

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

FABIANO MÜLLER

**A JURISDIÇÃO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL:
(IM)POSSIBILIDADES DA LIMITAÇÃO DO PODER POLÍTICO EM CASO DE
IMPEACHMENT**

SÃO LEOPOLDO

2016

Fabiano Müller

A Jurisdição na Democracia Constitucional:
(im)possibilidades da limitação do poder político em caso de impeachment

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
Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr.: Lenio Luiz Streck

São Leopoldo
2016

M958j Müller, Fabiano.

A Jurisdição na Democracia Constitucional: (im)possibilidades da limitação do poder político em caso de impeachment, São Leopoldo - RS / por Fabiano Müller. – 2016.

120 f. : 30 cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2016.

“Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck”.

1. Jurisdição 2. Processos (Impedimentos) - Brasil I. Título.

CDU: 347.98(81)

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: "A JURISDIÇÃO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: (IM)POSSIBILIDADES DA LIMITAÇÃO DO PODER POLÍTICO EM CASO DE IMPEACHMENT" elaborada pelo mestrando **Fabiano Müller**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 19 de dezembro de 2016.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Membro: Prof. Dr. Igor Raatz dos Santos



Aos meus pais, Arsênio e Neusa, pelo amor e carinho.

AGRADECIMENTOS

A passagem pela maturação acadêmica não é ritual leve, mas não deixa de ser uma gratificante a vivência e troca de experiências acadêmicas e pessoais. Foram dois anos desafiantes, mas que serão sempre lembrados.

Agradeço...

Aos meus pais, por terem me incentivado aos estudos e a enfrentar os desafios, demonstrando que os filhos são feitos “para o mundo”.

Aos meus irmãos, Alcione, Crisna, Ana, pelo carinho e pela amizade eterna. Sem vocês a vida não teria tido das aventuras, brigas e alegrias. Aprendemos a viver juntos desde a roça e conquistamos nosso espaço!

Ao meu orientador professor Lenio Luiz Streck, pela orientação do trabalho e pelo convívio, me fazendo desconstruir obviedades e fazendo visualizar novos horizontes.

Ao professor Anderson Teixeira, pelo apoio e disposição durante todo o mestrado, constituindo um verdadeiro mestre e qual me guiou nesse tortuoso caminho.

Aos membros do DASEIN. Eles olham tudo! Foram períodos trabalhosos, mas certamente gerarão saudades. Primeiramente, a Clarissa Tassinari, que tive o prazer de conviver nos diversos anos e esteve comigo compartilhando as aflições da reta final dos nossos cursos. Conseguimos! Daniel Ortiz Matos e Rafael Giorgio Dalla Barba. Pelas constantes conversas e indagações sobre debate o trabalho. Danilo Lima, Guilherme Augusto de Vargas Soares, Júlio César Maggio Sturmer, Ziel Ferreira Lopes, Pedro Henrique Santos, José Ribeiro, Rafael Fonseca Pereira, Igor Raatz, Adriano Obach Lepper, Thiago Fontanive. Por último, Lanaira da Silva pelas conversas e risadas a distância.

Aos amigos do mestrado, Carlos Eduardo Siqueira pelas eternas conversas de RU e a Raul Marques Linhares, companheiro de jornada e amigo, valeu pelas inúmeras conversas e pela troca de aflições.

Aos amigos de Unisinos que foram mais que colegas e merecem um eterno abraço, Bárbara Costa, Bárbara Paties, Daniela Scariot e Bernardo Costa, Paulo Junior Trindade, Luis Rosenfield, Gabriel Fabris e Guilherme Mariani.

Aos amigos, Douglas Fritz, Tarciana Cruz, Jislaine Ortolan, André Sabino, Pâmela Carvalho, Isaías Luz, David Farias, Rodrigo Schutz, pela amizade.

À Victoria Santos de Azevedo e Rafael Köche, amizades antigas e que são constantemente renovadas.

À secretaria do PPGD, Vera Regina Loebens, a primeira que me recebeu e que acompanhou nessa jornada acadêmica sempre me apoiando. Espero que a aposentadoria demore. E a Ronaldo Cezar Rodrigues, pelas conversas e risadas que deixam mais descontraído o ambiente.

À Alexandra Bandas Mascarenhas, pela confiança e força nesse momento!

Por fim, uma estrela àqueles que me ajudaram com apoio emocional e material na reta final do trabalho, Juliani Leal, Cleber Koch, Francielle Benini Agne Tybusch, Everson Espindler, Geovane Silveira, Leandro Manzoli Trovati. Este trabalho possui a mão de vocês.

Minha eterna gratidão!

ISTO

[...]

Dorme, que a vida é nada!
Dorme, que tudo é vão!
Se alguém achou a estrada,
Achou-a confusão,
Com a alma enganada.

Não há lugar nem dia
Para quem quer achar,
Nem paz, nem alegria
Para quem, por amor,
Em quem ama confia.

Melhor entre onde os ramos
Tecem dosséis sem ser
Ficar como ficamos,
Sem pensar nem querer,
Dando o que nunca damos.

(Fernando Pessoa)¹

1

RESUMO

No ano de 2016 houve o segundo processo de impeachment sob os auspícios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ora vigente. Novamente, esse processo, que aflora paixões e divide o país em facções, causa polêmica ao tencionar a relação entre o poder político e a normatividade da Constituição. Essa questão toma vias mais complicadas pois o julgamento ocorre em um Tribunal político que, muitas vezes, decide por argumentos de política sem cumprir a imputação dos critérios jurídicos necessários à configuração do crime de responsabilidade. Diante desse contexto, pergunta-se se é possível a Jurisdição Constitucional limitar a atuação do poder político nos casos de impeachment? Busca-se, assim, reconstruir a função do instituto do impeachment dentro do paradigma novo do Constitucionalismo Contemporâneo, no qual o epicentro da condução da democracia ocorre por meio da Constituição, que vincula a atuação de todos os atores estatais. Para realizar a pesquisa, utilizou-se como referencial teórico Habermas-Streck, na linha da construção da Crítica Hermenêutica do Direito, fazendo uso da metodologia fenomenológico-hermenêutica. Os marcos teóricos empregados possuem “o chão” comum a crítica aos perigos da juristocracia e não coadunam com uma atuação inerte diante de violações do procedimento democrático, instituindo espaços blindados à atuação jurídica. Desse modo, como resultado final constata-se que cabe ao Poder Judiciário a intervenção em processos de impeachment quando houver violações de índole constitucional, como a ausência do requisito jurídico, ao devido processo legal, a ampla defesa, cumprindo a função principal do documento normativo maior, que é a limitação dos abusos do poder.

