito sem a severa contenção do outro.

Assim, as únicas formas de igualdade admitidas pela doutrina liberal consistem na igualdade perante a lei, na acepção de que todos os cidadãos devem ser submetidos às mesmas leis com exclusão da discriminação por estamentos, assim como a igualdade de direitos, que compreende a igualdade em todos os direitos fundamentais previstos na constituição, definindo-se como tais apenas aqueles direitos diante dos quais todos os cidadãos são iguais.³⁷⁰

Nessa perspectiva, o encontro entre a democracia e o liberalismo se estabelece por uma via de mão dupla, na medida em que o método democrático se revela essencial para a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo no Estado liberal e, ao mesmo tempo, a salvaguarda desses direitos torna-se indispensável para o funcionamento correto do método democrático. Nestes termos,

A maior garantia de que os direitos de liberdade sejam protegidos contra a tendência dos governantes de limitá-los e suprimi-los está na possibilidade de que os cidadãos tenham de defendê-los contra eventuais abusos. O melhor remédio contra o abuso de poder sob qualquer forma – mesmo que ‘melhor’ não queira de modo algum dizer ótimo nem infalível – é a participação direta ou indireta dos cidadãos, do maior número de cidadãos, na formação das leis.³⁷¹

Além disso, o exercício do direito de sufrágio só pode alcançar sua plenitude se o indivíduo gozar das liberdades de opinião, de imprensa, de reunião, de associação e de todas aquelas outras liberdades, que estão na base do Estado liberal e possibilitam a participação política de modo efetivo. Fica claro, portanto,

³⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: fragmentos de um dicionário político. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021, p. 61.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 64.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 65-66.

que, na democracia liberal, a liberdade política assegura os direitos civis e as demais liberdades individuais ao mesmo tempo em que é assegurada por eles.

Ainda conforme Bobbio, esse vínculo entre democracia e liberalismo só é possível graças ao fato de que ambas as doutrinas apresentam uma origem comum, visto que, se assentam sobre o individualismo, o qual encara o Estado como um “conjunto de indivíduos e como resultado da atividade deles e das relações por eles estabelecidas entre si.”³⁷² Apesar disso, o individualismo liberal e o individualismo democrático não se confundem. Ao passo que o primeiro resulta da gradual corrosão da totalidade, pela qual os indivíduos se separam do grupo primitivo onipotente e onipresente e conquistam espaços de ação pessoal, reduzindo ao mínimo o poder público, o segundo nasce pela dissolução interna da unidade, que dá origem a partes independentes umas das outras e mesmo agregadas são independentes do inteiro, que começam a ter vida própria, reconstituindo o poder público como soma de poderes particulares.

Michael J. Sandel acrescenta que a democracia liberal (tomando como base o modelo norte-americano), sobretudo no período pós-Segunda Guerra Mundial, baseia-se na economia política do crescimento e da justiça distributiva.³⁷³ Essa perspectiva se assenta sobre três premissas: o consumo constitui a base primária da identidade política e foco da atividade econômica; o indivíduo é encarado como “*um soldado num exército, cooperando com todos os outros soldados*”³⁷⁴, de modo que não há preocupação com seu aperfeiçoamento, além de se pautar na formação de uma república procedimental, guiada pela concepção voluntarista de liberdade, segundo a qual os indivíduos são livres e independentes para escolher seus próprios fins e, por isso, as políticas públicas concorrentes devem adotar um papel de neutralidade.

Dessa forma, argumenta que a ideia promovida é de que “*a democracia é a economia por outro ângulo, uma forma de agregar as preferências dos indivíduos em vez de deliberar sobre justiça e bem comum.*”³⁷⁵ Fica claro que Michael J. Sandel

³⁷² Ibid., p. 67.

³⁷³ SANDEL, Michael. *O descontentamento da democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2023, p. 215.

³⁷⁴ Ibid., p. 239.

³⁷⁵ Michael J. Sandel apresenta uma postura crítica da democracia liberal delineada no período pós-Segunda Guerra Mundial e defende que o descontentamento com o regime democrático decorra em boa parte do abandono da economia política da cidadania, que norteou os *framers*. De acordo com a tradição que moldou o republicanismo, um dos fins da atividade econômica diz respeito ao cultivo de condições propícias ao autogoverno, que por sua vez depende da virtude cívica, incumbindo à república exercer um papel formativo com o objetivo de cultivar cidadãos, cujo caráter e objetivos

entende que a associação entre democracia e liberalismo é frágil e acaba corrompida pelo predomínio da lógica do segundo sobre a primeira.

Macpherson, por sua vez, a fim de explicar as origens e a evolução da democracia liberal lança mão de três modelos teóricos com vistas a *“examinar o que se deseja dela, ou se crê que ela seja, o que mais se quer dela ou de alguma variante da atual forma dela, e também o que se acredita que ela poderia ou deveria ser.”*³⁷⁶ O autor ainda destaca que a democracia não se resume a um mecanismo para escolher e autorizar governos, *“tendo sido encarada como uma qualidade que penetra toda a vida e atividades de uma comunidade nacional ou menor.”*³⁷⁷ Por isso, o estudo dos modelos de democracia não realça apenas o componente político atinente ao sistema de governo, mas também os diferentes tipos de sociedade congruentes com cada um deles e, por conseguinte, as relações entre as instituições democráticas e a estrutura subjacente da sociedade.

O catedrático da Universidade de Toronto então conclui que *“a democracia liberal tem sido projetada tipicamente para ajustar-se a um esquema de governo democrático numa sociedade dividida em classes”*³⁷⁸ e que só foi possível graças aos teóricos que *“descobriram razões para acreditar que cada homem um voto não seria arriscado para a propriedade, ou para a continuidade das sociedades divididas em classes.”*³⁷⁹ Nesse sentido, analisa quatro modelos de democracia liberal, que se sucederam historicamente desde o século XIX até a atualidade, quais sejam, a democracia protetora, a democracia desenvolvimentista, a democracia de equilíbrio e, por fim, apresenta a proposta de um novo modelo denominado democracia participativa.

O modelo de democracia protetora tem como principais expoentes Jeremy Bentham e James Mill e parte do pressuposto de uma sociedade capitalista de mercado e das leis de economia política clássica. Nessa ótica, o indivíduo aparece como aquele que atua com vistas a *“aumentar a soma total dos seus prazeres”* ou *“diminuir a soma total de suas dores.”*³⁸⁰ Para alcançar tal desiderato, procura

fomentem as preocupações públicas de que depende a liberdade, sem prejuízo da criação de um conjunto de mecanismos e procedimentos pelos quais os interesses concorrentes se fiscalizariam mutuamente. *Ibid.*, p. 350.

³⁷⁶ MACPHERSON, C. B. *A democracia liberal: origens e evolução*. Tradução de Nathanael. C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 13.

³⁷⁷ *Idem.*

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 16.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 17.

³⁸⁰ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of moral and legislation*. London: Clarendon Press, 1907, p. 3.

maximizar a própria riqueza através do exercício de poder sobre os outros, o que gera conflitos e, por conseguinte, exige a intervenção da estrutura legal criada pelo Estado com o propósito de resguardar a ordem mediante a distribuição de direitos e deveres que proporcione a maior felicidade do maior número de indivíduos. Nesse sentido, preconiza que o sistema político devia produzir *“tanto governos que fomentassem uma sociedade de mercado livre como também protegesse os cidadãos contra o governo.”*³⁸¹ A democracia, então, assume a tarefa de resguardar os governados contra a opressão dos governantes e estimular o Produto Nacional Bruto e nada mais. Vale registrar que, a franquia democrática foi incluída tardiamente nesse modelo e ocorreu *“apenas porque se persuadiram de que uma vasta maioria da classe trabalhadora certamente seguiria o conselho e exemplo ‘daquela categoria inteligente e virtuosa’, a classe média.”*³⁸²

Em seguida, duas situações impuseram desafios à sociedade: as condições desumanas a que os trabalhadores eram submetidos começaram a ser questionadas e, diante disso, a classe trabalhadora passou a ameaçar a propriedade, organizando-se em sindicatos e difundindo seus ideais em jornais de ampla circulação. Nesse contexto, John Stuart Mill agregou um componente moral ao modelo de democracia para arrefecer os ânimos da classe trabalhadora como enfoque naquilo que o sistema político poderia contribuir para o aperfeiçoamento da humanidade. Por isso, esse modelo é chamado democracia desenvolvimentista. Segundo essa concepção, o indivíduo é um ser capaz de desenvolver suas forças ou capacidades e a boa sociedade é aquela que permite e incentiva o autodesenvolvimento pessoal de todos. A democracia, por sua vez, favorece o alcance dessa meta ao conferir a todos os cidadãos

um interesse direto nas ações do governo, e um incentivo para participar ativamente, pelo menos ao ponto de votar a favor ou contra o governo e [...] também de informar-se e construir seus modos de ver em discussões uns com os outros.³⁸³

Deve-se registrar ainda que Stuart Mill reconhecia que a sociedade estava dividida em duas classes com interesses opostos: a classe dos ricos e a dos trabalhadores. Assim, caso se admitisse o voto singular *“a maioria, se assim o quisesse poderia exercer o poder absoluto; e esta maioria seria exclusivamente*

³⁸¹ MACPHERSON, C. B. *A democracia liberal: origens e evolução*. Tradução de Nathanael. C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 40.

³⁸² Ibid., p. 47.

³⁸³ Ibid., p. 56.

*composta de uma única classe, com os mesmos ideais, os mesmos preconceitos, a mesma maneira de pensar, e tudo isso sem ser altamente cultivada.*³⁸⁴ Por isso, a fim de evitar os males de uma legislação classista, o doutrinador em exame propugnava o voto plural *“que confira à educação o grau de influência superior suficiente para contrabalançar o peso numérico da classe menos instruída.”*³⁸⁵ Segundo Macpherson³⁸⁶, Stuart Mill tem a vantagem de identificar a contradição entre seu ideal desenvolvimentista e a sociedade de classes e exploradora de seu tempo, mas falhou na solução apontada, já que não percebeu o antagonismo entre as relações capitalistas de produção como tais e o ideal de aperfeiçoamento.

Em meados do século XX, aparece o modelo da democracia de equilíbrio, desenvolvido inicialmente por Joseph Schumpeter, que resgata o modelo da democracia protetora, esvaziando o conteúdo moral dado pelo modelo da democracia desenvolvimentista. Também pode ser chamado de modelo de equilíbrio elitista pluralista:

É pluralista porque parte da pressuposição de que a sociedade a que se deve ajustar um sistema político democrático é uma sociedade plural, isto é, uma sociedade consistindo de indivíduos, cada um dos quais é impelido a muitas direções por seus muitos interesses, ora associado com um grupo de companheiros, ora com outro. É elitista naquilo que atribui a principal função no processo político a grupos auto-escolhidos de dirigentes. É um modelo de equilíbrio no que apresenta o processo democrático como um sistema que mantém certo equilíbrio entre a procura e a oferta de bens políticos.³⁸⁷

Nessa perspectiva, os indivíduos são tratados como simples consumidores políticos e a sociedade como o espaço onde se desenvolvem as relações do tipo mercado entre esses indivíduos e os fornecedores das mercadorias políticas. Desse modo, o sistema político é empresarial, uma vez que opera no modelo padrão de uma economia de mercado concorrencial, segundo o qual os partidos políticos, encarados como produtores, oferecem diferentes cestos de bens políticos, dos quais os votantes elegem majoritariamente um. A democracia se resume a um mecanismo

³⁸⁴ Tradução livre para: “if they chose to exercise it, would rest with the numerical majority; and these would be composed exclusively of a single class, alike in biases, prepossessions, and general modes of thinking, and a class, to say no more, not the most highly cultivated.” MILL, John Stuart. *Consideration on representative government*. Kitchener: Batoche Books, 2001, p. 103.

³⁸⁵ Tradução livre para: “some mode of plural voting which may assign to education, as such, the degree of superior influence due to it, and sufficient as a counterpoise to the numerical weight of the least educated class.” *Ibid.*, p. 113.

³⁸⁶ MACPHERSON, C. B. *A democracia liberal: origens e evolução*. Tradução de Nathanael. C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 73.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 81.

de escolha de governos, em que o papel do povo se limita a escolher os representantes que tomarão as decisões políticas.

Macpherson critica o modelo de democracia de equilíbrio, pois sustenta que, na verdade, produz um equilíbrio na desigualdade. Afinal,

no mercado político, o poder de compra é em grande grau, embora não inteiramente, o dinheiro – dinheiro para financiar um partido ou um candidato numa campanha eleitoral, para organizar um grupo de pressão ou comprar espaço ou tempo nos meios de comunicação de massa.³⁸⁸

Assim, em uma sociedade marcada pela desigualdade de riqueza não se pode dizer que o processo equilibrador seja democrático. Além disso, a soberania do consumidor é uma ilusão, pois o mercado político não é plenamente concorrencial e sim oligopólico, destacando-se dois partidos efetivos e, como há poucos vendedores, eles não precisam corresponder às demandas dos compradores, contribuindo para a apatia política dos votantes. Por fim, enuncia que esse modelo de democracia de equilíbrio, com toda sua desigualdade, oligopólio e apatia, só poderia ser uma alternativa a um governo tirânico.

O catedrático da Universidade de Toronto apresenta um quarto modelo denominado democracia participativa, o qual menciona não ser tão consistente quanto os anteriores. Tem sua origem no lema dos movimentos estudantis da Nova Esquerda da década de 1960, que reavivaram a esperança de uma sociedade um sistema de governo mais participativos. O seu surgimento pressupõe a presença de dois requisitos: a mudança de consciência do povo, de ver-se e agir como essencialmente consumidor para ver-se e agir como executor e desfrutador de sua capacidade e uma redução considerável da desigualdade social e econômica. No entanto, é improvável que qualquer desses requisitos sejam satisfeitos pelo incremento da participação democrática, resultando em um ciclo vicioso. Questionando-se sobre eventual saída, Macpherson apresenta algumas aberturas visíveis, quais sejam:

a consciência cada vez maior do ônus do crescimento econômico; as dúvidas crescentes quanto à capacidade do capitalismo financeiro de satisfazer as expectativas do consumidor enquanto reproduzindo a desigualdade e a crescente consciência dos custos da apatia política.³⁸⁹

³⁸⁸ MACPHERSON, C. B. *A democracia liberal: origens e evolução*. Tradução de Nathanael. C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 90.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 109.

Neste modelo, a democracia não é concebida simplesmente como um método de escolher e legitimar governos, enfatizando-se o dinamismo do eleitorado como pessoas que moldam seus próprios destinos. Destarte, o autor em estudo apresenta uma proposta de democracia participativa a partir de um método de argumentação em duas etapas. Na primeira, desconsidera as circunstâncias concretas e elabora um sistema abstrato e na etapa seguinte, promove a reinserção do contexto histórico na rede argumentativa, elaborando então uma proposta de aplicação daqueles princípios às sociedades ocidentais contemporâneas.

Segundo o enfoque abstrato, o modelo mais simples de democracia participativa *“seria um sistema piramidal com democracia direta na base e democracia por delegação em cada nível depois da base.”*³⁹⁰ O doutrinador em destaque aposta na aglutinação e na organização da base como forma de conciliar interesses e atingir a decisão da maioria.