Palavras-chave: Impeachment; Presidencialismo; Jurisdição Constitucional; Poder Político;

ABSTRACT

In 2016 there was the second process of impeachment under the auspices of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, in effect. Again, this process, which blossoms passions and divides the country into factions, causes controversy when it intends the relation between the political power and a normativity of the Constitution. This issue becomes more complicated because the judgment occurs in a political court that will often decide by policy arguments without following to an imputation of the legal criteria for the configuration of the crime of responsibility. Given this context, it is asked whether it is possible for the Constitutional Jurisdiction to limit the performance of political power in the processes of impeachment? It seeks, therefore, to reconstruct a function of the impeachment institute within the new paradigm of contemporary constitutionalism, where the epicenter of the conduction of democracy occurs through the Constitution, which links the performance of all state actors. In order to carry out a research, Habermas-Streck was used as theoretical reference, in the construction of the Critique of Hermeneutics of Law, making use of the phenomenological-hermeneutic methodology. The theoretical frameworks used have the common ground to evaluate the dangers of the jurisdiction and do not correspond with an inert action of violations of the democratic procedure, establishing armored spaces to the legal action. Thus, as a final result, it is noted that the Judiciary is responsible for intervention in the process of impeachment when there are violations of a constitutional nature, such as the absence of the legal requirement, a broad defense, fulfilling a major function of the larger normative document, which is a limitation of abuses of power.

Keywords: Impeachment; Presidencialism; Constitutional Jurisdiction; Political power

LISTA DE SIGLAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
PT	Partido dos Trabalhadores
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PCdB	Partido Comunista do Brasil
MS	Mandado de Segurança

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A FORMAÇÃO DO ESTADO, O PODER E O NASCIMENTO DO DIREITO	15
2.1 O surgimento do Contratualismo Político: as contribuições de Hobbes, Locke e Rousseau para a limitação do Poder no Estado	15
2.2 A função da Constituição no Estado de Direito como controle do Poder Soberano.....	25
2.3 O constitucionalismo como o aglutinamento dos aspectos políticos e jurídicos: os exemplos privilegiados do caso norte-americano e francês	28
2.4 O Direito como regulador político: o nascimento incipiente e conturbado da Jurisdição Constitucional até o seu lócus privilegiado na democracia.....	32
3 A NOVA FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PÓS SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E SUA RELAÇÃO COM A POLÍTICA	44
3.1 O Direito como procedimento imprescindível na mediação dos aspectos políticos na Teoria do Discurso Habermasiana.....	44
3.2 A Crítica Hermenêutica do Direito e a compreensão de uma Jurisdição substancial e adequada à constituição	49
3.3 Os perigos da Juristocracia diante do princípio democrático e a função reservada a política na democracia atual	54
3.4 O Supremo Tribunal Federal entre o “sim” ativo e “nao” passivo e de como representam faces da fragilização política	62
4 O EMBATE ENTRE JURÍDICO E O POLÍTICO: O PRESIDENCIALISMO E OS IMPEACHMENTS RECENTES DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.	72
4.1 Do Estado somente político a implementação da responsabilidade dos governantes	72
4.2 Os impeachments no presidencialismo contemporâneo brasileiro	75
4.2.1 O caso Collor e a absolvição por parte da Jurisdição Constitucional	81
4.2.2 O Impeachment da presidente Dilma	84
4.3 O processo de impedimento entre a tese do “golpe” e do “fortalecimento democrático”	89
5 conclusão ou considerações finais	111

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2016 marca o julgamento do Impeachment da Presidente da República Dilma Rousseff após duas décadas do primeiro processo de Impeachment da Constituição de 1988. Este instituto previsto na Constituição² congrega os elementos políticos e jurídicos e está “inserido no regime democrático e em uma relação de tensão construtiva com a Constituição”.³ A Constituição⁴ ao mesmo tempo em que disciplina a questão da responsabilização política do chefe do governo presidencialista por meio do instituto do impeachment, pretende restringir até mesmo o poder político.⁵

Diante desse cenário de crescente instabilidade política e governamental faz-se necessário que o Judiciário tenha um papel condizente com a Constituição Republicana. Nesse contexto insere-se o presente trabalho, tendo como problema central a ser examinado na dissertação o questionamento acerca da relação entre o direito e a política usando como paradigma o instituto do impeachment. Assim, pergunta-se: qual é a função da Jurisdição Constitucional na sua relação com a política, ou seja, no Parlamento, visto este ser apontado até hoje como o centro de discussões políticas? Poderia o Supremo Tribunal Federal intervir na prática política, *in casu*, quando se tratar de impeachment e do princípio democrático?

A elaboração da presente dissertação possui aderência à linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” do Programa de Pós-

2

Cf. Art. 85, da CFRB/88, que disciplina a questão dos crimes de responsabilidade do Presidente da República.

³ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes, BACHA E SILVA, Diogo e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O Impeachment e o Supremo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.19.

⁴ O Estado constitucional é, assim, e em, primeiro lugar, o Estado com uma *constituição* limitadora do poder através do império do direito. As ideias do “governo de leis e não de homens”, de “Estado submetido ao direito”, de “constituição como vinculação jurídica do poder”, foram, como vimos, tendencialmente realizada por institutos como os de *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, *principe de la légalité*”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 98.

⁵ “Se de um lado, as discussões sobre o instituto envolvem a legitimidade democrática representada pelos votos dados ao Presidente da República – e aos compromissos que este assume ao assumir o cargo, é dizer, que seus poderes significam, ao mesmo tempo, deveres e responsabilidades -, por outro, a Constituição, como fonte de criação e estabilização dos Poderes constituídos, precisa ser respeitada, ainda que contra a vontade de uma certa maioria eventual que possa pretender apoiar a retirada de um Presidente devido a razões outras que não previstas na Constituição.” BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes, BACHA E SILVA, Diogo e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O Impeachment e o Supremo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.13.

Graduação em Direito da UNISINOS. Isso porque as reflexões aqui produzidas foram instigadas pelos estudos realizados junto ao grupo “*Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos”, coordenado pelo Prof. Dr. Lenio Streck, nesta instituição de ensino. Por este motivo, mais especificamente, o conteúdo desta proposta de mestrado foi construído sob a influência do que ficou conhecido como *Crítica Hermenêutica do Direito*.

Assim sendo, o desenvolvimento da pesquisa será guiado sob a perspectiva da proposta de Lenio Streck,⁶. Além disso, Habermas, democrata radical⁷ também será utilizado, sendo utilizados “no chão” comum que apresentam, defendem cada um ao seu modo a legitimidade da democracia, impondo freios à prática política e são contrários à discricionariedade judicial.⁸

Desta forma, considerando todos estes elementos como matriz teórica que se pretende estudar os desafios que envolvem a relação entre a Jurisdição Constitucional e Política a partir de um processo cada vez mais expressivo de protagonismo das forças judiciais e políticas. Assim, será analisado na dissertação os processos de impeachments ocorridos recentemente na história constitucional brasileiro, sendo estes casos paradigmáticos do embate entre os aspectos políticos, ou seja, o Parlamento e sua ação, e o fator jurídico, representado pelos limites constitucionais.

Em outras palavras, é com o objetivo de enfrentar a questão da relação entre o jurídico e o político presente no Estado constitucional, sob o viés das posturas substancialistas e procedimentalistas da Jurisdição Constitucional, que se discute a conciliação entre a democracia e o constitucionalismo, com a possibilidade da intervenção judicial no julgamento do impeachment.

Diante desse contexto, a dissertação inicialmente descreverá a formulação do contratualismo político em três autores, Hobbes, Rousseau e Locke, a fim de verificar a temática da construção da sociedade política, da soberania e de que

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Uma teoria da decisão. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷ “Nas próprias democracias estabelecidas, as instituições existentes da liberdade não são mais inatacáveis, mesmo que a democracia aparentemente continue sendo o ideal das populações. Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol I, p. 13.

⁸ Ressalta-se que não se desconhece as profundas críticas recíprocas dos marcos teóricos apresentados, contudo, será apresentado somente as visões compartilhadas entre as teorias e que são essenciais a compressão entre direito e política.

forma o indivíduo se relaciona dentro deste, e, finalmente, examinar a possibilidade de limitação do soberano na construção teórica desses autores. Além disso, será pesquisado o nascedouro do constitucionalismo como conjugação de elementos políticos e jurídicos e sua função primordial inicial de limitação do poder político. Por fim, será observado o nascimento do controle de constitucionalidade nos EUA e o embate no seio do Estado de Direito entre a democracia e o constitucionalismo.

Em um segundo momento, será avaliada a atuação da Jurisdição Constitucional pós-segunda guerra mundial a partir da Crítica Hermenêutica do Direito e da Teoria do Discurso Habermasiana, visto que as duas vertentes teóricas investigam a questão da relação entre a prática judicial e representação política, principalmente por meio dos Cortes Constitucionais. Em adição a isso, levando em conta essa Teoria de Base, será criticado a juristocracia e os perigos do “governo de juízes”. Neste sentido, será trazido para debate o tema do papel ativo e passivo do Supremo Tribunal Federal e de como as duas posições podem representar o risco da fragilização da democracia.

Como “parte final”, será efetuada uma descrição do instituto do impeachment desde seu nascimento até a incorporação dos impeachments ocorridos no Brasil após advento da Constituição de 1988, relatando o modo da tramitação do julgamento dos presidentes Collor e Dilma. Ainda, debater-se-á o instituto do impeachment e o sistema de governo e sua compatibilidade democrática. E, por último, examinar-se-á a necessidade do controle do poder político por parte da Jurisdição Constitucional como fundamento democrático.

O método de abordagem, deve ser entendido a partir da *ontologia fundamental*, como interpretação ou hermenêutica universal, isto é, como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição jurídico-filosófica através da linguagem, numa imediata aproximação com a práxis humana e social, como existência e facticidade, onde a linguagem é analisada no plano da historicidade. A partir deste “método”, o que se busca é revolver do “chão linguístico” que sustenta a tradição, possibilitando a desconstrução e reconstrução da “história institucional” dos institutos, como por exemplo, o impeachment, o presidencialismo, o papel da Jurisdição Constitucional nessa questão e a democracia nesse contexto de embate do jurídico e da política.

O método de procedimento de pesquisa será eminentemente bibliográfico, combinando elementos de pesquisa comparativa, histográfica e monografia. Quanto

às técnicas de pesquisa, o trabalho será desenvolvido com base em livros, artigos, documentos legislativos e processuais do impeachment e sendo consultadas principalmente as obras da Teoria de Base do trabalho, ou seja, de Jürgen Habermas e Lenio Luiz Streck.

Necessário estabelecer aqui, antes que haja alguma objeção, que o trabalho se centrará nas questões do papel da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático do Direito, o procedimentalismo, a relação que o direito desempenha na democracia e com a política na obra de Habermas, levando em conta os comentadores brasileiros habermasianos, como por exemplo, Marcelo Cattoni, que dialoga com a questão da jurisdição constitucional e da política na obra do mestre

2 A FORMAÇÃO DO ESTADO, O PODER E O NASCIMENTO DO DIREITO

Na aurora da modernidade iniciava-se o pensamento no qual o poder político seria gerado e gestado pelas próprias pessoas e estas poderiam ser formadoras da sociedade política. O poder não seria mais fruto de algo divino, sendo que a sacralidade dos rituais é deixada de lado e a gestão entre governantes e governados, soberano e súdito evolui para uma relação secular.

Até nessa época imagina-se homogeneamente que as pessoas se relacionam entre si como um corpo social pelo instinto intrínseco ao indivíduo. Em Aristóteles era estabelecido que o ser humano em sua natureza é um “homem social”, sendo que a sociedade era inapta ao homem.

Contudo, cada vez mais era teorizada a forma de como soberania poderia ser construída, gerando assim outra vertente da formação do poder, o Contratualismo Político.⁹ São os autores que buscam a formação teórica da sociedade política e do Estado não em algo metafísico ou natural, mas fruto de uma elaboração humana. Essa vertente, parte da constatação que as pessoas se unem nessa construção artificial para a formação de instituições políticas, estas as quais são seus limitadores.