Assim, começaríamos com a democracia direta ao nível de fábrica ou vizinhança – discussão concreta face a face e decisão por consenso majoritário, e eleição de delegados que formariam uma comissão no nível mais próximo seguinte, digamos, um bairro urbano ou subúrbio ou redondezas.³⁹¹

Os delegados teriam de ser instruídos por seus eleitores, responsabilizando-se perante aqueles que os elegeram e assim procederiam até o vértice da pirâmide que seria *“um conselho nacional para assuntos de interesse nacional, e conselhos locais e regionais para questões próprias desses segmentos territoriais.”*³⁹²

No enfoque concreto, *“a combinação de um aparelho democrático piramidal direto e indireto com a continuação de um sistema partidário parece essencial.”*³⁹³ Essa combinação deveria ocorrer pela manutenção da estrutura de governo, confiando-se nos partidos políticos para operar pela estrutura piramidal. Assim, enquanto o sistema piramidal incorpora a democracia direta na estrutura de âmbito nacional do governo, os partidos políticos em concorrência concentram-se na propositura e debate de temas interesse geral.

A possibilidade de concretização do modelo de democracia participativa exige *“o desaparecimento ou abandono das pressuposições de mercado quanto à natureza do homem e da sociedade, um afastamento da imagem do homem como*

³⁹⁰ Ibid., p. 110.

³⁹¹ Ibid., p. 110.

³⁹² Ibid., p. 110-111.

³⁹³ Ibid., p. 114.

consumidor maximizante, e grande redução da atual desigualdade econômica e social.”³⁹⁴ Conforme Macpherson, esse modelo ainda poderia ser inserido na tradição da democracia liberal na medida em que se erige sobre o postulado ético de alto valor dos direitos iguais ao autodesenvolvimento.

Observa-se, pois, que embora Macpherson classifique o modelo de democracia participativa como democracia liberal, há uma notável expansão do conceito, que não fica circunscrito ao governo, expandindo-se para outros corpos coletivos como a fábrica e a vizinhança, por exemplo, além da integração da democracia representativa com a democracia direta, características próprias da democracia social. Nos dizeres de Bobbio³⁹⁵,

há uma “extensão das formas de poder ascendente, que até então havia ocupado quase exclusivamente o campo da grande sociedade política (e das pequenas e muitas vezes politicamente irrelevantes associações voluntárias) para o campo da sociedade civil em suas várias articulações, da escola à fábrica.

A democracia social, então, considera o indivíduo na multiplicidade de seu status (cidadão, pai/mãe, filho(a), cônjuge, estudante, empregador ou empregado, gestor ou usuário de serviços públicos, produtor ou consumidor, etc.). Desse modo, pressupõe o espraiamento da democracia a espaços até então dominados por organizações hierárquicas ou burocráticas. Além do direito à participação política, abrange a participação nas mais diversas instâncias sociais, quais sejam, a família, escola, empresa, os serviços públicos, dentre outras.

Nessa senda, Dominique Rousseau realça que a proposta de democracia contínua não se reduz a uma forma de governo confinada à esfera estatal, lastreando-se na construção de uma nova forma de sociedade. O autor em comento chama a atenção para o fato de que a democratização da sociedade não se satisfaz com o estabelecimento de eleições, pois o voto em si mesmo não produz nem garante a qualidade democrática de uma instituição. Em outras palavras, o voto não produz espontaneamente uma instituição democrática, apenas o voto exercido em conformidade com os direitos constitucionais alcança a virtude democrática. Desse modo, é imprescindível que,

o voto ocorra em intervalos regulares; que o eleitor tenha a opção de escolher entre vários candidatos; que estes últimos tenham igual acesso

³⁹⁴ Ibid., p. 116.

³⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: fragmentos de um dicionário político*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021, p. 204.

aos meios de comunicação; que o pluralismo de meios seja efetivo; que a liberdade de opinião, de expressão e de circulação das pessoas esteja garantida; e que a sinceridade do sufrágio não seja alterada por irregularidades no momento da campanha eleitoral, na organização dos postos de votação e na contagem dos votos.³⁹⁶

Dominique Rousseau acrescenta que, ao contrário do Estado, a Constituição é inseparável da sociedade. Isso porque o vínculo estabelecido entre a Constituição e o Estado tem caráter histórico, enquanto o vínculo entre a Constituição e a sociedade é ontológico. O Estado não é a forma natural de organização política das sociedades, delineando-se em determinado momento histórico em decorrência da necessidade de estabilizar a população em um território delimitado para assegurar o êxito da reprodução socioeconômica. Já existiram assim como ainda podem existir outras formas de organização política das sociedades diversas da estatal.

Por isso, a democracia contínua, que tem como espaço de referência a sociedade, não pode ser edificada com base no mesmo instrumento adotado para a construção do Estado, qual seja, o princípio da soberania. Este último é visto como *“uma arma ideológica que permitiu aos príncipes dos diferentes países da Europa legitimar sua reivindicação de poder contra o papa e o imperador.”*³⁹⁷

O instrumento de que se vale a democracia contínua é a deliberação, princípio ativo do espaço público, encarado como um lugar, no qual deságuam as ideias aventadas no espaço civil por intermédio das associações, movimentos sociais e a imprensa e onde se forma, através da deliberação, da comunicação de ideias e confrontação das opiniões, a vontade normativa encaminhada ao espaço político. É importante mencionar que o princípio deliberativo deve respeitar os direitos e garantias fundamentais, que são condições de possibilidade de sua manifestação: liberdade de circulação para defender suas opiniões, liberdade de reunião e de manifestação para propiciar o conhecimento de suas propostas, além da liberdade de associação para agregar aqueles que compartilham das mesmas proposições normativas.

A tenacidade da democracia contínua está diretamente ligada a *“um espaço público vivo, crítico e ativo que mobilize constantemente seus recursos sociais,*

³⁹⁶Tradução livre para: *“que le vote ait lieu à intervalles réguliers, que l'électeur ait le choix entre plusieurs candidats, que ces derniers aient un égal accès aux moyens de communication, que le pluralisme des médias soit effectif, que la liberté d'opinion, d'expression et d'aller et venir soit garantie, que la sincérité du suffrage ne soit pas altérée par des irrégularités au moment de la campagne électorale, dans la tenue des bureaux de vote et lors du dépoulement des bulletins.”* Radicaliser la démocratie: Propositions pour une refondation. Paris Éditions du Seuil, 2015, p. 73.

³⁹⁷Tradução livre para: *“l'arme idéologique devant servir aux princes des différents pays d'Europe à légitimer leur revendication de pouvoir contre le pape et l'empereur.”* Ibid., p.78.

associativos e intelectuais para impor ao espaço político transações que respondam a suas exigências políticas".³⁹⁸ Portanto, o espaço público deve ter força capaz de interferir na agenda do espaço político, obrigando-o a dar respostas aos assuntos que ensejaram a mobilização da sociedade. Com isso, o poder do cidadão se amplia: de instantâneo e intermitente no sistema representativo passa a ser ativo e permanente no espaço público.

Guillermo O'Donnell³⁹⁹ vai além da democracia enquanto princípio de deliberação pública e destaca o seguinte:

Por exemplo, expressar opiniões, participar de uma campanha eleitoral ou ingressar num partido político requer não só que alguém tenha a disposição de fazê-lo, mas também alguns recursos, como tempo, informação e mesmo a simples energia, bem como proteções legais contra a possibilidade de sofrer sanções por realizar tais atividades. Na falta dessas condições propícias, só alguns indivíduos excepcionalmente motivados levam a cabo essas atividades. Isso também é verdade num nível menos diretamente político, como quando se processa um proprietário de terra explorador, um cônjuge abusivo ou um policial que se comporta de forma ilegal.

Em outras palavras, o autor em comento explica que a democracia não se contenta com a atribuição de direitos políticos e de liberdades correlatas e exige, em um nível mais profundo, capacidades reais, que resguardem aos cidadãos o exercício de sua autonomia nas diversas esferas da vida. Desse modo, a democracia não é independente das características estruturais mais gerais da sociedade.

Então, a democracia não é só um tipo de regime político, independente das características do Estado e da sociedade nem um atributo sistêmico, dependente da existência de um grau significativo de igualdade socioeconômica e/ou de uma organização social e política geral orientada para a realização dessa igualdade⁴⁰⁰. O'Donnell apresenta uma concepção intermediária, realçando que "*um componente "politicista", ou baseado unicamente no regime, é necessário mas insuficiente para*

³⁹⁸Tradução livre para: "*un espace public vivant, critique, démultiplié, mobilisant sans cesse ses ressources sociales, associatives, intellectuelles pour imposer à l'espace politique des transactions qui fassent droit à ses exigences politiques.*" Ibid., 81.

³⁹⁹O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 51, julho de 1998, p. 37-61, p. 40.

⁴⁰⁰ Carl Schmitt, em *The Crisis of Parliamentary Democracy*, apresenta crítica à democracia, na medida em que "*was seen to serve many masters and not in any way to have a substantial, clear goal*" (2000, p. 24). Isso porque, em um primeiro momento, a democracia apareceu em uma aliança óbvia, até mesmo de identidade, com o liberalismo e a liberdade. Na social-democracia se associou ao socialismo. Assim, se todas as tendências podem fazer uso da democracia isso prova que não tem conteúdo político, constituindo-se tão somente uma forma de organização.

*uma definição adequada de democracia*⁴⁰¹, mas a versão que combina democracia com um grau de igualdade socioeconômica é perigosa, pois *“tende a condenar qualquer democracia existente e, portanto, favorece o autoritarismo.”*⁴⁰²

O autor em questão argumenta que esse meio-termo *“se define pela extensão em que o ‘princípio da lei’ [‘rule of law’] é efetivo, para vários tipos de questões, regiões e atores sociais, ou, de forma equivalente, pela extensão em que a cidadania plena, civil e política, foi alcançada pelo conjunto da população adulta.”*⁴⁰³ O princípio da lei aplicado à teoria democrática abrange a preservação dos direitos de cidadania política e civil, bem como a criação de redes de responsabilidade e *accountability* a todos os agentes, privados e públicos. A democracia então é concebida como *“modo particular de relacionamento entre Estado e cidadãos e entre os próprios cidadãos, sob um tipo de princípio da lei que, além da cidadania política, preserva a cidadania civil e uma rede completa de accountabilities.”*⁴⁰⁴ Dessa forma, O’Donnell esclarece que, quando os direitos formais são conquistados e exercidos, fornecem uma base valiosa para lutar por outros direitos, mais específicos e substantivos.

Vale acrescentar que a base teórico-político-filosófica da democracia dos modernos passou a ser objeto de intenso debate nos últimos séculos diante dos desafios impostos pela formação de sociedades plurais, multifacetadas e complexas na contemporaneidade. Apesar de suas gargalos, prevalece o entendimento de que não há outro regime político melhor que a democracia⁴⁰⁵, que deve ser lapidada, a

⁴⁰¹ Ibid., p. 39.

⁴⁰² Ibid., p. 38-39.

⁴⁰³ Ibid., p. 41.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 52.

⁴⁰⁵ Steven Pinker em *O Novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo* destaca que a democracia é uma forma de governo que passa entre os dois extremos, aplicando apenas a força suficiente para impedir que as pessoas sejam predadoras umas das outras e sem que o governo de se torne predador do próprio povo. Assim, permite que o povo viva em segurança, protegido contra a violência da anarquia e, em liberdade, protegido contra violência da tirania. Além disso, ele explica que as democracias contribuem para a prosperidade humana e constituem a forma de governo em que há maiores taxas de crescimento econômico, menos guerras e genocídios, o povo tende a ser mais saudável e instruído e a fome coletiva praticamente inexiste (2021, p. 244). Robert A. Dahl, em *A democracia e seus críticos*, também manifesta que o processo democrático é superior a outros modos viáveis de governo, pois promove a liberdade como nenhum outro consegue fazer, fomenta o desenvolvimento humano, acima de tudo na capacidade de autodeterminação, a autonomia moral e a responsabilidade pelas próprias escolhas, além de ser o meio mais certo para que as pessoas possam proteger os interesses e bens que compartilham entre si. O processo democrático ainda é requisito da justiça distributiva, na medida em que as oportunidades para alcançar tais bens devem ser divididas da mesma forma entre todas as pessoas por serem intrinsecamente iguais umas às outras em seu valor moral (2012, p. 495-496).

George Orwell, na obra *Fascismo e Democracia* faz a seguinte advertência. *“A democracia burguesa não é suficiente, mas é muito melhor que o fascismo e, trabalhar contra ela é serrar o galho em que você está sentado”*. Posteriormente, acrescenta: *“Quem tenta minar a fé na Democracia, para acabar*

fim de encontrar novos canais de estreitamento do vínculo entre o povo e o poder político⁴⁰⁶.

com o código moral que deriva dos séculos protestantes e da Revolução Francesa, não está preparando o poder para si mesmo, embora possa estar preparando-o para Hitler” (2021, p. 20).

⁴⁰⁶Roberto Mangabeira Unger em *O Direito e o futuro da democracia* apresenta três propostas para a reconstrução da democracia. A primeira denominada socialdemocracia ampliada, baseia-se na crença de que “*a arena privilegiada da experiência é a vida individual: a capacidade do indivíduo para definir e executar seus próprios projetos de vida.*” Assim, a política de governos tem por meta assegurar as eficiências, igualdades e condições mínimas que tornem a ação individual efetiva. Provoca menor ruptura com as estruturas institucionais estabelecidas e herdadas e se aproxima mais das exigências morais dos países industriais ricos (2004, p. 170). A segunda chamada de poliarquia radical “*opera por técnicas de descentralização do poder e organização da sociedade civil*” (2004, p. 181). A ideia central é a transformação da sociedade em uma confederação de comunidades, formada com base na força da experiência e dos compromissos compartilhados, que possam receber e exercer efetivamente os poderes que lhe são legados. A terceira alternativa é a mais radical, qual seja, a democracia mobilizadora. “*Nessa perspectiva, não há um local privilegiado para a emoção verdadeira, ou melhor, o palco preferido é toda a sociedade*” (2004, p. 198). Essa perspectiva se volta tanto à macropolítica de mudança institucional quanto à micropolítica das relações pessoais.

4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DESAFIOS GERADOS PELO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

Nos dizeres de Canotilho⁴⁰⁷, o arranjo do Estado Democrático de Direito parte de duas ideias básicas: “*O Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território ou pertence ao Estado*”.

Isso significa que o Direito conforma o poder político⁴⁰⁸, condiciona seu exercício à utilização de instrumentos jurídicos previamente institucionalizados e está centrado em uma ideia de Justiça. Com isso, busca-se evitar que o poder político seja fonte de abusos e arbitrariedades e assegurar o direito de cada um a ser tratado com igual respeito e consideração devido a todos os outros. Além disso, a associação do Estado de Direito ao princípio democrático não só sugere a ideia de governo do povo, com limitação do exercício do poder estatal ante a supremacia das normas constitucionais, mas também participação do povo como forma de conferir legitimidade à atuação do Estado. Em outros termos, o discurso democrático não se resume à dimensão representativa consubstanciada no sufrágio, demandando a efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais.

O renomado autor português sustenta ainda que esse Estado apresenta quatro dimensões: a juridicidade, a democracia, a socialidade e a sustentabilidade ambiental. Nesse Estado, denota-se a presença de um “*governo subordinado a leis transportadoras de princípios e regras de direito, de natureza duradora e vinculativa, explicitados na Constituição*.”⁴⁰⁹ Ademais, “*no Estado de direito concebe-se a liberdade como liberdade negativa, ou seja, uma ‘liberdade de defesa’ ou de ‘distanciação’ perante o Estado.*” O Estado democrático pressupõe “*a liberdade*

⁴⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 231.

⁴⁰⁸Karl Loewenstein em *Teoria de la Constitución* esclarece, no mesmo sentido, que no Estado moderno, constitucional e democrático, a essência do processo de poder consiste na tentativa de estabelecer um equilíbrio entre as diferentes forças pluralistas que se encontram competindo dentro da sociedade estatal, sendo garantida a devida esfera para o livre desenvolvimento na personalidade (1979, p. 27). Dessa forma, o exercício do poder político deve ser limitado e restringido tanto no interesse dos detentores quanto dos destinatários do poder através da instituição de mecanismos de controle horizontais (que se movem lateralmente no mesmo nível do aparato de domínio estatal) e verticais (que funcionam em uma linha ascendente e descendente entre a totalidade dos detentores de poder instituídos e a comunidade como tal ou alguns de seus componentes). Dentre os últimos destacam-se o federalismo (limita o poder do Estado central sobre os estados-membros e vice-versa), os direitos individuais e garantias fundamentais (constituem zonas de autodeterminação individual inacessíveis ao poder do Estado) e o pluralismo (poderes intermediários entre os detentores e destinatários do poder, que influem e determinam o exercício do poder pelos primeiros).

⁴⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 25.

positiva, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder”, sendo “*a liberdade democrática que legitima o poder.*”⁴¹⁰ A socialidade do ente estatal repousa no equilíbrio das clivagens sociais, estímulos regulativos e materiais do Estado a favor da justiça social, reajustamento das condições reais prévias à aquisição de bens materiais e imateriais indispensáveis ao próprio exercício dos direitos, liberdades e garantias pessoais, estabelecimento de regras jurídicas em favor do emprego e dos direitos dos trabalhadores. A última dimensão põe enfoque sobre a exigência de que os Estados conformem suas políticas e estruturas organizatórias de maneira autossustentada.

Na lição de Streck⁴¹¹, o Estado Democrático de Direito constitui uma síntese do Estado Liberal e do Estado Social, que promove o resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos fundamentais. Assim, a constituição passou a abarcar não somente direitos civis e políticos como forma de assegurar a liberdade dos cidadãos em face das ingerências dos poderes públicos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, com vistas a conferir aos indivíduos novas possibilidades de existência que não poderiam auferir por si mesmos.

Em síntese, trata-se de um modelo que busca gerar a verdadeira transformação social a partir da reorganização do modo de produção e distribuição de bens, com a finalidade de alcançar os mais altos níveis de liberdade e igualdade. Nessa senda, toda ordem constitucional é edificada a partir da perspectiva de ruptura com o *status quo*, impondo mudanças sobre as funções tradicionalmente desempenhadas pelos Poderes do Estado, que têm o dever de implementar direitos e garantias fundamentais.

Se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, concentrando-se na legislação o ponto de tensão das relações entre Estado e Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promotora, o foco recai sobre o Poder Executivo em razão da necessidade da realização das políticas voltadas à satisfação do Estado de Bem-Estar Social. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em

⁴¹⁰ Ibid, p. 28.

⁴¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 53.

determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais.

O'Donnell⁴¹², por sua vez, define o Estado Democrático de Direito como aquele em que, *“qualquer que seja a legislação existente, ela é aplicada de forma justa pelas instituições estatais pertinentes, incluído, mas não exclusivamente, o Judiciário”*. Desse modo, exige que a aplicação administrativa ou a decisão judicial de normas legais sejam coerentes em casos semelhantes, adotando procedimentos que são preestabelecidos e conhecíveis por todos.

Denota-se, pois, que o núcleo do Estado Democrático de Direito está centrado na garantia da concretização dos direitos fundamentais, na observância do princípio da Separação dos Poderes, no respeito às regras da democracia e, em especial, na ampliação da participação da sociedade na gestão pública e na boa governança estatal. Essa base principiológica, por sua vez, apresenta grandes dificuldades de penetração e consolidação na realidade brasileira em decorrência de tensões político-institucionais históricas.

Inicialmente, cabe destacar que a democracia brasileira é jovem e descontínua. Isso porque a República, entendida em sentido estrito como forma de governo, só foi proclamada no Brasil em 15 de novembro de 1889, ou seja, há pouco mais de 130 anos. Schwarcz e Starling⁴¹³, ao se referirem a esse evento histórico, discorrem que o *“golpe republicano”* não passou de um acontecimento militar que *“pegou todos de surpresa e eclodiu sem violência”*. Desse modo, as historiadoras deixam claro que a instauração do regime republicano não contou com a participação popular, sendo conduzida pelo Exército com o apoio das elites emergentes, que reclamavam da sub-representação política durante a Monarquia.

Além disso, a primeira fase, conhecida como República Velha, compreendida entre a instauração do regime republicano em 1889 e a Revolução de 1930, foi marcada pela sobrevivência de práticas oligárquicas. Isso porque, conforme Viscardi⁴¹⁴, apresentava as seguintes características:

O parentesco e a lealdade pessoal como critérios para o recrutamento político; a estabilidade baseada na contenção de minorias oposicionistas; o

⁴¹² O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 51, julho de 1998, p. 37-61, p. 41.

⁴¹³ SCHWARCZ, Lília; STARLING, Heloisa. Introdução em busca da República. In: SCHWARCZ, Lília; STARLING, Heloisa (Orgs.). *Dicionário da República: 51 textos críticos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Ebook.

⁴¹⁴ Ibid. Primeira República(1889-1930): República Oligárquica.

uso de instrumentos extralegais para a manutenção de privilégios e benesses; a prática de relações políticas tradicionais, que não levavam em conta a meritocracia como mecanismo de ascensão política; a presença de expedientes autoritários, usados com o fim de se manter o poder concentrado nas mãos dos mesmos grupos; e, por fim, a presença de uma maioria politicamente apática, que não se interessava em integrar a comunidade política.

Na República Velha, a política local era dominada pelos coronéis, que exerciam seu poder de mando nos vastos latifúndios constituídos em terras brasileiras através do chamado “voto de cabresto”, prática político-cultural pela qual os votantes recebiam um envelope fechado com o nome do candidato indicado pelo coronel, cabendo-lhe tão somente depositá-lo na urna.

Não se imagine, entretanto, que entre o coronel e o simples eleitor impere a brutalidade, com o bacamarte engatilhado contra o rebelde potencial. O coronel é, acima de tudo, um compadre, de compadrio o padrão dos vínculos com o séquito.⁴¹⁵

O fenômeno coronelista não nasce com a República no Brasil. Ele recebe uma nova coloração estadualista e se torna mais emancipado das dependências econômicas do patrimonialismo central do Império.

Leal⁴¹⁶ define o coronelismo como

uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa.

Faoro⁴¹⁷, na mesma toada, descreve que esse fenômeno se manifesta através de um “*compromisso*” ou uma “*troca de proveitos*” entre o chefe político e o governo estadual. “*As despesas eleitorais cabem, em regra, ao coronel, por conta de seu patrimônio. Em troca, os empregos públicos, sejam os municipais ou os estaduais sediados na comuna, obedecem às suas indicações.*”⁴¹⁸ Nesse cenário, denota-se a continuidade das práticas patrimonialistas e clientelistas marcadas pelo uso privado da máquina pública, inclusive a partir da troca de bens e serviços para a obtenção de apoio político.

⁴¹⁵ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 986.

⁴¹⁶ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 44.

⁴¹⁷ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 981.

Não se pode deixar de citar também a corrupção, um fenômeno mais complexo e também

mais grave porque destrói e desorganiza o processo que visa instalar mecanismos de construção e de fortalecimento da vida pública de um povo: suas instituições, regras e princípios de convivência, agências de administração e de governo.⁴¹⁹

Durante a Primeira República, a corrupção se manifestava através da chamada "*Política dos Governadores*."⁴²⁰ De acordo com Faoro,

A política dos governadores — política dos Estados, na versão oficial — será o pedestal sobre o qual imperará Campos Sales, num esquema político de trinta anos de duração, apesar de sua estrutura não monolítica. Os vinte governadores, reservada a direção ao presidente da República, com o centro em São Paulo, fazem o Congresso, que, por sua vez, apóia a política do chefe das hostes estaduais.⁴²¹

Em outras palavras, a política dos governadores consistia em um pacto celebrado entre o governo federal e as oligarquias à frente dos estados federados. O primeiro recebia apoio dos últimos para se manter no poder, evitando-se itinerância política e, apesar de ciente dos artifícios empregados para eleger as bancadas e o governo estadual, abstinha-se de atuar. O mecanismo funcionava da seguinte maneira: as facções oligárquicas dominavam os partidos republicanos estaduais e agregavam-se em uma coalizão nacional para eleger o presidente e controlar o Legislativo federal.

Para assegurar o reconhecimento dos mandatos dos candidatos apontados pela situação em cada estado, foi necessária uma reforma do regimento interno da Câmara dos Deputados. Assim, o Presidente da Casa Legislativa em questão, responsável pela Comissão de Verificação dos Poderes, que validava os mandatos eletivos, passou a ser o mesmo da legislatura anterior, constituindo verdadeira expressão do *status quo* oligárquico.

Observa-se, pois, que a "*Política dos Governadores*" apoiada no aliciamento eleitoral do "*coronelismo*" conferiu estabilidade ao regime republicano em seus primórdios, de modo que o Legislativo forte sob controle dos grupos hegemônicos

⁴¹⁹ SCHWARCZ, Lilia; STARLING, Heloisa. Introdução em busca da República. In: SCHWARCZ, Lilia; STARLING, Heloisa (Orgs.). *Dicionário da República: 51 textos críticos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. *Ebook*.

⁴²⁰ SCHWARCZ, Lilia. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 105.

⁴²¹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 809.

nos estados assegurava o sistema de poder. Durante a “*Política dos Governadores*”, na maior parte do tempo, paulistas e mineiros se alternavam no exercício da Presidência da República, dando origem à conhecida “*política do café com leite*”, já que, à época, São Paulo e Minas Gerais se notabilizavam pela produção de café e de leite, respectivamente.

A partir da inauguração da República Populista, em 1946, também chamada de Segunda República, começa a se delinear uma organização política do poder cunhada presidencialismo de coalizão. De um lado, o Legislativo assegurou o papel estratégico de representante das forças dominantes nos estados, por um voto influenciado pela manipulação eleitoral dos chefes políticos locais, o que garantia o predomínio da voz das oligarquias e, de outro, o Presidente da República passou a ser eleito nacionalmente, expressando a vontade progressiva dos setores populares e médios urbanizados e do novo empresariado industrial. Diante disso, como o Executivo e o Legislativo estavam apoiados em bases sociais diversas, toda política pública passou a ser objeto de negociação parlamentar.⁴²² Esse contexto político, gerou um permanente conflito entre ambos os Poderes do Estado, dificultando o alcance de estabilidade democrática pela “*fragmentação na composição das forças políticas representadas no Congresso*” e pela “*agenda inflacionada de problemas e demandas impostas ao Executivo*”⁴²³

Com o colapso da Segunda República, que vigorou de 1946 a 1964, a reflexão sobre o presidencialismo de coalizão expôs a distinção entre o apoio político da coalizão ao presidente e sua aceitação da agenda presidencial. A agenda precisa ser negociada caso a caso e alguns itens podem ser refutados pela maioria. Contudo, se houver respaldo político ao presidente, apesar de não se referir à totalidade de sua agenda, há condições de governabilidade. Diversamente, o apoio parcial à agenda, sem sólido respaldo político ao presidente, não resguarda governabilidade. Em um contexto de crise econômica e social, o antagonismo inflexível do Legislativo, deixa o Executivo instável e pode culminar na interrupção forçada do mandato presidencial por intermédio de um golpe militar, como verificado em 1964.

⁴²² ABRANCHES, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 39.

⁴²³ Idem.

De acordo com Abranches⁴²⁴ o presidencialismo de coalizão é um traço institucional típico do Brasil, que se diferencia por combinar “o *presidencialismo, o federalismo, o bicameralismo, o multipartidarismo e a representação proporcional*” e expressa as “*necessidades e contradições, de natureza social, econômica, política e cultural, que identificam histórica e estruturalmente o processo de nossa formação social.*” Na mesma toada, Guimarães⁴²⁵ sustenta que o fundamento do presidencialismo de coalizão repousa no próprio arranjo institucional brasileiro, que associa paradoxalmente um Presidente da República forte e altamente demandado a um Parlamento provido de múltiplos instrumentos de controle, mas fragmentado e bastante heterogêneo. Ainda segundo referido autor, dessa forma:

O Presidente, embora eleito pelo voto majoritário do eleitorado, em razão da fragmentação da representação político-partidária do Parlamento, vê-se obrigado a adotar uma prática que costuma ser mais associada ao parlamentarismo, qual seja, a formação e manutenção de uma coalizão multipartidária que dê sustentação ao governo no Congresso e que seja preferencialmente majoritária, uma vez que o partido do Presidente, isoladamente, não deteria o número de cadeiras suficientes para oferecer o necessário apoio parlamentar.⁴²⁶

Assim, a coalizão multipartidária constitui um pressuposto indispensável para o alcance de governabilidade no modelo brasileiro. Isso porque

um eleitorado diverso e desigual, em votação proporcional em lista aberta e com estados funcionando como distritos eleitorais únicos, tende a eleger um Congresso fragmentado e heterogêneo.⁴²⁷

Com isso, é praticamente impossível a um presidente obter a maioria no Congresso exclusivamente com o seu partido.

Abranches⁴²⁸ ainda destaca que a ordem constitucional inaugurada pela Constituição de 1988 carrega resquícios da República Velha, pela via da “*Política dos Governadores*”, no que diz respeito à influência dos estados no governo federal, pois a lógica da formação de grandes coalizões decorre não só de razões de sustentação partidário-parlamentar, mas também de razões de apoio regional. Como essas alianças são forjadas em vínculos demasiadamente tênues, a sustentação do

⁴²⁴ Ibid., p. 10, 21-22.

⁴²⁵ GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. *O presidencialismo de coalizão no Brasil*. São Paulo: Blucher Open Acess, 2020, p. 140.

⁴²⁶ Ibid., p. 141.

⁴²⁷ ABRANCHES, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 78.

⁴²⁸ ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, v. 31, n. 1, 1988, p. 22.

mandato presidencial fica dependente do desempenho corrente do governo e da sua disposição de respeitar os programas considerados inegociáveis pelos partidos coligados.

Marcos Nobre⁴²⁹ acrescenta que esse contexto de formação de grandes coalizões forjou um dos mecanismos fundamentais de controle da velocidade e da amplitude de diminuição das transformações sociais, o qual denominou pemedebismo. Esse fenômeno começou a se delinear durante a Constituinte, que perdurou de março de 1987 a outubro de 1988, capitaneado pelo Centrão, bloco suprapartidário que era composto em sua maioria por parlamentares filiados ao PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), o qual filtrou as exigências dos movimentos sociais, neutralizando as demandas mais radicais.