Os três principais teóricos do contrato social são Hobbes, Rousseau e Locke. Cada um da sua maneira formula o modo que o contrato social é arquitetado. Desse modo será observada a formulação do contratualismo político nesses três autores a fim de verificar a temática da construção da sociedade política, de que forma o soberano surge e como este se relaciona com os homens, ou seja, como é o regime de governo do Estado.

2.1 O surgimento do Contratualismo Político: as contribuições de Hobbes, Locke e Rousseau para a limitação do Poder no Estado

Hobbes é um dos primeiros intelectuais modernos a expor como se deu a formação da soberania presente no nascedouro do Estado, elencando o porquê que as pessoas se unem e constroem determinado corpo político. É “[...] desde Jean

⁹ “Contratualismo político” constitui-se na teoria da legitimação política e da obrigação; este tipo de contratualismo propugna por haver condições sob as quais as instituições políticas encontram-se moralmente legitimadas e os indivíduos estão politicamente obrigados”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais no século XXI*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 88.

Bodin com *Les Six Livres de la Republique* (1576) e Thomas Hobbes com o seu *Leviathan* (1651), que ocorre o recorte do Estado, a sua soberania e o seu poder como categorias centrais da modernidade política”.¹⁰

É a partir dos termos de Hobbes, que os demais contratualistas irão centrar sua construção em diálogo ou oposição com sua teoria. Deve-se atentar que o contrato social trata-se de algo artificial como contraponto à ideia de sociedade como algo natural entrelaçando essa concepção com o poder advindo da metafísica divina que geria o corpo político. Portanto, é uma antítese de Aristóteles que observava uma sociabilidade intrínseca ao indivíduo.

Estamos acostumados a acreditar em nossa natureza sociável. É justamente por termos esta ilusão, aliás, que nos tornamos incapazes de gerar um mínimo de sociedade: Hobbes lida com esse paradoxo, que mais tarde será retomado por Freud, segundo o qual, se queremos ter sociedade, devemos estar atentos ao que é anti-social em nossas pulsões (Freud) ou em nossas posturas e estratégias; se queremos ter amor, devemos ter noção do ódio. Não se constrói a sociedade com base numa sociabilidade que não existe. Para ela ser erigida, é preciso fundá-la no que efetivamente existe, ou seja, nem uma natureza sociável, nem uma natureza antissocial, mas uma desconfiança radicalizada e racional.¹¹

O Estado de Natureza é lugar anterior hipotético no qual os homens estão em igualdade natural entre si. Isso impactará no modo de como indivíduo se comporta nesse estágio primitivo, no qual a principal característica é de total insegurança que esse tem em de ter seu direito à vida solapada. Essa igualdade permite que façam tudo o que por bem entenderem, inclusive para a satisfação do seu desejo, de modo que “[...] no estado de natureza, para todos é legal ter tudo e tudo cometer”.¹²

A natureza deu a cada um direito a tudo; isso quer dizer que, num estado puramente natural, ou seja, antes que os homens se comprometessem por meio de convenções ou obrigações, era lícito cada um fazer o que quisesse, e contra quem julgasse cabível, e

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 89.

¹¹ RIBEIRO, Renato Janine. *Thomas Hobbes, ou: a paz contra o clero. En publicacion: Filosofia políticomoderna. De Hobbes a Marx* Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciencias Humanas, USP, Universidade de Sao Paulo. 2006. p. 5.

¹² HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 34-33.

portanto possuir, usar e desfrutar tudo o que quisesse ou pudesse obter.¹³

Contudo, essa liberdade de realizar tudo o que o indivíduo quiser torna o estado de natureza em um estado de eterna insegurança, pois o homem é um ser dotado de egoísmo, impureza e maldade. Desta forma, a proteção da vida do homem está em risco, sendo que, por causa das suas características humanas negativas, há uma constante guerra de todos contra todos.¹⁴

[...] não haverá como negar que o estado de natural dos homens, antes de ingressarem na vida social, não passava de guerra, e esta não ser uma guerra qualquer, mas uma guerra de todos contra todos.¹⁵

O indivíduo é a própria ameaça do seu semelhante, tendo o autor cunhado a expressão que o *homem é o lobo do próprio homem*. Diante desse contexto de incertezas, faz-se necessário o estabelecimento do contrato social para que a sua conservação seja assegurada.¹⁶

Mas os homens não podem esperar uma conservação duradoura se continuarem no estado de natureza, ou seja, de guerra, e isso devido à igualdade de poder que eles há, e a outras faculdades com que estão dotados, Por conseguinte o ditado da reta razão é, a lei de natureza – é que procuraremos a paz, quando houver qualquer esperança de obtê-la, e, se não houver nenhuma, que nos preparemos para a guerra.¹⁷

Os homens não podendo viver com tranquilidade a sua vida, estando em risco, se unem em busca da paz, entregando sua liberdade de viver conforme seu

¹³ HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 34.

¹⁴ “Hobbes caracteriza a condição natural da humanidade como sendo um constante estado de guerra de todos contra todos. Estando as pessoas em estado de natureza, não existe outra alternativa a elas a não ser convencionar, ou acordar, para que seja iniciado um processo de estruturação institucional da sociedade, uma vez que a paz só poderá ser estabelecida caso haja entre os indivíduos cooperação, [...]”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais no século XXI*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 90.

¹⁵ HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 33.

¹⁶ “Explicou que, justamente por sermos iguais, sempre desejamos mais uns que os outros. Da igualdade decorre uma concorrência, que na falta de um poder estatal se converte em guerra. Assim, diz, “os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito.” RIBEIRO, Renato Janine. *Thomas Hobbes, ou: a paz contra o clero. En publicacion: Filosofia políticomoderna. De Hobbes a Marx* Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciencias Humanas, USP, Universidade de Sao Paulo. 2006. p. 5.

¹⁷ HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 36.

querer, para que um terceiro os governe sem limites, sendo que este deve garantir os direitos aos indivíduos, principalmente a manutenção da vida.¹⁸

A transferência dos direitos ao Soberano reveste a todos com status de igualdade material, mas restringidos no modo de ação por este, pois estão todos abaixo do Soberano, sendo que “a cessão e transferência, ao Soberano, do direito que cada homem possui de governar-se é absoluta e genérica, estando condicionada à correspondência que os outros contratantes devem ter, uma vez que a autorização é uniforme para todos aqueles que contratara”.¹⁹

Manter a ordem é essencial nesse contexto de soberania absoluta, sendo que o soberano deve controlar esses distúrbios, pois caso este seja tolerante o próprio contrato social encontra-se em risco. Assim sendo, o temor deve ser usado para a conservação deste.

[...] o Soberano valer-se á de instrumentos e expedientes capazes de controlar distúrbios internos. O temor surge, então, como elemento essencial para a estabilidade para a estabilidade social; e somente havendo um Soberano é que poderá existir coercibilidade.²⁰

Hobbes afirma que o principal obstáculo a manutenção da soberania do monarca é o clero, ou seja, a religião. Usa como exemplo para tal afirmação, o que ocorreu na Revolução Inglesa. Para ele, o clero exigiria que sua visão de mundo fosse levada em observação e que provocava tumulto social desestabilizando a soberania.

Seu problema é eliminar a grande ameaça ao poder estatal. Ora, só uma leitura superficial leva a crer que o Estado esteja ameaçado pelos rebeldes. Quem realmente o submete a enorme estresse é o clero. Não há rebeldia sem manejo das consciências. Pensar a

¹⁸ “O objetivo de autorizar o Soberano de forma ilimitada decorre da necessidade de encontrar uma forma capaz de permitir que todos os homens possam atingir uma patamar objetivo de igualdade material; esta decorreria do fato de que a todo indivíduo seria defeso resguardar-se – quando da autorização - este ou aquele direito, de modo que pudesse vir a levar vantagem pessoal quando em comparação (ou conflito) com outra pessoa. Assim, a autorização ilimitada e irrestrita transforma-se na única forma de permitir que todos os homens sejam colocados num mesmo nível: abaixo do Soberano e ao lado dos seus semelhantes”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais no século XXI*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 114-115.

¹⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais no século XXI*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 114.

²⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais no século XXI*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 90.

revolta somente pelo uso das armas é um equívoco que nada, em Hobbes, permite.²¹

O Estado hobbesiano propunha a secularização de suas relações. Janine Ribeiro enaltece que Hobbes poderia ser considerado no quesito religioso como um homem à esquerda em sua época, mesmo que falar em esquerda e direita antes da Revolução Francesa pode parecer anacrônico, pois ele buscava superar o conservadorismo religioso que estava impregnado na Inglaterra.²²

Desse modo, o soberano age de forma absoluta e ilimitada e assim o deve ser para que os direitos dos súditos sejam garantidos. O terceiro reina absoluto e não deve ter oposição de qualquer ordem ou legalidade, sendo que “o Soberano não se encontra vinculado a qualquer espécie de lei ou comando anterior a ele, pois ele próprio é a origem de tudo que terá validade no Estado”.²³

Dessa afirmação podemos verificar que para Hobbes, o Estado deve ser regido por um poder absoluto, preferencialmente este deve estar na mão de um monarca, pois este saberia melhor ter o controle social e manter a paz. Ainda, refuta a concepção aristotélica de que o melhor regime seria o democrático, em virtude da dificuldade do indivíduo que entrega seu poder de ser o gestor deste, sendo que a democracia não seria regida pela lei e sim, pelos indivíduos que não seriam passíveis de cobranças, gerando a ruína do Estado.

Assim, Hobbes é defensor da monarquia e devido ao contexto histórico que almejava a libertação dos Estados Absolutistas, teve poucos adeptos práticos na sua teoria. Diferente são Rousseau e Locke, que almejavam a democracia e que serão os fundamentos das Revoluções Liberais do séc. XVIII.

Rousseau vê o indivíduo na sua concepção inicial com características opostas as apontadas por Hobbes e isso, afetarà o modo como o contrato social é formado e gerido. Nessa concepção contratualista é elencado que o ser humano no seu

²¹ RIBEIRO, Renato Janine. *Thomas Hobbes, ou: a paz contra o clero. En publicacion: Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx* Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciencias Humanas, USP, Universidade de Sao Paulo. 2006. p. 8.

²² “Falar em direita, centro e esquerda antes da Revolução Francesa – quando esses termos passaram a ter aplicação política, a partir da distribuição dos deputados no recinto da Assembléia Constituinte– soa anacrônico”. RIBEIRO, Renato Janine. *Thomas Hobbes, ou: a paz contra o clero. En publicacion: Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx* Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciencias Humanas, USP, Universidade de Sao Paulo. 2006. p. 3.

²³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais no século XXI*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 116.

estágio primitivo possuía atributos de bondade, gentileza e altruísmo para com o próximo, estando em uma posição de igualdade natural inicial entre todos. Esse homem em seu estado natural não possui razões de entrar em disputa com o semelhante, pois suas poucas necessidades eram satisfeitas, sendo que ausentes os desejos, as disputas evolutivas não ocorrem, gerando assim, uma aparente tranquilidade.

No entanto, como as características naturais de cada ser humano são diferenciadas, gerando a situação que um indivíduo se sobreponha ao outro e essa desigualdade natural é que irá impor o início da desigualdade entre estes, sendo este o começo do caminho evolutivo da organização social.

A busca da satisfação de mais necessidades irá causar o aumento da desigualdade, sendo que agora esta não é algo natural, mas gerará uma desigualdade social na forma de como os bens são acumulados. É nesse contexto que ocorre o surgimento da propriedade privada.²⁴ E é a esta o fundamento para o nascedouro da sociedade civil.

Contudo, aqui reside o problema central da evolução humana, diante da busca incessante da satisfação dos seus desejos pessoais, o indivíduo limita o exercício da liberdade do outro, sendo que a liberdade dos indivíduos usufruírem seus direitos é ameaçada. Diante desse perigo, faz-se necessário a elaboração do Contrato Social.

Eu imagino os homens chegados ao ponto que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então esse estado primitivo não mais tem condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser.²⁵

É na construção do Contrato Social que o indivíduo, agora integrante da sociedade, tem sua proteção, pois é por meio dele que é possível usufruir a liberdade que antes estava em risco. No Contrato Social o indivíduo entrega sua

²⁴ Rousseau relata o surgimento da propriedade com a história no qual o primeiro indivíduo que ao ver uma extensão de terras sem ninguém habitar, diz: 'essas terras são minhas' e não sofre oposição dos seus semelhantes, se torna proprietário. Assim, forma-se a propriedade privada. Essa questão é analisada no seu livro Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens.

²⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Ed. Ridendo Castigat Mores. Edição eletrônica. p. 23. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>

liberdade para que seja formado um Estado no qual a liberdade de todos seja garantida.