O pemedebismo está lastreado em cinco elementos fundamentais: estar sempre no governo, independentemente do partido político a que pertença; produção de supermaiorias legislativas para apoio ao governo; funcionamento a partir de um sistema hierarquizado de vetos e controle de vetos; manutenção da correlação de forças existente e bloqueio aos oponentes políticos nos bastidores, evitando enfrentamento público e aberto. Essa cultura já se encontra tão enraizada no espectro político brasileiro que os governos simplesmente não conseguem mais negociar apoio no varejo, pois a lógica do Centrão impõe a formação de maiorias suprapartidárias antes de dar início às disputas por espaço dentro do superbloco governista. Trata-se, nesse sentido, do *“centro clientelista, fisiológico, patrimonialista, não programático – e sim pragmático-oportunista – sempre fiel à indisfarçada efígie hay gobierno, soy a favor.”*⁴³⁰

Copelli⁴³¹ acrescenta que essa organização política, alicerçada em *“sistemáticas, patrimonializadas e clientelizadas negociações em torno de políticas públicas”*, sobretudo entre Executivo e Congresso Nacional, gera a frustração de um leque de demandas populares. Logo, em um ambiente político dominado pelo pemedebismo não há margem para alcance da cidadania plena, pois os direitos sociais e econômicos acabam se resumindo a generalidades abstratas sem

⁴²⁹ NOBRE, Marcos. *O imobilismo em movimento: Da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. *Ebook*.

⁴³⁰ BOSCO, Francisco. *Um diálogo possível: por uma reconstrução do debate político brasileiro*. São Paulo: Todavia, 2022. *Ebook*.

⁴³¹ COPELLI, Giancarlo Montagner, TASSINARI, Clarissa. *Pensando o populismo a partir de ensaios e perspectivas distintas*. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021, p. 66-67.

correspondência prática, obnubilando mudanças estruturais nos padrões de distribuição de poder, renda e reconhecimento social.

O pesquisador⁴³² ainda conclui:

Assim, o que se tem é um sistema, uma cultura e um contexto, mas, ainda, também uma sutil herança. De roupagem diversa, ela se mostra travestida de um *imobilismo em movimento* que, através do tempo, manteve os traços de colônia na Independência – ou uma *enorme fazenda* igualmente após ruptura com a metrópole –, moldando posteriormente uma *república que não se republicanizou*, fazendo do pacto possível com a Constituição de 1988, portanto, uma abstração sobre direitos sociais que não se pôde converter, de fato, em uma *forma de vida*.

Com efeito, o autor em comentário deixa claro a inibição que o fenômeno do pemedebismo produz sobre a concretização de direitos sociais e econômicos. A partir disso, preconiza que, muito mais que instituições de matriz republicana, há necessidade de expurgar da cultura política do Brasil essa tradição que garante a reprodução de práticas contempladoras dos interesses das velhas e novas oligarquias nos espaços governistas, afastando o *demos* do poder⁴³³.

Abranches realça ainda outras características da ordem constitucional de 1988, instaurada após a redemocratização, que deram nova roupagem ao presidencialismo de coalizão, quais sejam, o papel do Congresso no orçamento, as atribuições do Presidente da República e o centralismo federativo.⁴³⁴ Além disso, destaca o novo *status* conferido ao Senado Federal.⁴³⁵

Como a Constituição de 1988 equiparou o poder legislativo do Senado Federal ao da Câmara dos Deputados, fazendo com que o primeiro abandonasse a posição de instância exclusivamente revisora ao conferir-lhe poder de iniciativa legislativa e outras competências privativas, institucionalizou um novo jogo nas deliberações do Congresso Nacional. Afinal, de um lado, tem-se a Câmara dos Deputados, eleita e composta por critérios de proporcionalidade e bancadas relativas ao tamanho dos Estados e, de outro, o Senado Federal, composto por

⁴³² COPELLI, Giancarlo M. Déficit de Republicanismo no Brasil: uma crítica à crítica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 43, ago. 2020, p. 131.

⁴³³ Contextualizando o cenário nacional, Gabriel Wedy expõe as dificuldades de consolidar o Estado de direito no Brasil dada a imensa desigualdade social e econômica, a hipertrofia dos Poderes do Estado com demagogos usurpando ou tentando usurpar competências constitucionais, além dos “abusos do poder econômico de toda ordem, o obscurantismo, a ignorância jurídica, os decisionismos, o Lawfare, o negacionismo climático e pandêmico, o terrorismo e muitas outras mazelas.” (2021, p. 15)

⁴³⁴ ABRANCHES, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 6.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 78.

número igual de senadores por estado, eleitos pelo voto majoritário. Essa diversidade de representação torna o cálculo da formação e manejo das coalizões mais complexo ao exigir estratégias distintas tanto do presidente da República quanto das bancadas nas duas Casas legislativas.

O federalismo centralizado, por sua vez, associa a ampla autoridade legislativa e regulatória da União sobre assuntos federativos à limitação dos pontos institucionais de veto dos governos federados. Dessa forma, o Estado federal brasileiro promove a concentração de poder na União, o que impossibilita os estados federados de terem participação maior na tomada de decisões.

Esse excesso de concentração de poderes e recursos na União e na Presidência da República gera a disfuncionalidade dessa organização política, na medida em que o Chefe do Executivo nacional não é obrigado a executar o orçamento, mas também não pode fazer gastos fora das rubricas nele definidas sem autorização do Congresso Nacional. Assim, os senadores e deputados federais acabam atuando como intermediadores entre a União e as unidades federativas para a obtenção de recursos e a divisão do orçamento se dá às ocultas, sem transparência e sem critério de justiça distributiva, favorecendo as clientelas mais poderosas. Por conseguinte, o empenho e o gasto da verba prometida aos parlamentares acaba se tornando moeda de troca pelo voto em matérias de interesse do Presidente da República, que recompensaria os parlamentares que votassem a favor dos projetos do governo, autorizando a execução de suas emendas ao mesmo tempo em que puniria aqueles que votassem contra ao não executar suas emendas.

De fato, a dominância do Poder Executivo no processo orçamentário⁴³⁶ se sobressai de 1988 a 2012 a partir de prerrogativas de controle da execução orçamentária. Nesse período, com exceção das despesas obrigatórias relativamente

⁴³⁶ Para melhor compreensão acerca do Orçamento Público indica-se as seguintes leituras: ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão de finanças públicas*. 2 ed. Brasília: Editor Paulo Henrique Feijó da Silva, 2008. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução às ciências das finanças*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. BURHEAD, Jesse. *Orçamento Público*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971. CONTI, José Maurício. *O planejamento orçamentário da Administração Pública no Brasil*. São Paulo: Blucher, 2020. GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 14 ed. São Paulo, Atlas, 2018. GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Elviesier, 2016. HARADA, Kyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 33.ed. São Paulo: Dialética, 2024. PISCITELLI, Tathiane. *Direito Financeiro*. 9 ed. Barueri: Atlas, 2023. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: O Orçamento na Constituição*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

às quais não haveria discricionariedade, as demais programações, inclusive emendas parlamentares poderiam ser contingenciadas para alcançar as metas fiscais. Faria salienta que

não se trata de executar despesas não aprovadas, mas, ante o estabelecimento de limites de empenho, conferir-se a faculdade de seleção, pelos gestores do órgão, das despesas a serem priorizadas, conforme as circunstâncias fáticas mais favoráveis.⁴³⁷

Caberia ao Executivo, então, definir as prioridades de execução das várias pastas ministeriais em um cenário de restrição orçamentária. Assim, se as emendas não fossem relevantes ao Ministério, acabavam relegadas a segundo plano. Esse mecanismo de contingenciamento de receitas orçamentárias foi empregado como moeda política de baixo custo para troca de apoio político no Congresso Nacional e, por conseguinte, instrumento de construção de governabilidade.

A partir de 2013, ocorre a inversão do agente condutor da dominância orçamentária, que passa às mãos do Legislativo, notadamente através da primazia das alocações realizadas por intermédio das emendas parlamentares e do estreitamento possível da discricionariedade do Executivo sobre as demais despesas com esse caráter. Esse processo de tomada do controle orçamentário do Executivo se deu a partir de três grandes fluxos de alterações normativas:

O primeiro dos fluxos de redesenho das regras orçamentárias adviria das normas regimentais internas do Congresso Nacional que disciplinam o emendamento e o processo alocativo durante a discussão do orçamento anual. O segundo fluxo normativo decorreria da combinação das regras inseridas nas leis de diretrizes orçamentárias e nas leis orçamentárias, a partir do que denominei de triangulação normativa. O último, mas não menos importante fluxo, seria representado do transplante de tais normas para a moldura constitucional, sacramentando-as com maior estabilidade.⁴³⁸

No âmbito infralegal, destacam-se a criação e utilização do identificador de resultado primário (RP) para finalidades distintas daquelas que determinaram sua instituição. Originalmente voltado a auxiliar a apuração do resultado primário do governo federal, por intermédio da criação do indicador RP-3, foi redirecionado à marcação de projetos prioritários para o governo. Ainda, assiste-se à ampliação das autorizações conferidas para as emendas do relator-geral do projeto de Lei Orçamentária Anual. Antes as emendas do relator-geral tinham caráter eminentemente técnico e, posteriormente, começaram a contemplar contornos

⁴³⁷ GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. *O presidencialismo de coalizão no Brasil*. São Paulo: Blucher Open Acess, 2020, p. 384.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 432-433.

demasiadamente amplos, dada a generalidade alocativa, em extensas áreas temáticas.

Em sede infraconstitucional, a Lei nº 12.919/2013 (LDO 2014) se caracteriza pela introdução da obrigatoriedade de execução das emendas individuais, marcadas com o indicador de resultado primário nº 6(RP-6), no montante de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida, ressalvados os impedimentos de ordem técnica ou a necessidade de contingenciamento, decorrente da redução proporcional das dotações de emendas individuais reativamente ao conjunto de despesas primárias discricionárias. A Lei nº 12.952/2014 (LOA 2014) ainda vedou o cancelamento de programações decorrentes de emendas individuais sem anuência do autor. Em 2015, com a publicação da LDO 2016, o mesmo regime de execução obrigatória foi atribuído às emendas de bancada e, mais tarde, a LDO 2017 estabeleceu que fossem marcadas com o indicador de resultado primário nº 7(RP-7). A LDO 2016, por sua vez, proibiu o cancelamento de valores incluídos ou acrescidos em decorrência de emendas individuais e coletivas, sem anuência prévia dos parlamentares autores das respectivas emendas. Vale acrescentar que, a LDO 2020 adicionou a previsão de identificação das emendas de comissão (RP-8) e do relator-geral (RP-9).

Isso resultou na contenção da discricionariedade do Poder Executivo que passou a dispor apenas do exame de conveniência e oportunidade de realização do contingenciamento, que tem como parâmetro a proporcionalidade no caso de emendas e despesas discricionárias, além do impedimento de que haja créditos suplementares que anulem parcialmente as dotações das emendas, sem prévia concordância dos respectivos autores. Ademais, permitiu que os parlamentares controlassem o remanejamento e a execução de suas emendas.

No plano constitucional, destacam-se as emendas constitucionais nº 86 de 2015 e nº 100 e nº 102 de 2019. A primeira alterou os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal estabelecendo a obrigatoriedade de execução das programações decorrentes das emendas individuais. A segunda trouxe a impositividade das emendas de bancada e a última, por intermédio do §11 do art. 165 estendeu a obrigatoriedade de execução das programações orçamentárias para todas as demais despesas discricionárias, observado o cumprimento dos dispositivos relativos a metas fiscais ou limites de despesas e não importa em

impedimento ao cancelamento da programação caso se revele necessária à abertura de créditos adicionais.

Dessa forma, o processo orçamentário, por intermédio das emendas parlamentares, exerce um papel de grande importância para o funcionamento do presidencialismo de coalizão brasileiro e o redesenho institucional acima descrito provocou um aumento dos custos de governabilidade. Assim, *“como as emendas individuais e de bancada não mais dependem de negociação das lideranças partidárias e da participação do partido do governo”, “para que os acordos partidários permitam a constituição de uma base de sustentação do governo no Congresso, tornam-se necessários recursos adicionais (moedas de troca) para que os partidos participem da coalizão.”*⁴³⁹

Nesse cenário, as emendas do relator-geral ganham enorme destaque. Isso porque, como anota Faria⁴⁴⁰, *“com a conjunção das regras de obrigatoriedade da execução das programações discricionárias, criação do marcador de orçamentário (RP-9), vedação ao cancelamento de tais programações e a elasticidade regimental de emendamento do relator-geral”*, tais emendas sofreram aumento vertiginoso.

Assim, o estudo da ADPF nº 854 revela-se essencial para a compreensão das emendas do relator-geral e, sobretudo, do modo como a engrenagem orçamentária influencia as relações estabelecidas entre os Poderes Executivo e Legislativo.

4.1 ADPF Nº 854: a questão das emendas do relator-geral ao orçamento

Em 14 de junho de 2021, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a qual foi autuada sob o nº 854, contra os atos do Poder Público relativos à execução do indicador de Resultado Primário nº 09 da Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2021. Alega, em resumo, que o Jornal Estado de São Paulo teria revelado esquema articulado pelo Governo Federal no fim do ano de 2020 para aumentar a base de apoio no Congresso Nacional, criando um *“orçamento paralelo”* de mais de três bilhões de reais em emendas parlamentares e que significativa parcela desses recursos foi despendida com a compra de maquinário agrícola superfaturado, em prática denominada *“tratoração.”*

A matéria jornalística indica ainda que os congressistas, durante o trâmite da Lei Orçamentária relativa ao exercício financeiro de 2020, tentaram forçar o controle

⁴³⁹ Ibid., p. 494.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 478.

sobre o destino destes recursos ao aprovar um dispositivo com a seguinte redação: “*as indicações e prioridades das programações com identificador de resultado primário derivado de emendas serão feitas pelos respectivos autores.*” No entanto, esse artigo foi vetado pelo Presidente da República sob a alegação de violação ao interesse público, pois seria incompatível com a complexidade operacional do procedimento e fomentaria o cunho personalíssimo nas respectivas indicações e prioridades das programações.

A abertura desses créditos então foi realizada pelos Projetos de Lei do Congresso Nacional de números 29, 30 e 40, por meio de emenda de relator-geral do orçamento através do mecanismo de indicador de resultado primário nº 9 (RP-9). Logo, as espécies de ações orçamentárias que receberiam tais recursos foram estabelecidas por intermédio da RP-9.

Aduz que o governo federal, sem justificativa plausível, destinou cerca de 49% dos valores relacionados a emendas de relator-geral para despesas correntes, ou seja, para o custeio da máquina pública. No entanto, os recursos distribuídos através dessas emendas deveriam ser usados para investimentos, incorrendo-se em desvio de finalidade.

Nos fundamentos jurídicos, imputa, ofensa, pela forma como adotadas e executadas as emendas do relator, aos preceitos fundamentais regentes da execução do orçamento público e das finanças públicas, uma vez que é impossível identificar os valores, os beneficiários ou, sequer, a correta e específica destinação dos recursos orçamentários, descumprindo-se o dever constitucional de disponibilização de informações orçamentárias, contábeis e fiscais pela Administração Pública.

Além disso, alega violação aos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da eficiência e da publicidade. Isso porque a execução orçamentária RP-9 deu origem a um novo regime de exceção ao orçamento sem previsão legal, empreendeu a distribuição desigual e pessoal de emendas e recursos e, por conseguinte, a execução não equitativa do orçamento, além de impedir o controle e fiscalização dos gastos públicos pelo povo e pelos outros Poderes Republicanos.

Sustenta que o desvirtuamento do regime de emendas orçamentárias, mediante a alocação unilateral, pessoal, arbitrária e sem transparência de recursos públicos, configura afronta direta aos arts. 37, *caput*, 163-A, 165 e 166 da Constituição Federal de 88. Nesse espectro, os atos questionados poderiam ensejar

o enquadramento nos tipos penais previstos nos arts. 319, 321 e 322 do Código Penal, além de configurarem atos de improbidade administrativa.