A passagem do estado natural ao estado civil produziu no homem uma mudança considerável, substituindo em sua conduta a justiça ao instinto, e imprimindo às suas ações a moralidade que anteriormente lhes faltava. Foi somente então que a voz do dever, sucedendo ao impulso físico e o direito ao apetite, fizeram com que o homem, que até esse momento só tinha olhado para si mesmo, se viesse forçado a agir por outros princípios e consultar a razão antes de ouvir seus pendoros.²⁶

O Estado é fruto da soma da entrega da liberdade individual de cada pessoa e deve buscar o bem comum. O indivíduo deve participar das deliberações do que é esse “bem comum” e não apenas aceitar a vontade de um terceiro soberano. Assim, ao aceitar que a gestão do Estado seja atribuída às pessoas comuns, Rousseau coloca como o regime político a ser efetivado o modelo democrático participativo condizente a uma República. Portanto, é extremamente contrário ao poder monárquico ou qualquer poder originado de uma só pessoa.

O homem aliena sua liberdade à coletividade, ou seja, para a Vontade Geral, para que tenha mais força como corpo político na conservação da liberdade convencional, sendo que “[...] não existe um associado sobre quem não se adquira o mesmo direito que lhe foi cedido, se ganha o equivalente de tudo o que se perde e maior força para conservar o que se tem”.²⁷ O poder do corpo político é que dará efetividade de direitos. Por isso, não é direito de nenhum indivíduo ir contra esse corpo político e é dever do Estado puni-lo.²⁸

Rousseau dará muita ênfase ao aspecto político da coletividade que deverá tomar a decisão ouvindo a todos e buscando o bem comum. Ocorre que esse bem comum não é algo objetivo e deve ser atribuído pela coletividade.

²⁶ Continua ainda: “Embora se prive, nesse estado, de diversas vantagens recebidas da Natureza, ganha outras tão grandes, suas faculdades se exercitam e desenvolvem, suas ideias se estendem, seus sentimentos se enobrecem, toda sua alma se eleva a tal ponto, que, se os abusos desta nova condição, não o degradasse com frequência a uma condição inferior àquela de que saiu, deveriaabençoar incessantemente o ditoso momento em que foi dali desarraigado para sempre, o qual transformou um anima estúpido e limitado num ser inteligente, num homem”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Ed. Ridendo Castigat Mores. Edição eletrônica. p. 30. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Ed. Ridendo Castigat Mores. Edição eletrônica. p. 25. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>

²⁸ Alguns autores apontam que nesse afirmação, Rousseau trouxe o nascedouro do Direito Penal do Inimigo. Contudo, isso não é algo pacífico entre os estudiosos.

O bem comum pode ser facilmente desvirtuado, pois a decisão mesmo que todos tenham que ser ouvidos, é tomada pela maioria e que mesmo buscando o bem de todos dificilmente o conseguirá. Estamos diante da ameaça de ditadura de uma maioria que irá impor sua ideia de bem comum e poderá mitigar a liberdade da minoria (ou minorias, pois não há somente uma minoria homogênea). Contudo, nesse aspecto Rousseau não apresenta nenhuma solução, pois para ele isso nem caracteriza um problema.

Portanto, não há um pensamento de defesa das minorias, pois fim ao cabo estas também fazem parte do corpo político e estariam sendo abarcadas pelo bem comum. No entanto, sabemos pelo legado que a humanidade nos deixou, que essa ideia não se efetiva desse modo. As majorias além de não pensarem no bem coletivo, muitas vezes enxergam como inimigo as minorias, sendo que estas devem ser destruídas. Exemplo disso são os regimes totalitários registrados no século XX, no qual a busca do espírito do povo ou partido foi motivo para a eliminação do indivíduo que fosse ou pensasse diferente, ficando de fora do Estado sem nenhum direito.²⁹

Não há nessa construção nenhuma menção a possibilidade de limitação do corpo político pelo Direito, ou quaisquer elemento externo a política. A elaboração de Rousseau formula uma democracia direta de alta participação,³⁰ mas que não observa a possibilidade de ditadura das majorias no local que não há uma instituição com papel contramajoritário.

Esse modelo de democracia consolidou-se na França, no qual a política por meio do Poder Legislativo foi tomado como o principal Poder Republicano e no qual o Poder Judiciário foi relegado, visto os juízes terem contribuído a manutenção do Velho Regime absolutista. Exemplo disso, é que desde a 1ª Constituição Francesa de 1791 até o ano de 2008 não havia o controle de constitucionalidade posterior judicial das leis emanadas do Parlamento.³¹

²⁹ Essa questão é bem analisada por Hanan Arendt sobre os aspectos formadores dos regimes totalitários e de como exercem seu poder. Cf. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. 2. ed. Companhia das letras, 1989. Ainda Claude Lefort reforça a questão de como o totalirismo incorpora a individualidade do indivíduo ao corpo coletivo fazendo que haja a perda da noção de um pertencimento individual ao Estado. Cf. LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática - Os Limites da Dominação Totalitária* - Col. Invenções Democráticas. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

³⁰ Não sendo possível a democracia direta, o autor enfatiza que poderá ser a democracia representativa.

³¹ “Nesse sentido, após a entrada em vigor do texto normativo, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo o Conselho Constitucional, tampouco os cidadãos, podiam discutir a constitucionalidade da lei.151 Esse era o entendimento que imperava na França até a Reforma Constitucional aprovada em

Já o terceiro contratualista que terá influência sobremaneira na revolução norte-americana é John Locke (1632-1704) considerado o pai do liberalismo político, no qual a liberdade deveria permear as relações entre os indivíduos.³² Assim como para Hobbes, Locke considera o estado de natureza como algo hipotético, sendo que nesse estágio os homens estão em uma posição de relativa paz. O estado de natureza não é para, como Hobbes, uma guerra de todos contra todos. É sim, um estado que pode gerar insegurança e riscos, mas não necessariamente que isso ocorra.

Nesse estado, o homem já era guiado pela razão, ou seja, pela lei natural, e revestido de um status de liberdade, independência e igualdade ao semelhante, sendo possuidor de propriedades, incluindo nesse conceito os bens materiais, a vida e liberdade.