Ao final, o postulante requereu: A) concessão de liminar, nos termos do §1º do art. 5º da Lei 9.882, *inaudita altera pars* e *ad referendum* do Plenário, ordenando-se: 1. A imediata suspensão da execução dos recursos orçamentários oriundos do identificador de resultado primário nº 9, as emendas do relator-geral (RP-9) ao orçamento de 2021. 2. Alternativamente, a suspensão até que sejam conhecidas e constatadas pelo STF conformidade das emendas RP-9 à Constituição Federal e às leis orçamentárias. 3. Em complemento ao pedido anterior, postulou-se liminarmente a ordem de publicação e/ou juntada das informações pormenorizadas das emendas RP-9, dentre outros com as informações completas relativas aos parlamentares autores das indicações, o detalhamento da destinação dos recursos das referidas emendas em 2020 e 2021 e os convênios e contratos de repasse e termos de execução descentralizadas firmados com recursos orçamentários de emenda de relator-geral (RP-9).

B) no mérito, a procedência do pedido, para declarar a inconstitucionalidade do identificador de Resultado Primário nº 9 (RP-9), despesa discricionária decorrente de emenda de relator-geral, e, por conseguinte, das emendas do relator-geral do Orçamento de 2021, em decorrência de lesão aos preceitos fundamentais já expostos.

Em decisão liminar, proferida em 05 de novembro de 2021, a Relatora, Ministra Rosa Weber, conheceu, em parte, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Na ocasião, realçou que o pedido formulado dizia respeito tanto a situações verificáveis no plano objetivo-normativo (práticas institucionais) quanto a alegações passíveis de constatação por meio de investigação fático-probatória (condutas individuais).

No caso das alegações envolvendo supostos desvios financeiros e crimes contra a Administração Pública praticados no contexto do que denominou de “*tratoração*” (suposto esquema de aquisição de bens superfaturados com verbas oriundas de emendas do relator-geral), considerou que o autor não apresentou prova pré-constituída. Pelo contrário, postulou a instauração de fase probatória para que fosse oportunizada a produção de elementos de informação.

Contudo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, como se sabe, tem a natureza jurídica dos processos de índole objetiva, a qual não é

compatível com a análise aprofundada de fatos envolvendo supostas práticas ilícitas, atos de improbidade administrativa ou infrações criminais imputadas a particulares, servidores públicos ou autoridades políticas, pois a apuração desses fatos, além de envolver ampla dilação probatória, também exige a observância dos postulados que informam o devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa.

Diversamente, no que diz respeito às práticas institucionais atribuídas ao Presidente da República e a membros do Congresso Nacional, tem-se que, segundo a diretriz firmada pelo próprio STF, o objeto do controle de constitucionalidade não pressupõe a necessidade das normas impugnadas ostentarem, no plano formal, o *status* de lei ou de ato normativo primário, mostrando-se suficiente, para esse fim, que o preceito normativo refutado detenha generalidade, impessoalidade e abstração.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para assentar a possibilidade do controle de constitucionalidade de leis orçamentárias sempre que o conteúdo das normas impugnadas, indo além dos juízos político-administrativos de alocação de recursos financeiros, transcende o campo da eficácia concreta, projetando-se no plano da materialização de atos de aplicação primária da Constituição Federal.

No caso, a impugnação volta-se contra práticas institucionalizadas e omissões sistêmicas atribuídas a órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo, pertinentes à execução financeira e orçamentária das despesas decorrentes de emendas do relator.

Reputa-se violado o princípio republicano em face de comportamentos institucionais incompatíveis com os princípios da publicidade e da impessoalidade dos atos da Administração Pública e com o regime de transparência no uso dos recursos financeiros do Estado. Portanto, devidamente enquadrada a pretensão de inconstitucionalidade fundada em lesão a preceito fundamental.

Ao apreciar o mérito, delimita a controvérsia à análise da compatibilidade dos procedimentos legislativos e executivos pertinentes às emendas do relator-geral do projeto de lei orçamentária anual com os ideais republicanos da transparência e do controle social dos gastos públicos.

Em sede inicial, discorre que o Regimento Comum do Congresso Nacional dispõe sobre quatro modalidades de emendas parlamentares, classificadas segundo

a autoria: emendas de comissão (autoria das comissões permanentes), emendas de bancada estadual (autoria das bancadas estaduais no Congresso Nacional), emendas individuais (autoria dos Congressistas em exercício) e emendas do relator-geral (autoria do relator-geral do projeto de lei orçamentária anual).

As emendas individuais, assim como aquelas oriundas das bancadas e das comissões visam ao atendimento de demandas relacionadas a obras e projetos estruturantes nos planos local e estadual e de amplitude nacional e interesse institucional, nessa ordem.

Já as emendas do relator-geral foram instituídas originariamente com o propósito de conferir ao relator-geral do projeto de lei orçamentária os poderes necessários à organização do conjunto de modificações introduzidas na proposta legislativa inicial. Essa modalidade de emenda parlamentar tinha por objeto apenas a correção de erros e omissões de ordem técnica ou legal e a organização sistemática das despesas conforme suas finalidades.

As atribuições tradicionalmente exercidas pelo relator-geral do orçamento, no entanto, sofreram alteração substancial sob a égide da Resolução CN nº 1/2006. Por meio desse diploma regimental, o Congresso Nacional ampliou os poderes do relator-geral do orçamento para também propor emendas destinadas ao atendimento das despesas previstas no parecer preliminar, que consiste em uma peça orçamentária elaborada pelo próprio relator-geral e submetida à aprovação do Plenário da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO).

O citado parecer abarca extenso rol de ações e serviços de caráter social, cultural, ambiental e estrutural aptos a serem objeto de despesas incluídas no orçamento por emendas do relator. A alocação orçamentária de receitas e despesas, por meio de emendas parlamentares, para o fim de atender às finalidades previstas em referido catálogo de ações estatais, decorre de juízo discricionário dos congressistas.

Enquanto as emendas individuais e de bancada se sujeitam a rigoroso sistema de limitação de gastos em nível constitucional, além de contarem com disciplina normativa fundada no modelo da transparência e no ideal republicano do controle popular das contas públicas, as emendas do relator-geral e as emendas de comissões são reguladas exclusivamente por normas regimentais do Congresso Nacional e esparsa disciplina legal e administrativa.

Toda a normatização legal pertinente às emendas do relator-geral encontra-se no âmbito da Lei de Diretrizes Orçamentária, cuja vigência restringe-se ao período de um único exercício financeiro. Até o exercício financeiro de 2019, as despesas oriundas de emendas do relator-geral não possuíam indicador de classificação orçamentária próprio. Somente no exercício financeiro de 2020, a lei orçamentária anual passou a contar com identificador de despesa próprio para as emendas do relator-geral em conformidade com o disposto na Lei nº 13.898/2019 (LDO 2020).

As emendas do relator-geral, após aprovadas, passam a integrar o orçamento como uma dotação conglobada, na qual todas as despesas previstas nessa dotação estão atribuídas, indiscriminadamente, ao próprio relator-geral do orçamento, embora a alocação de despesas nessa rubrica orçamentária resulte, na realidade, de acordos parlamentares informais celebrados entre diversos membros do Congresso Nacional. Nesse ponto, reside o caráter obscuro das emendas do relator-geral, que se desonera da observância do dever de atender os mandamentos da isonomia e da impessoalidade ao atribuir a si próprio a autoria das emendas orçamentárias, ocultando, dessa forma, a identidade dos efetivos requerentes das despesas.

A partir da inserção do classificador RP-9 na lei orçamentária, tornou-se possível ao Tribunal de Contas da União realizar análise específica e detalhada quanto aos fatos referentes à execução orçamentária e financeira das emendas do relator-geral. Os resultados desse exame foram revelados pelo Tribunal de Contas da União no julgamento do TC 014.922/2021-5, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 30.6.2021, em cujo âmbito foi aprovado o parecer prévio sobre as contas do Presidente da República referentes ao exercício de 2020.

A Corte de Contas constatou: (a) aumento expressivo na quantidade de emendas em comparação ao exercício financeiro anterior, apresentadas pelo relator do orçamento (aumento de 523%) e no valor das dotações consignadas (aumento de 379%); (b) inobservância de quaisquer parâmetros de equidade ou eficiência na eleição dos órgãos e entidades beneficiários dos recursos alocados; (c) inexistência de critérios objetivos, orientados pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*), aptos a orientar a destinação dos recursos identificados pelo classificador RP 9; (d) comprometimento do regime de transparência ante a ausência de instrumentos de *accountability* sobre as emendas do relator; e (e) ausência de sistema centralizado e metodologia

uniforme para a disponibilização das informações e dados contábeis e orçamentários, de forma a garantir a rastreabilidade, a comparabilidade e a publicidade dos dados pertinentes à execução das emendas do relator, nos termos exigidos pela Constituição (art. 163-A, na redação dada pela EC nº 108/2020).

A Relatora então consignou que se mostra incompatível com a forma republicana e o regime democrático de governo a validação de práticas institucionais adotadas no âmbito administrativo ou legislativo que, estabelecidas à margem do direito e da lei, promovam segredo injustificado sobre os atos pertinentes à arrecadação de receitas, efetuação de despesas e destinação dos recursos públicos, com evidente prejuízo do acesso da população em geral e das entidades de controle social aos meios e instrumentos necessários ao acompanhamento e à fiscalização da gestão financeira do Estado.

Diante disso, a Ministra Rosa Weber conheceu em parte a ADPF nº 854 e determinou ao Congresso Nacional (Senado Federal e Câmara dos Deputados), à Presidência da República, à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério da Economia as seguintes medidas: (a) quanto ao orçamento dos exercícios de 2020 e de 2021, que seja dada ampla publicidade, em plataforma centralizada, aos documentos encaminhados aos órgãos e entidades federais que embasaram as demandas e/ou resultaram na distribuição de recursos das emendas do relator-geral (RP-9), no prazo de 30 (trinta) dias corridos; (b) quanto à execução das despesas indicadas pelo classificador RP-9, que sejam adotadas as providências necessárias para que todas as demandas de parlamentares voltadas à distribuição de emendas de relator-geral, independentemente da modalidade de aplicação, sejam registradas em plataforma eletrônica centralizada mantida pelo órgão central do Sistema de Planejamento e Orçamento Federal previsto nos arts. 3º e 4º da Lei 10.180/2001, à qual assegurado amplo acesso público, com medidas de fomento à transparência ativa, assim como sejam garantidas a comparabilidade e a rastreabilidade dos dados referentes às solicitações/pedidos de distribuição de emendas e sua respectiva execução, em conformidade com os princípios da publicidade e transparência previstos nos arts. 37, *caput*, e 163-A da Constituição Federal, com o art. 3º da Lei 12.527/2011 e art. 48 da Lei Complementar 101/2000, também no prazo de 30 (trinta) dias corridos; e (c) quanto ao orçamento do exercício de 2021, que seja suspensa integral e imediatamente a execução dos recursos orçamentários oriundos do identificador de resultado primário nº 9, até final julgamento de mérito desta

arguição de descumprimento. Ademais, determinou a tramitação conjunta da ADPF nº 850 e ADPF nº 851, ajuizadas, respectivamente pelo Cidadania e Partido Socialista Brasileiro, por possuírem objeto idêntico ao da ADPF nº 854. Posteriormente, a liminar foi referendada pelo Plenário do STF, por maioria, em 10 de novembro de 2021. O voto divergente, de lavra do Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelo Ministro Nunes Marques, expurgava o item c do dispositivo.

Posteriormente, em 25 de novembro de 2021, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, em petição única, comunicaram a edição de um Ato Conjunto pelas Mesas das Casas Legislativas nº 01/2021, dispendo sobre mecanismos adotados pelo Congresso Nacional para dar publicidade e transparência à execução orçamentária do indicador de resultado primário nº 09 (RP-9) das Leis Orçamentárias Anuais de 2020 e 2021: a) disponibilização de relatório atualizado periodicamente com a execução por emenda do relator-geral, contendo a identificação do beneficiário, do instrumento jurídico, dos valores empenhados, liquidados e pagos; b) disponibilização de relatório atualizado periodicamente com a execução por emenda do relator-geral, contendo a identificação do beneficiário, do instrumento jurídico, do objeto e das respectivas notas de empenho; c) disponibilização de relatório atualizado periodicamente com a identificação dos partidos políticos dos Chefes de Poder Executivo em exercício dos estados, Distrito Federal e municípios beneficiários do indicador de resultado primário nº 09 da Lei Orçamentária Anual de 2021; d) identificação do link de acesso à consulta personalizada na Plataforma Mais Brasil e e) publicação em sítio eletrônico da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização das solicitações que fundamentam as indicações do relator-geral. Dessa forma, as Casas Legislativas sustentaram o atendimento, *“em grande medida e no que é possível”*, dos itens ‘a’ e ‘b’ da liminar.

Esclareceram a impossibilidade fática e jurídica de cumprimento do item ‘a’ da decisão liminar no que diz respeito às solicitações endereçadas ao relator-geral pelos mais diversos meios, inclusive informais, antes da edição do Ato conjunto pelas Mesas das Casas Legislativas, pois as Leis Orçamentárias Anuais de 2020 e 2021 não previam qualquer procedimento específico para formalização de solicitações encaminhadas ao relator-geral e não há documentos que as registrem, em decorrência da maneira como se estabelecem as negociações político-partidárias. Arguiram também a razoabilidade na distribuição dos recursos

provenientes das emendas do relator-geral, informando que as solicitações de parcela expressiva dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional foram contempladas, bem como 96,3% dos estados e 86,89% dos municípios brasileiros. Por isso, postularam a revogação do item 'c' da decisão liminar, sob pena de paralisia de obras e serviços públicos em prejuízo dos cidadãos, cancelamento dos empenhos já realizados e impossibilidade de que o Congresso Nacional defina a destinação desses recursos públicos, desperdício dos recursos públicos ainda não empenhados, que retornam ao Tesouro Nacional para amortização da dívida pública em vez de proporcionar utilidade direta aos cidadãos.

Em seguida, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) apresentou aditamento à ADPF nº 854, a fim de incluir a impugnação ao Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 01/2021 e o art. 53, IV e parágrafo único da Resolução CN nº 01/2006 com a nova redação dada pela Resolução CN nº 02/2021. Isso porque não resguardam a transparência, já que os nomes dos parlamentares autores das solicitações encaminhadas ao relator-geral remanescem sigilosos; lançam mão de códigos, siglas e nomenclaturas em detrimento da adoção de uma linguagem clara, objetiva e de fácil compreensão, dificultando o exercício do controle social e fixam um limite muito amplo às emendas do relator-geral, ao permitir que englobe a soma das emendas individuais e de bancada, perfazendo a vultosa soma de dezesseis bilhões de reais de forma unilateral e discricionária, pois traça como norteador o termo abrangente, inespecífico e genérico de políticas públicas. Dessa forma, tais disposições normativas veiculariam grave afronta aos princípios da transparência, da publicidade, da legalidade e da moralidade, gravados no art. 37 e, mais especificamente ao orçamento público, o art. 163-A e art. 166, todos da Constituição Federal.

Em seguida, em decisão monocrática, datada de 6 de dezembro de 2021, a Relatora, Ministra Rosa Weber acolheu o pedido formulado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal e afastou a suspensão determinada pelo item 'c' da decisão cautelar anteriormente proferida, autorizando, dessa forma, a continuidade da execução das despesas classificadas sob o indicador RP-9, devendo ser observadas, para tanto, no que couber, as regras do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1, de 2021 e a Resolução CN nº 2/2021. A decisão monocrática foi referendada pelo Plenário da Corte Constitucional em 16 de dezembro de 2021.

Na ocasião, apesar de realçar que, naquele momento, era prematuro aferir a idoneidade das medidas adotadas para satisfazerem os comandos emanados da decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que nem sequer esgotado o prazo dos órgãos estatais incumbidos da prestação de informações e adoção de providências, a Relatora entendeu que ante o potencial risco à continuidade dos serviços públicos essenciais à população, especialmente nas áreas voltadas à saúde e educação, a liberação e repasse das verbas federais se revelava imprescindível.

Em 29 de setembro 2022, o Partido Verde (PV) ajuizou a ADPF nº 1.014, distribuída por prevenção, na qual, requereu a declaração de inconstitucionalidade do identificador de resultado primário nº 09 (despesas discricionárias oriundas de emendas do relator-geral do orçamento) e das despesas oriundas de emendas do relator pertinentes à Lei Orçamentária Anual de 2022 (LOA 2022).

Após a devida instrução, os ministros do Supremo Tribunal Federal se reuniram em Plenário para julgamento das ADPFs nº 850, 851, 854 e 1.014, que foi concluído em 19 de dezembro de 2022.

Inicialmente, a Relatora, Ministra Rosa Weber, reafirmou o afastamento das preliminares e o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com o fim de evitar ou reparar alegadas lesões a preceitos fundamentais (postulado fundamental da República, princípios da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência administrativas, bem como os princípios que compõem o cerne da arquitetura constitucional do sistema orçamentário) resultantes de atos reiterados do Poder Público, que importam desvirtuamento das emendas do relator-geral classificadas como RP-9. Em seguida, delimitou os termos da controvérsia judicial, julgando prejudicado o exame das impugnações ao Decreto nº 11.190/2022, veiculadas em aditamento à ADPF nº 854 e na ADPF nº 1014 ante a sua revogação em 30 de novembro de 2022 pelo Decreto nº 11.269.

No mérito, após breve explicação sobre as funções do orçamento público e sua consolidação ao longo da história constitucional brasileira, a Ministra Rosa Weber passou a discorrer sobre a participação do Poder Legislativo no processo orçamentário, a qual abrange não só a competência para julgar as contas anuais do Presidente da República, mas também a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração

direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, nos termos do art. 70 da Constituição Federal. Essa atividade fiscalizatória é exercida de forma ordinária e permanente pela Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) e pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC) e, eventualmente, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, em caso de investigação parlamentar sobre fato certo e determinado, além de contar com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Inaugurada a nova ordem constitucional em 1988, vigoraram na Comissão Mista de Orçamento, entre 1988 e 1991, apenas regras informais, fundadas em deliberações do Presidente da Comissão ou do Presidente do Congresso Nacional. Somente em meados de 1991 surgiu o primeiro ato normativo a disciplinar a atuação da Comissão, embora de conteúdo bastante vago (Resolução CN nº 01/1991). Após virem à tona o Esquema PC Farias (1991) e o Escândalo Anões do Orçamento (1993), os poderes do relator-geral passaram a ser objeto de questionamento. Em ambos os casos, o orçamento público federal foi manobrado para beneficiar ilegalmente grupos de interesse privados com a utilização vital das emendas do relator-geral.

Os poderes do relator-geral eram tão extensos que ele podia, só por si, aumentar as despesas orçamentárias mediante a reestimativa das previsões de receitas, direcionar recursos através da ampliação do volume de emendas cabíveis a cada ministério, órgão ou entidade federal, assim como favorecer aliados, acolhendo suas emendas e rejeitando aquelas de autoria dos seus opositores. Além disso, não havia limites quantitativos para o número de emendas que os parlamentares poderiam propor à Comissão, tampouco restrições ao valor de tais emendas. Cabia ao relator-geral acolhê-las ou rejeitá-las, sem que, na prática, os programas previstos no plano plurianual ou as metas e prioridades da lei de diretrizes orçamentárias constrangessem essa decisão.

Diante desse quadro, foi editada a Resolução CN nº 02/1995, que proibiu as emendas do relator que importassem em novas despesas, restringindo o papel de tais emendas apenas à função de corrigir erros e omissões de ordem técnica ou legal e redistribuiu as tarefas do relator-geral entre os relatores adjuntos e as subcomissões temáticas. Não obstante, as normas do Parecer Preliminar passaram a conferir ao relator-geral os recursos derivados de cortes nas despesas de custeio, dos erros de alocação (como, por exemplo, nas transferências legais, reservas de

contingências e sentenças judiciais) e dos adicionais de receitas (novas ou reestimadas) em relação às previsões do Executivo.

Em 2019, contudo, a legislação orçamentária (LDO 2019 e LOA 2019) restabeleceu a hegemonia do relator-geral no processo orçamentário, ampliando substancialmente os valores destinados às emendas do relator (classificadas sob o indicador orçamentário RP-9). No exercício financeiro de 2020, mais de 36 (trinta e seis) bilhões de reais foram destinados às emendas parlamentares em geral, dos quais 20 (vinte) bilhões de reais foram consignados apenas para as emendas do relator, de modo que, sozinho, o relator-geral obteve mais recursos do que os demais congressistas, bancadas estaduais e comissões juntos, além de uma quantia 157% superior à soma de todas as emendas parlamentares do ano anterior.

Mais do que as quantias bilionárias reservadas ao relator-geral, a Ministra Rosa Weber deixa claro que “*o mistério das negociações*” das emendas do relator é alarmante. Isso porque apenas o relator-geral do orçamento figura, no plano formal, como ordenador das despesas, enquanto os verdadeiros autores das indicações preservam o anonimato e o próprio destino dos recursos públicos somente é descoberto no momento do empenho, às vésperas da liquidação e do pagamento, inviabilizando o exercício do controle orçamentário preventivo. Ademais, não existem critérios objetivos e claros para a realização das despesas tampouco observância de regras de transparência na sua execução.

Dessa forma, a Relatora argumenta que o chamado ‘*orçamento secreto*’ empreende uma reinvenção da política patrimonialista a partir da instrumentalização de formas e fórmulas jurídico-contábeis destinadas a conferir ares de oficialidade a conteúdo inofensivo, na medida em que se vale de um processo sistemático de transferência das decisões orçamentárias para os próprios parlamentares, que colocam o orçamento federal a serviço das prioridades eleitorais e dos interesses paroquiais dos parlamentares integrantes da coalizão presidencial, dado o elevado coeficiente de arbitrariedade e o alto grau de personalismo com que são empregados esses recursos públicos pelos congressistas. No plano formal, todos os congressistas teriam sido contemplados com a mesma proporção de despesas por meio de emendas individuais. No plano material, contudo, há um grupo privilegiado de parlamentares a que se é franqueado destinar volume maior de recursos a suas bases eleitorais, utilizando-se, para tanto, das despesas previstas na quota do relator-geral.

Em outras palavras, como as demais modalidades de emendas parlamentares adquiriram caráter compulsório, foi implementado um novo espaço institucional que permitiu a continuidade do irrefreável sistema de barganha político-orçamentária: as emendas do relator-geral. Não havendo como o Executivo contingenciar despesas oriundas de emendas individuais ou das bancadas estaduais, as emendas do relator-geral tornaram-se o novo *locus* destinado às negociações reservadas à construção da base de apoio do Governo no Congresso. Desse modo, a crise nas relações entre o Executivo e o Legislativo tornou ainda mais dispendiosa a manutenção de uma base presidencial de apoio parlamentar no Congresso Nacional e o custo de governabilidade no contexto do presidencialismo de coalizão. Como consequência, tem-se a pulverização dos investimentos públicos em atividades estatais de impacto meramente local, a precarização do planejamento estratégico dos gastos e a perda progressiva de eficiência econômica na implementação de políticas públicas de interesse nacional, tudo em detrimento do interesse público.

A Ministra Rosa Weber expõe que essa dinâmica se contrapõe ao direito de informação e aos deveres constitucionais da publicidade e transparência. Ela salienta que as informações prestadas pelo Congresso Nacional não foram suficientes para atender tais parâmetros uma vez que, somente 70% dos Deputados Federais prestou contas sobre a indicação de despesas oriundas de emendas do relator-geral, não há uniformidade nem sistematização entre as centenas de ofícios encaminhados pelos parlamentares, demonstrando ausência de critérios mínimos de exatidão, integridade, segurança e confiabilidade, não foram identificados sequer os Municípios beneficiados e o órgão executor e as ações são descritas em termos absolutamente genéricos. Além disso, a totalidade do acervo documental produzido pelos congressistas indica superficialmente menos de 1/3 do valor total gasto.

Da mesma forma, deixa claro que as medidas adotadas pelo Congresso Nacional, com a edição do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1/2021 e a Resolução do Congresso Nacional nº 2/2021, não atendem os parâmetros da decisão liminar a contento. Os arts. 1º e 2º do Ato Conjunto nº 1/2021 excluem do seu âmbito de incidência o detalhamento da execução das despesas decorrentes de emendas do relator referentes ao período anterior à sua publicação, as regras de aprimoramento da transparência previstas no art. 3º do Ato Conjunto nº 1/2021 são redundantes e as normas que determinam a

publicidade das solicitações de despesas dirigidas ao relator-geral do orçamento, previstas na Resolução CN nº 2/2021, de modo algum asseguram a transparência esperada.

Da mesma forma, o “*orçamento secreto*” ofende o princípio republicano, fundado na ideia de que a coisa pública, titularizada pelos integrantes do povo, deve ser administrada em benefício de toda a coletividade e em favor do bem comum. Nesse sentido, empreende a validação de práticas institucionais adotadas no âmbito administrativo ou legislativo que promovam a efetuação de despesas e destinação dos recursos públicos com evidente prejuízo do acesso da população em geral e das entidades de controle social aos meios e instrumentos necessários ao acompanhamento e à fiscalização da gestão financeira do Estado, conferindo-lhe um perfil personalista e voluntarioso.

Ante o exposto, a Ministra Rosa Weber julgou a questão nos seguintes termos: (i) assentou o prejuízo da ADPFs nº 854 e 1014 no que impugnam o Decreto nº 11.190/2022, ante a perda superveniente do objeto, na fração de interesse; (ii) conheceu integralmente das ADPFs nº 850 e 851 e, em parte, das ADPFs nº 854 e 1014 e, no mérito: (a) julgou procedentes os pedidos deduzidos nas ADPFs nº 850, 851, 854 e 1014, para declarar incompatíveis com a ordem constitucional brasileira as práticas orçamentárias viabilizadoras do chamado “*esquema do orçamento secreto*”, consistentes no uso indevido das emendas do relator-geral do orçamento para efeito de inclusão de novas despesas públicas ou programações no projeto de lei orçamentária anual da União; (b) declarou a inconstitucionalidade material do art. 4º do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1/2021 e do inteiro teor da Resolução CN nº 2/2021; (c) conferiu interpretação conforme às leis orçamentárias anuais de 2021 (Lei nº 14.144/2021) e de 2022 (Lei nº 14.303/2022), vedando a utilização das despesas classificadas sob o indicador orçamentário RP-9 para o propósito de atender a solicitações de despesas e indicações de beneficiários realizadas por Deputados Federais, Senadores da República, Relatores da Comissão Mista de Orçamento (CMO) e quaisquer “*usuários externos*” não vinculados aos órgãos da Administração Pública Federal, independentemente de tal requisição ter sido formulada pelos sistemas formais ou por vias informais e (d) determinou a todas as unidades orçamentárias e órgãos da Administração Pública em geral que realizaram o empenho, liquidação e pagamento de despesas classificadas sob o indicador orçamentário RP-9, nos exercícios

financeiros de 2020 a 2022, a publicação dos dados referentes aos serviços, obras e compras realizadas com tais verbas públicas, assim como a identificação dos respectivos solicitadores e beneficiários, de modo acessível, claro e fidedigno no prazo de 90 (noventa) dias.

(iii) Fixou a seguinte tese: *“As emendas do relator-geral do orçamento destinam-se, exclusivamente, à correção de erros e omissões, nos termos do art. 166, § 3º, III, alínea ‘a’, da Constituição Federal, vedada a sua utilização indevida para o fim de criação de novas despesas ou de ampliação das programações previstas no projeto de lei orçamentária anual.”*

4.2 A compatibilidade do julgamento da ADPF nº 854 com os paradigmas do Estado Democrático de Direito

A decisão assenta-se sobre base normativa sólida, qual seja, o princípio republicano, previsto no art. 1º, caput, CRFB/88, do qual decorre universo valorativo que converge em torno da construção de um verdadeiro estatuto das liberdades e da igualdade, em oposição à instituição de regimes governamentais de caráter autoritário. Assim, reforça que o dogma republicano espraia a ideia de que a coisa pública, titularizada pelos integrantes do povo, deve ser administrada em benefício de toda a coletividade e em favor do bem comum. Estabelece, pois, clara relação de antagonismo ao exercício abusivo do poder através da apropriação das instituições públicas em favor de interesses privados. Nesse sentido, constrange à prestação de contas à população e à responsabilização dos governantes e agentes públicos pelas ações e omissões praticadas no exercício de suas funções.

Com isso, lança mão dos arts. 5º, XXXIII e 37, caput, ambos extraídos da Carta Magna, os quais estatuem, respectivamente, o direito fundamental de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas as hipóteses de sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado e, em contrapartida, o dever de publicidade imposto à Administração Pública, direta e indireta, de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No âmbito orçamentário, vale-se do art. 163-A da Constituição da República, que determina a todos os entes federativos, sem excluir a União, a disponibilização de suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais, de modo apto a

garantir a rastreabilidade, a comparabilidade e a publicidade dos dados. A decisão em comento anota que o princípio da transparência fiscal possui cinco vertentes: (i) o incentivo à participação popular e à realização de audiências públicas; (ii) a clareza, a qual reivindica que o orçamento seja compreensível e descomplicado, acessível à população e aberto aos responsáveis pelo controle; (iii) sinceridade, completude e precisão na fixação das estimativas e dos objetivos orçamentários, que enfatizam a seriedade na definição dos programas, objetivos e metas resultantes do planejamento orçamentário; (iv) ampla divulgação dos documentos orçamentários, destacando a função dos planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias como instrumentos de transparência da gestão fiscal e (v) o exercício do controle social e a exigência da transparência na execução orçamentária, mais precisamente na fase de empenho das despesas.

As emendas do relator-geral, em contradição com os ditames de impessoalidade, conferem tratamento diferenciado aos parlamentares, pois possibilitam que o relator-geral se assenhere de recursos expressivos do orçamento público, alocando-os com discricionariedade, conforme a conveniência da cúpula do Congresso Nacional. De acordo com Faria⁴⁴¹, isso potencializa o clientelismo “*com a ampliação dos incentivos de individualismo, reforçando a lógica difusa e dispersiva de alocação de recursos no período de dominância legislativa.*” Assim, “*os gastos são definidos na barganha dos bastidores, no cabo de guerra entre coalizão e governo, na boca do caixa. Sem transparência e sem critério algum de justiça distributiva*”⁴⁴², contribuindo para a exacerbação das desigualdades pela alocação enviesada dos recursos públicos e implementação diferenciada das políticas públicas.