O ser humano poderia viver nesse estado se todos obedecessem a lei natural. Contudo, sempre há o perigo de pessoas não deixarem se guiar pela razão e por em perigo a propriedade. É nesse estágio que surge o estado de guerra, no qual não o gozo da propriedade não é mais assegurado. Diante da conversão do estado de natureza em um estado de guerra, a paz que regia as relações até então, transforma-se em um contexto de insegurança e perigo.

É nesse contexto que é imprescindível para Locke a formação do contrato social, ou seja, a união livre das pessoas em uma sociedade civil para a manutenção da propriedade, direito que somente era assegurado pela razão passa a ter a guarida legal. Além disso, a conquista da sociedade civil poderá gerar mais direitos que em estado primitivo o homem não teria a possibilidade de obter.

Dessa união das pessoas no consentimento da formação do contrato político é que surge o pacto político da gestão da sociedade civil. E essa gestão competirá primordialmente ao Poder Legislativo, que “é o poder supremo em toda comunidade civil, quer seja ele confiado a uma ou mais pessoas, quer seja permanente ou

23 de julho de 2008,152 que incluiu o art. 61-1 na Constituição, atribuindo novas funções de controle de constitucionalidade ao Conselho Constitucional”. STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 406.

³² “O termo liberalismo engloba o *liberalismo político*, ao qual estão associados as doutrinas dos direitos humanos e de divisão dos poderes, e o *liberalismo econômico*, centrado sobre uma economia de mercado livre (capitalista). Se a sociedade burguesa fornecia o substrato sociológico ao Estado constitucional, este, por sua vez, criava condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo econômico”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 109.

intermitente”.³³ Ele é o poder mais importante e este é regido pela vontade da maioria.

Ademais, o Parlamento deve retratar a ideia dos indivíduos formadores da sociedade política, sendo que estes deve expressar seu consentimento individualmente ou por meio de representantes. Locke citando o caso de aumento de impostos dispõe sobre a questão da vontade popular por meio da democracia representativa, sendo um defensor desta.

O poder legislativo não deve impor impostos sobre a propriedade do povo sem que este expresse seu consentimento, individualmente ou através de seus representantes. E isso diz respeito, estritamente falando, só àqueles governos em que o legislativo é permanente, ou pelo menos em que o povo não tenha reservado uma parte do legislativo a representantes que eles mesmos elegem periodicamente.³⁴

Ainda, o autor faz o necessário alerta que mesmo regido pelo elemento da vontade das maiorias no legislativo, este não tem o poder absoluto e deve ser limitado, pois se um poder tiver o arbítrio de realizar tudo o que quiser estará em risco a proteção da propriedade do indivíduo e estarão ausentes os motivos justificadores para a formação do contrato social.

Primeiro: ele não é exercido e é impossível que seja exercido de maneira absolutamente arbitrária sobre as vidas e sobre as fortunas das pessoas. Sendo ele apenas a fusão dos poderes que cada membro da sociedade delega à pessoa ou à assembléia que tem a função do legislador, permanece forçosamente circunscrito dentro dos mesmos limites que o poder que estas pessoas detinham no estado de natureza antes de se associarem em sociedade e a ele renunciaram em prol da comunidade social. [...] Segundo: O legislativo, ou autoridade suprema, não pode arrogar para si um poder de governar por decretos arbitrários improvisados, mas se limitar a dispensar a justiça e decidir os direitos do súdito através de leis permanentes já promulgadas e juízes autorizados e conhecidos.³⁵

É exatamente em Locke que surge a possibilidade de limitação do poder, sendo que “ [...] (3) o poder supremo é conferido à sociedade ou comunidade e não

³³ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Petropólis: Vozes, [s.n.], p. 72. Livro Digital disponível em: http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf

³⁴ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Petropólis: Vozes, [s.n.], p. 74. Livro Digital disponível em: http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf

³⁵ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Petropólis: Vozes, [s.n.], p. 72. Livro Digital disponível em: http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf

a qualquer soberano; (4) o contrato social através do qual o povo “consente” o poder supremo do legislador não confere a este um poder geral, mas um poder limitado e específico e, sobretudo, não arbitrário;”³⁶

É nesse pensador que ocorre o fundamento da limitação do poder de alguma forma. A partir da “doutrina do contrato social tornou-se um importante componente teórico para os revolucionários de então. A reivindicação de uma Constituição embasava-se exatamente na tese de que o contrato social encontra sua explicitação na Constituição”.³⁷ Portanto, observa-se a necessidade de construir algum instrumento que pudesse conter o arbítrio de qualquer poder, com intuito de manter a sociedade política coesa e garantir direitos. Surge então o constitucionalismo, instrumento dessa limitação.

2.2 A função da Constituição no Estado de Direito como controle do Poder Soberano

Nesse contexto de efervescência teórica e mudanças sociais e culturais do início da modernidade é que ocorrem as Revoluções Liberais do século XVIII, no qual pretendia que poder do monarca, ou seja, o poder estatal fosse limitado. Essa restrição do poder absolutista ocorreu por meio da instituição da Constituição,³⁸ sendo que o constitucionalismo moderno que traz à tona a Constituição como entendida hodiernamente³⁹ surge com os franceses e americanos, através da Revolução Francesa de 1789 e a Constituição Americana de 1787, respectivamente.⁴⁰

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 73.

³⁷ STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 401.

³⁸ “Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mãos se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-a como poder legal-racional, sustentando em uma estrutura normativa a partir de uma “Constituição” – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 51.

³⁹ “Trata-se de um “conceito ideal” de constituição, em sentido jurídico, imposto desde o advento do constitucionalismo moderno, que reconhece como elementos materiais de um texto constitucional: sistema de garantias (liberdades públicas); princípio da divisão de poderes (no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estatais) e a constituição deve ser escrita”. SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROS, Renata Furtado de. *Limites Constitucionais do Ativismo Judicial*. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coords). *Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 158.

⁴⁰ “Se a noção de que certas leis se distinguem das demais pelo seu objeto especial – a organização do próprio poder – pode retroagir a pensadores e práticas da Antiguidade, a ideia de

O sentimento constitucional remonta, pois à visão liberal-burguesa do século XVIII, que, além da luta contra o arbítrio, reivindicava direitos fundamentais impregnados em declarações de Direito, acopladas aos textos constitucionais, em busca de uma ordenação racional e permanente, pautada em convivência política.⁴¹

A Revolução Francesa de 1789 e a Constituição Americana de 1787, inauguram uma nova fase do Estado, o Estado Liberal que reconfigura a noção anterior do Estado Absolutista.⁴² É com a implementação do constitucionalismo liberal que esse novo modelo de estatalidade é gestado e é implementado seu principal objetivo, que era o controle do poder.