Nesse espectro, conclui-se que as emendas do relator-geral não atendem quaisquer parâmetros de equidade na eleição dos órgãos e entidades beneficiários dos recursos alocados, restando constatada a inexistência de critérios objetivos aptos a orientar a destinação dos recursos identificados pelo classificador RP-9. Isso porque as emendas do relator-geral não dispõem de procedimentos padronizados no Sistema Integrado de Planejamento e Orçamento (Siop), que permitam identificar a uniformização da sistemática adotada para a distribuição de recursos federais entre os entes subnacionais beneficiários. Dessa maneira, o poder é colocado a

⁴⁴¹ Ibid., p. 501.

⁴⁴² ABRANCHES, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 390.

serviço do próprio poder, carecendo de legitimidade democrática, na medida em que a distribuição de recursos públicos não satisfaz os parâmetros de igualdade substancial ao privilegiar regiões onde os parlamentares possuem seus redutos eleitorais.

Além disso, as emendas do relator-geral importam violação ao princípio da transparência na realização de despesas públicas ante a ausência de instrumentos de *accountability*. Sobre esse ponto, cabe mencionar que a Casa Civil e o Ministério da Economia não possuem informações centralizadas sobre como os órgãos e entidades federais recebem e atendem as demandas dos parlamentares para alocação das emendas com identificador RP-9.

Deve-se ponderar também que a divulgação dos dados referentes a essas despesas ocorre sempre de maneira incompleta, tardia e pouco acessível e que a falta de especificidade e clareza na definição de seus objetivos e resultados dificulta o controle e a fiscalização dos gastos por ausência de critérios objetivos de aferição de sua legalidade, legitimidade e economicidade. Com isso, fica claro que, esses acordos políticos secretos inauguram uma pauta de interesses paralela aos planos de relevância nacional, o que compromete a participação popular e o controle social sobre o objeto dos gastos públicos, gerando afastamento entre o povo e o governo.

Nesse espectro, o julgado fortalece os cânones do Estado democrático de direito ao sustentar que o “*esquema do orçamento secreto*” viola os postulados republicano e democrático, no ponto em que a distribuição dos recursos das emendas do relator-geral ocorre na surdina, por intermédio de acordos informais, em afronta ao dever de prestação de contas à população e à responsabilização dos governantes e agentes públicos pelas ações e omissões praticadas no exercício de suas funções e compromete a participação popular e o controle social sobre o objeto dos gastos públicos.

Do mesmo modo, tende a provocar disparidade de armas na corrida eleitoral, visto que o direcionamento de verbas orçamentárias pelos parlamentares dificulta o acesso aos cargos políticos por novas lideranças. Com isso, há uma tendência à manutenção do *status quo*, de modo que vários setores da sociedade remanescem alijados de representação.

O Supremo Tribunal Federal também reconhece que a falta de equidade na distribuição dos recursos federais entre as entidades subnacionais contribui para a subsistência das desigualdades sociais e regionais. Isso obsta a efetivação dos

direitos e garantias fundamentais ao favorecer uma lógica individualista e dispersiva de recursos incapaz de enfrentar as questões de interesse nacional.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à forma profícua como a Relatora enfrentou os argumentos utilizados pelo Congresso Nacional para defender a constitucionalidade das emendas do relator-geral. Em manifestação datada de 25 de novembro de 2021, as Casas legislativas invocaram o arcabouço normativo que rege o Estado Democrático de Direito para justificar sua própria violação, produzindo interpretação que constitui verdadeira aberração jurídica, como se extrai da transcrição abaixo:

[...] as LOAS de 2020 e 2021 não preveem a formalização das solicitações encaminhadas ao relator-geral para fins de sugestão de alocação de recursos das emendas RP 9. Não havia e não há determinação legal de que as solicitações dirigidas ao relator-geral observem procedimento específico. Portanto, a decisão cautelar é inexecutável retroativamente, por impossibilidade fática e jurídica. A impossibilidade jurídica resulta dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito da legalidade, da irretroatividade da lei e da anterioridade da lei. A impossibilidade fática resulta da inexistência de documentos que registrem essas solicitações, em decorrência da maneira que se estabelecem as atividades de representação política e as negociações político-partidárias.

Denota-se, pois, que o Congresso Nacional se socorre do princípio da legalidade para sustentar a inexistência do dever de formalização das solicitações encaminhadas ao relator-geral para fins de alocação dos recursos das emendas de indicador RP-9. Em primeiro lugar, empreende uma compreensão totalmente equivocada do princípio da legalidade que, nos dizeres de Abranches decorre da tradição político-institucional brasileira ser legiferante, ou seja, *“tudo tem que estar na lei.”*⁴⁴³

Daniel Ziblatt e Steven Levitsky⁴⁴⁴ acrescentam que essa prática consistente no uso da lei como arma política contribui para o enfraquecimento da democracia. Logo, *“um comportamento não explicitamente proibido – por mais inadequado que seja – muitas vezes acaba permitido.”* De acordo com essa perspectiva, se uma regra não especifica o procedimento a ser adotado, surgem oportunidades de exploração.

⁴⁴³ Ibid., p. 397.

⁴⁴⁴ ZIBLATT, Daniel; LEVITSKY, Steven. *Como salvar a democracia*. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2023, p. 65.

Lenio Streck⁴⁴⁵ traduz tal fenômeno como o “*fetichismo da lei*”, através do qual a lei passa a ser vista como *uma lei-em-si*, destituída das condições de produção que a engendraram, isto é, descolada da faticidade, tornando-se uma razão autônoma atemporal. Nessa perspectiva, o Direito aparece como mera racionalidade instrumental ou técnica voltada a descortinar o sentido da lei em si.

No caso em estudo, a manifestação da Presidência do Congresso Nacional demarca uma atitude enviesada perante a Constituição, que ignora existência de uma pré-compreensão sobre a totalidade do sistema jurídico-político-social, da qual depende a força normativa da Constituição. Nesse espectro, ao olvidar que há um amplo rol de princípios e regras constitucionais e legais que informam o direito de informação e os deveres de transparência e de publicidade, contempla a baixa compreensão acerca do sentido da Constituição e propõe uma interpretação que acarreta sua reduzida aplicação e, por conseguinte, cria um déficit à efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, ao reafirmar a posição de supremacia da Constituição, o Supremo Tribunal Federal defende um dos pilares do Estado Democrático de Direito, posto que compreende a representação a partir da distinção entre a vontade normativa do corpo de representantes, que dá origem à lei e a vontade normativa dos representados, plasmada na Constituição, fazendo prevalecer os direitos destes em face dos atos de poder daqueles. Assim, a Corte Constitucional compreende o princípio da legalidade a partir da soberania popular, que tem na Constituição o elo com o povo real, ao qual são conferidos direitos que o transformam e fundam sua legitimidade para intervir e atuar nas mais diversas esferas sociais.

Em segundo lugar, apesar de a motivação formal para a criação do resultado de indicador RP-9 constituir na ampliação da publicidade e da transparência, o objetivo primordial da discriminação da despesa consiste no controle da execução do orçamento e, mais especificamente, na indicação dos beneficiários pelo Legislativo. Isso porque toda e qualquer despesa classificada com o RP-9 passa, automaticamente, a ser rastreável nos sistemas informatizados de controle da execução do orçamento do Poder Executivo federal. Portanto,

a alegação, política, de que se procurou dar mais transparências às emendas do relator-geral com a criação do RP-9 encobre o real objetivo,

⁴⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 117.

político, de criação do marcador orçamentário: o de ampliar a participação do Poder Legislativo na definição alocativa final.⁴⁴⁶

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal concluiu que as emendas do relator-geral, ainda que potencialmente, evidenciam verdadeiro desvio de finalidade na distribuição dos recursos do orçamento, a revelar uma estrutura legislativa incompatível com o desenho constitucional da separação entre os Poderes. A lógica da independência entre os poderes é subvertida, deixando o Poder Executivo, sua capacidade de agenda e planejamento, à mercê, de maneira desproporcional, às vontades individuais de reduzido grupo de membros do Poder Legislativo.

Vale enfatizar que, embora a decisão proferida no ADPF nº 854 tenha representado uma vitória imediata do Executivo com a vedação alocativa das emendas do relator-geral, não implicou a recuperação das prerrogativas orçamentárias por este Poder do Estado. A reação do Legislativo, com vistas a manter certo controle sobre os recursos da RP-9, foi no sentido de aumentar os valores previstos para as emendas parlamentares a partir da aprovação da PEC de Transição (emenda constitucional nº 126 de 21 de dezembro de 2022).

A proposta orçamentária para 2023 contemplava reserva destinada ao atendimento de emendas de relator-geral (RP-9), no valor de R\$19,4 bilhões. O Congresso Nacional havia incluído na LDO 2023 a previsão de que a proposta de lei orçamentária de 2023 contivesse reserva destinada ao atendimento dessas emendas, em montante igual ao do somatório das reservas referentes às emendas individuais e de bancada. Com o julgamento da ADPF nº 854, o valor da reserva destinada às emendas do relator foi redistribuído da seguinte forma: 50% para as emendas individuais, com fundamento nas alterações promovidas pela EC nº 126/2022 no art. 110 do ADCT e nos §§ 9º e 9º-A do art. 166 da Constituição Federal de 88, e 50% para ações direcionadas à execução de políticas públicas por meio de emenda de relator (RP-2), com fundamento no art. 8º da mencionada emenda constitucional.

Assim, houve a elevação do patamar das emendas individuais de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) para 2% (dois inteiros por cento) da receita corrente líquida e foi dada autorização ao relator-geral para apresentar emendas direcionadas à execução de políticas públicas classificadas com o indicador RP-2 no valor de R\$ 9,8 bilhões, já que a realocação só poderia ser realizada por emendas

⁴⁴⁶ GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. *O presidencialismo de coalizão no Brasil*. São Paulo: Blucher Open Access, 2020, p. 473.

do relator-geral, pois não era possível o envio de mensagem modificativa da proposta orçamentária em face do início de votação, a teor do art. 166, §5º, CRFB/88. Ainda, o relator-geral da proposta orçamentária de 2023, senador Marcelo Castro, incluiu no art. 4º, a previsão de que as dotações de despesas discricionárias (RP-2) decorrentes dos acréscimos por parlamentares não poderiam ser canceladas sem anuência do respectivo congressista, o que buscou preservar a destinação das verbas definidas no orçamento aprovado.

Em 2024, a proposta de lei orçamentária prevê reservas que totalizam R\$ 25,1 bilhões para as emendas individuais e R\$ 12,6 bilhões para as emendas de bancada estadual. De acordo com a nova redação do §9º do art. 166 da Constituição Federal de 88, 50%(cinquenta por cento) do montante das emendas individuais deve ser destinado para as ações e serviços públicos de saúde. Além disso, com a introdução do §9º-A no art. 166 da CRFB/88, o montante das emendas individuais deixa de ser distribuído igualmente entre parlamentares. Desde a LOA 2023, o montante destinado a essas emendas é dividido da seguinte forma, como percentual da Receita Corrente Líquida (RCL): 1,55% para emendas de deputados federais e 0,45% para emendas dos senadores.

Observa-se que no PLOA 2024, o valor destinado às emendas individuais cresceu 18% em relação ao aprovado para o exercício de 2023 e, no que se refere a emendas de bancada estadual, o crescimento é de 63,5%. Constata-se também que, se considerados todos os tipos de emenda (individuais, de bancada e do relator-geral), não houve mudança expressiva no valor global das reservas constituídas no PLOA 2023 e no PLOA 2024, passando de R\$ 38,8 bilhões no primeiro para R\$ 37,6 bilhões no segundo, ou seja, uma redução de apenas 3%.

Esse é o panorama das emendas parlamentares após o julgamento da ADPF nº 854. Vislumbra-se que, mesmo com o impedimento de utilização das emendas do relator-geral para acréscimo de dotações orçamentárias, o volume total de recursos destinados às emendas parlamentares como um todo não sofreu alteração significativa, já que foram objeto de realocação.

Como já realçado, o presidencialismo de coalizão naturalmente gera conflitos entre os Poderes da República. Por vezes, subsiste o entendimento de que essa organização política é um problema em si por favorecer a corrupção, o clientelismo e

o patrimonialismo. Contudo, Abranches⁴⁴⁷ deixa bem claro que tais vícios decorrem de maneiras ilegítimas de formar alianças e coalizões, as quais deveriam e poderiam utilizar métodos legítimos de negociação pautadas na comunhão de valores e programas.

Nesse ponto, convém destacar que o arranjo brasileiro não possui mecanismos ágeis de mediação institucional e resolução de conflitos entre o Legislativo e o Executivo. Nessas situações, a governabilidade, a estabilidade do mandato presidencial e o funcionamento das instituições ficam comprometidos. Prova disso são dois processos de impeachments em um lapso de trinta anos como reação à perda da maioria social que elegeu o Presidente da República e da dissolução de sua coalizão parlamentar, desvirtuando a finalidade do instituto e provocando ruptura política e descontinuidade institucional.

No plano orçamentário, a redução das prerrogativas do Executivo traz dificuldades adicionais, uma vez que, nas atuais circunstâncias, ele não detém força para se contrapor ao Legislativo. Portanto, o julgamento da ADPF nº 854 pelo Supremo Tribunal Federal não resolve o problema do processo alocativo brasileiro, visto que o regime de dominância orçamentária do Legislativo remanesce pela vigência de seus eixos centrais: *“a impositividade das emendas parlamentares, controle da execução orçamentária e do remanejamento por intermédio dos classificadores de resultado primário (RPs) e da indicação dos beneficiários.”*⁴⁴⁸

Embora a decisão do STF esteja calcada sob o argumento de que o *“esquema do orçamento secreto”* é incompatível com o princípio da separação dos Poderes, pois a independência do Executivo acaba comprometida por um grupo reduzido de membros do Poder Legislativo, o cenário de gestão da coalizão governativa após o julgamento da ADPF nº 854 continua bastante adverso. Isso fragiliza o próprio Estado democrático de direito diante do desequilíbrio entre os Poderes do Estado, que descaracteriza o sistema de freios e contrapesos, uma vez que o Legislativo conseguiu se rearticular para manter as rédeas do processo alocativo a partir da utilização de outros instrumentos jurídicos, dificultando a realização de projetos de interesse nacional pelo Executivo.

⁴⁴⁷ABRANCHES, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

⁴⁴⁸GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. *O presidencialismo de coalizão no Brasil*. São Paulo: Blucher Open Access, 2020, p. 545.

Portanto, o julgamento da ADPF nº 854, sob a perspectiva hermenêutica, está em conformidade com o ditame da integridade, uma vez que se fundamenta sobre princípios e regras efetivamente consagrados na Constituição Federal de 88, resguardando uma postura interpretativa holística e articulada. Não recorre a álibis teóricos para dizer qualquer coisa sobre a interpretação da lei. Com efeito, fortalece o grau de autonomia do Direito pelo fato de estar fundado e solidamente ajustado aos compromissos fundamentais celebrados pela sociedade brasileira e consagra a força normativa da Constituição ao garantir a concretização de direitos fundamentais.

Contudo, não tem o condão de impulsionar a transformação da prática jurídica pela movimentação dos Poderes Públicos, já que importa manutenção do *status quo*. Nesse ponto, cumpre lembrar que a República é uma linguagem e como tal se manifesta na comunicação entre as pessoas e se baseia em um contexto de sentido compartilhado. Estabelece, pois, uma via de mão dupla, pois *“a sociedade molda o Estado — ao acordar sobre um modo de vida a ser compartilhado —, mas também é moldada por ele — na medida em que depende da efetivação desse mesmo projeto para o estabelecimento de um contexto de sentido comum.”*⁴⁴⁹

Desse modo, revela-se indispensável fomentar uma cultura republicana nas relações sociais ordinárias, para que a assunção aos cargos de poder seja uma extensão das práticas cotidianas. Em outras palavras, as salvaguardas institucionais podem alterar as probabilidades, mas não oferecem garantias contra o clientelismo, a corrupção e o patrimonialismo. O sistema de freios e contrapesos é menos robusto do que se espera, o que significa que é menos provável que a ambição contrarie a ambição.⁴⁵⁰ Por vezes, a ambição reforça a ambição, exigindo-se uma mudança de postura das pessoas que estão à frente das instituições estatais.

⁴⁴⁹ COPELLI, Giancarlo. Lições de Ludwig Wittgenstein a uma democracia tibia. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-04/diario-classe-lico-es-wittgenstein-democracia-tibia?pagina=3>. Acesso em 10/05/2023.

⁴⁵⁰ SUNSTEIN, Carl. Lessons from the American Founding. In: SUNSTEIN, Cass (Ed.). *Can it Happen here? Authoritarianism in America*. New York: Dey Street Books, 2018, p.79.

5 CONCLUSÃO

Em arremate, o paradigma do Estado Democrático de Direito surge como a superação da dicotomia entre o Estado liberal e o Estado social de direito a partir da supremacia da Constituição, cuja força normativa passou a orientar a elaboração das leis e atos normativos, bem como a consagração dos direitos sociais e econômicos como forma de assegurar a promoção e proteção do bem-estar social e de possibilitar participação efetiva dos mais diversos grupos na vida política.

O Estado Democrático de Direito, nessa perspectiva, emerge como uma organização político-jurídica, que não tem só a preocupação com a limitação do poder político, seja através da separação dos poderes ou mesmo da garantia dos direitos e liberdades individuais, mas também está voltado à aproximação entre o povo e o governo para além da participação popular na gestão pública, abarcando a promoção da cidadania no sentido mais amplo.

Observa-se que tal forma estatal não tem compromisso com a manutenção do *status quo*, orientando-se por um propósito transformador. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito não pretende garantir as relações de poder tal qual se apresentam na sociedade. Ao revés, busca interferir sobre a realidade social para produzir igualdade de forma substancial.

No entanto, sua efetivação na realidade brasileira é permeada por grandes desafios. Isso porque, desde a fundação da República, em 1889, convive com o clientelismo, a corrupção e o patrimonialismo, que constituem óbices à implementação do Estado democrático de direito. Nesse sentido, destaca-se o julgamento da ADPF nº 854, que trata da incompatibilidade com a ordem constitucional brasileira das práticas orçamentárias viabilizadoras do chamado “*esquema do orçamento secreto*”, consistentes no uso indevido das emendas do relator-geral do orçamento para efeito de inclusão de novas despesas públicas ou programações no projeto de lei orçamentária anual da União.

Denota-se, pois, que o julgado fortalece os cânones do Estado democrático de direito ao sustentar que o “*esquema do orçamento secreto*” é incompatível com o princípio da separação dos Poderes, pois o Executivo vê sua independência comprometida por um grupo reduzido de membros do Poder Legislativo; viola os postulados democráticos, na medida em que impede a participação popular e o controle social sobre o objeto dos gastos públicos, além de provocar disparidade de

armas na corrida eleitoral, visto que o direcionamento de verbas orçamentárias pelos parlamentares dificulta o acesso aos cargos políticos por novas lideranças; obsta a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que a falta de equidade na distribuição dos recursos federais entre as entidades subnacionais contribui para a subsistência das desigualdades sociais e regionais e ameaça o princípio republicano, no ponto em que a distribuição dos recursos das emendas do relatório geral ocorre na surdina, por intermédio de acordos informais, em afronta ao dever de prestação de contas à população e à responsabilização dos governantes e agentes públicos pelas ações e omissões praticadas no exercício de suas funções.

No entanto, o julgamento da ADPF nº 854 por si só não tem o condão de corrigir os vícios do processo orçamentário brasileiro. Isso deixa claro que as barreiras institucionais são indispensáveis, mas não se revelam suficientes para resguardar o Estado democrático de direito, exigindo-se que a linguagem republicana seja compartilhada no meio social e invada o campo político.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, v. 31, n. 1, 1988.
- ABRANCHES, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a Política e a História*. Tradução de Luiz Cary e Luisa Costa. 2 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1972.
- AMES, José Luis. Lei e violência ou a Legitimação Política em Maquiavel. *Revista Trans/Form/Ação*, Marília, v. 34, p. 21-42, 2011.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Coleção Filosofia. Lebooks Editora, 2019.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Maria Stephania da Costa Flores. Jandira: Principis, 2021.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Editora Globo, 1998.
- BARROS, Alberto Ribeiro de. O conceito de soberania no Methodus de Jean Bodin. *Discurso*, nº 27, 1996, p. 139-155.
- BARROS, Alberto de. Revolução Inglesa e constitucionalismo. In: *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of moral and legislation*. London: Clarendon Press, 1907.
- BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: fragmentos de um dicionário político*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.
- BODIN, Jean. *Method for the easy comprehension of history*. Tradução para o inglês: Beatrice Reynolds. New York: Columbia University Press, 1945.
- BODIN, Jean. *Les Six Livres de la Republique*. Lyon: D'Limprimeire de lean de Tovrnes, 1579.
- BONAVIDES, Paulo. *A teoria constitucional da Democracia participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma Repolitização da Legitimidade*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003.

BOSCO, Francisco. *Um diálogo possível: por uma reconstrução do debate político brasileiro*. São Paulo: Todavia, 2022. *Ebook*.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *A Teoria do Estado: entre o jurídico e o político*. In: *Teoria do Estado: sentidos contemporâneos*. Organizadores: Maria Paula Dallari Bucci e Murilo Gasparido. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes dos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *Estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Tradução Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CONSANI, Cristina Foroni. O constitucionalismo republicano de Thomas Jefferson. Disponível em: <file:///C:/Users/4583108/Downloads/amello,+14.pdf>, acesso 28 fev. 2024.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada a liberdade dos modernos. Discurso pronunciado por Benjamin Constant no Ateneu Real de Paris em 1819 d. C. Traduzido por Marcelo Consentino. *Estado da Arte*, 2023. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/constant-liberdades-gtm/>. Acesso em 26/11/2023.

COPELLI, Giancarlo Montagner. Construções entre Filosofia da Linguagem e Teoria do Estado: o Estado Social como Estado de Direito e seus desafios no Brasil. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, RS, 2018.

COPELLI, Giancarlo M. Défis de Republicanismo no Brasil: uma crítica à crítica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 43, ago. 2020.

COPELLI, Giancarlo. Lições de Ludwig Wittgenstein a uma democracia tibia. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-04/diario-classe-licoes-wittgenstein-democracia-tibia?pagina=3>. Acesso em 10/05/2023.

COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DÍAZ, Elías. Estado de derecho y derechos humanos. In: *Ensayos Jurídicos em Memoria de José Maria Cajica Camacho*. Puebla: Editorial Cajica, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOZZI, Gustavo. Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é a democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. *O presidencialismo de coalizão no Brasil*. São Paulo: Blucher Open Access, 2020.

HABERLE, Peter. *Los derechos fundamentales em el Estado prestacional*. Traducción Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra Editores, 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. 2ª Ed. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

HAMILTON, Alexander, et. al. *The Federalist*. Edited by George W. Carey and James McClellan. Indianapolis: Libert Fund, 2001.

HELD, David. *Modelos de Democracia: Tradução de Alexandre Sobreira Martins*. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987.

HOBBS, Thomas. *Leviathan: the matter, forme and power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*. London, 1651.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução: Waltensir Dutra. 22ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2019.

JASMIN, Marcelo. O despotismo na obra de Alexis de Tocqueville. Instituto de estudos avançados da Universidade de São Paulo. IEA, 2013. Disponível em <http://www.iea.usp.br/iea/artigos/jasmintocqueville.pdf>. Acesso em 30 de novembro de 2023.

JOUVENEL, BERTRAND. *As origens do Estado Moderno: uma história das ideias políticas do século XIX*. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

KARL, Julia Scholz. O constitucionalismo alemão oitocentista nos arcações teóricas de Hans Kelsen e de Carl Schmitt: nuances e delineamentos da jurisdição constitucional entre as elaborações do positivismo e do decisionismo (1911-1950). Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: A reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LAQUIÉZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (Organizadores). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LESINSKI, Pawel. *At the Origins of German Liberalism: the State in the Thought of Robert Von Mohl*. Berlin: Peter Lang CmbH, 2020.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. London, 1823.

LOEWESTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LUÑO, Enrique Perez. *Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. *Lei, Justiça e Razão Prática em Aristóteles*. 2010. 113f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

MACPHERSON, C. B. *A democracia liberal: origens e evolução*. Tradução de Nathanael. C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

MAGALHÃES, Rogério Silva de. O direito à vida nos elementos da Lei natural e Política de Hobbes. *Cadernos Espinosanos*, XXIII., No. 23, 2010.

MALBERG, R. Carré. *Teoría General del Estado*. Traducción de José Lión Depetre. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001.

MANNI, Franco. Introdução. In: BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.

MARTINS, Thomas Passos. Da democracia reflexiva: Estado de direito e vontade geral. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. Edição set-dez 2018.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Uma introdução ao Estudo do Leviatã*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas). Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 1993.

MACHIAVELLI, Niccolò. Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio (Italian Edition). 2011. *Ebook*.

MAQUIAVELLI, Nicollò. *Il Principe* (Italian Edition). 2013. *Ebook*.

MEIERHENRICH, Jens. Rechtsstaat versus the Rule of Law. In: MEIERHENRICH, Jens; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The Cambridge Companion to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

MELLO, Antonio Jezreel. *Os limites da soberania em Jean Bodin*. 2018. 90f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

MELKEVIC, Bjarne. Direito e democracia: retorno sobre a abordagem processual de Habermas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 122, pp. 163-203, jan./jun. 2021.

MILL, John Stuart. *Consideration on representative government*. Kitchener: Batoche Books, 2001.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Kitchener: Batoche Books, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

MONTESQUIEU. *Des L'esprit des Loix*. Tome Premier. Édition établie par Laurent Versini. Paris: Éditions Gallimard, 1995.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. *Ebook*.

MORAIS, Ricardo Manoel. Maquiavel e o Governo das Leis: a relação entre as leis, as instituições políticas e o conflito. *Oxímora Revista Internacional de Ética y Política*. NÚM. 18. Jan-Jun 2021.

MORBACH, Gilberto. *A terceira via de Jeremy Waldron*. Dissertação (mestrado) Universidade Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-graduação em Direito, 2019.

MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. *Ebook*.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonadi, 2003.

NOBRE, Marcos. *O imobilismo em movimento: Da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. *Ebook*.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 51, julho de 1998, p. 37-61.

OLIVEIRA, Richard Romeiro. *Nomós e Epistémé: o problema da natureza da lei no Político de Platão*. 2000. 199f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ORWELL, George. *Fascismo e Democracia*. Tradução de Alexandre Pires Vieira. Montecristo Editora LTDA., 2021.

PESSOA, Fernando. *Livro do Desassossego*. São Paulo: Editora Companhia de Bolso, 2006.

PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

PLATÃO. *Leis*. Tradução: Humberto Zanardo Petrelli. Limeira: Miguel de Cervantes Editora, 2022.

PLATÃO. *O Político*. Coleção Filosofia. Lebooks Editora, 2021.

RIBEIRO, Renato Janine. Thomas Hobbes, ou: a paz contra o clero. CLACSO, Atilio A. (Org.). *Filosofia política moderna: De Hobbes a Marx Boron*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006.

ROSA, Gabriela Rodrigues da Guia. *Soberania Popular: um clássico conceito contemporâneo*. Dissertação (Mestrado). 81f. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

ROSANVALLON, Pierre. *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity and Proximity*. Translated by Arthur Goldhammer. Princeton: Princeton University Press, 2011.

ROUSSEAU, Dominique. *Radicaliser la démocratie: Propositions pour une refondation*. Paris Éditions du Seuil, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat social ou Principes du Droit Politique*. Genève, 1762.

SANDEL, Michael. *O descontentamento da democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2023.

SANTORO, Emilio. Rule of Law e liberdade dos ingleses: a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (Orgs.). *Estado de Direito: teoria, história e crítica*, tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SCALIA, Antonin. *The Essencial Scalia: On the Constitution, the Courts, and the Rule of Law*. Edited by Jeffrey S. Sutton and Edward Whelan. New York: Crown Forum, 2020.

SCHMITT, Carl. *The Crisis of the Parliamentary Democracy*. Translated by Ellen Kennedy. 6 Ed. Massachusetts: MIT Press, 2000.

SCHWARCZ, Lília. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCHWARCZ, Lília; STARLING, Heloisa. Introdução em busca da República. In: SCHWARCZ, Lília; STARLING, Heloisa (Orgs.). *Dicionário da República: 51 textos críticos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. *Ebook*.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento com liberdade*. São Paulo, Companhia das Letras: 2000.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *Qu'est ce que le tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002.

SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. *Verba Juris*, ano 3, nº 3, p. 73-91, jan/dez 2004.

SOUSA, Rodrigo Ribeiro de. *John Locke e a liberdade republicana*. 2017. 358f. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade de São Paulo, São Paulo.

STAHL, Friedrich Julius. *The Doctrine of State: the Principles the State of Law*. London: Wordbridge Pub.2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. *Ebook*.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Conjur*, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em 05/01/2022.

STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! *Conjur*, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck- agora-apostar-projeto-cpc>. Acesso em 05/01/2022.

SUNSTEIN, Carl. Lessons from the American Founding. In: SUNSTEIN, Cass (Ed.). *Can it Happen here? Authoritarianism in America*. New York: Dey Street Books, 2018.

TASSINARI, Clarissa. *Populismo e distorções institucionais no Brasil: A dinâmica entre Poderes e os riscos de sobreposições institucionais à democracia*. In: COPELLI, Gian Montagner; TASSINARI, Clarissa (Orgs.). *Pensando o populismo a partir de ensaio e perspectivas distintas*. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2022.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. Coleção Clássicos IPRI. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodrigues e outros. São Paulo: Boitempo, 2004.

WALTERS, Mark D. The Spirit of Legality: A. V. Dicey and the Rule of Law. In: MEIERHENRICH, Jens; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The Cambridge Companion to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. Estado de Direito Contemporâneo e as ruínas do neoliberalismo. 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3898190. Acesso em 26 de março de 2024.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. *Introdução*. In: Estado de Direito Contemporâneo: reflexões críticas. SARAIVA, Isaac Ronaltti Sarah da Costa, WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. Blumenau: Dom Modesto, 2020.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. *Introdução*. In: Estado de Direito na pós-pandemia. ANDRADE, Carla Bonneti de, SOUSA, Julia Rodrigues O., WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. Londrina: Editora Thoth, 2022.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. *Introdução*. In: O Estado de Direito Contemporâneo e seus desafios. FERRI, Giovani, WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. Blumenau: Dom Modesto, 2021.

ZIBLATT, Daniel; LEVITSKY, Steven. *Como salvar a democracia*. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2023.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (Orgs.). *Estado de Direito: teoria, história e crítica*, tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.