O estado de direito (o estado de direito liberal) foi a bandeira da burguesia na luta contra o estado aristocrático-absolutista, foi um instrumento de que, em dado momento histórico, a burguesia revolucionária se serviu para conseguir o controle do poder político, afastando da esfera do poder as velhas classes dominantes do feudalismo.⁴³

Veja que desde Locke e mais tarde Montesquieu, havia um pensamento de limitar-se a *potestas* do Estado, ou seja, o Soberano. Os autores já elencavam os perigos da concentração em uma só pessoa do mando no Estado, sendo que para o Locke o poder arbitrário absolutista emanado de qualquer ordem, não é compatível com a finalidade com que as pessoas se uniram para a construção do contrato social, ou seja, a preservar suas vidas, liberdade e bens.

O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submetiam à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas

Constituição, como veremos hoje, tem origem mais próxima no tempo e é tributária de postulados liberais que inspiraram as Revoluções Francesas e Americana do século XVIII". Ver: MENDES; BRANCO (2014, p. 39).

⁴¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROS, Renata Furtado de. Limites Constitucionais do Ativismo Judicial. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coords). *Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 162.

⁴² “[...] a expressão do Estado Moderno, vamos observar que a estratégia de construção da norma forma estatal, alicerçada na ideia de soberania, vai levar à concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, o que vai originar as chamadas *monarquias absolutistas* [...]”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 45.

⁴³ Nunes, António José Avelãs. *As Voltas que o Mundo dá*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20.

vidas, liberdades e bens; e graças a regras que definissem expressamente o direito e a propriedade.⁴⁴

Portanto, contrário ao arbítrio da Coroa Inglesa ou do Monarca despótico, que ocorrem as revoluções americanas e francesas, respectivamente. A primeira buscava essencialmente a liberdade de sua Coroa que intervinha demasiadamente em assuntos americanos. A segunda tinha a finalidade à igualdade, um tratamento equânime entre os indivíduos.

Na França é estabelecida a queda da monarquia absolutista, na qual o poder era emanado de só, o monarca, com sua legitimação advinda de uma autoridade divina e o qual criava a lei, mas não era submetida a esta. Fruto das ideias iluministas a revolução trouxe o ideal de governo do povo que não necessite ficar submetido ao poder de um rei.

O objetivo era a implementação da República,⁴⁵ no qual a administração do Estado seja efetivada “pelo povo para o povo”, garantindo à lei a regência desse modelo estatal. A partir dessa lei há uma pretensão da limitação do poder estatal, em prol da garantia de liberdade do cidadão. Nesse sentido, ocorreu a construção da Constituição Francesa de 1791. Buscava-se então, um Estado que se abstinhasse de intervir na vida privada do indivíduo.

A nota central desse Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente a eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana.

⁴⁴ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Petrópolis: Vozes, [s.n.], p. 72. Livro Digital disponível em: http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf

⁴⁵ “Os institutos componentes da República são aqueles que propiciam a maior liberdade em circunstâncias igualitárias. A democracia direta, indireta e participativa, respeitando os Direitos Fundamentais da minoria, são componentes imprescindíveis na efetivação da res publica. A soberania popular marca a legitimidade do detentor do poder em instaurar e modificar a ordem constitucional do Estado em todos os seus aspectos. No entanto, ao poder soberano não é permitido violar os Direitos Fundamentais consolidados por lutas e reivindicações históricas. Assim, os Direitos Fundamentais/Humanos compõem os limites jurídicos dos direitos e dos deveres constantes na res publica”. MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A reorientação do princípio republicano a partir da solidariedade*, Brasil. 2011. 376 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2011, p. 17. A Constituição surge, com o Estado de Direito, como elemento garantidor das condições básicas dos direitos e garantias dos indivíduos. É o documento normativo fundamental que contém o núcleo das liberdades e da igualdade na polis. Todas essas instituições são revisitadas apenas para delimitar sua função em relação à res publica, ou seja, não serão invocadas outras questões polêmicas ou não passíveis de críticas.” MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A reorientação do princípio republicano a partir da solidariedade*, Brasil. 2011. 376 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2011, p. 17.

Ademais, as mudanças ocorridas no Estado e na forma de relação das pessoas com este, de súditos a cidadãos, é fruto do paradigma racional iluminista. Deve-se ter em conta que a partir do século XVIII o homem começa a se dar conta que pode ser sujeito de direitos e nesse paradigma são criados os primeiros pactos políticos, qual seja, as constituições do século XVIII e XIX.⁴⁶

Assim sendo, as constituições são pactos políticos sobre o modo que o Estado deve ser gerido e qual o caminho a ser trilhado, mas também é um instrumento jurídico de limitação de poder no qual até mesmo o soberano deve se vincular e as próprias garantias de direitos (naquele momento, direitos de cunho negativo) que devem ser garantidos.⁴⁷

2.3 O constitucionalismo como o aglutinamento dos aspectos políticos e jurídicos: os exemplos privilegiados do caso norte-americano e francês

Na Constituição há a imbricação do sentido político e o sentido jurídico, sendo um de lado uma questão político de promessas de futuro de nação, de organização do Estado e da relação entre ele e seus cidadãos. Por outro lado, o aspecto jurídico apresenta-se pela limitação do poder arbitrário de qualquer ordem e caráter de imposição das escolhas políticas que estão escritas na constituição.

O nascimento do sentido jurídico da Constituição se dá na Inglaterra a partir da Magna Carta, no qual o Rei João Sem Terra teve que abdicar do seu poder absoluto em favor dos barões de terras. No entanto, essa abdicção do poder não era fruto de uma formação de pensamento, mas gerado por uma situação pragmática.

A Constituição em sentido jurídico começa a aparecer na Inglaterra, na segunda metade da Idade Média, quando, na ocorrência de

⁴⁶ Entretanto, mesmo o cidadão obtendo ganhos com esse modelo de Estado, principalmente no aspecto dos direitos liberais, ainda carece de obtenção de benefícios sociais que poderiam gerar melhoria na qualidade de vida. Assim, algo novo surge no Estado a partir do séc. XIX e sobremaneira do séc XX, o caráter social e prestacional do Estado

⁴⁷ “A Constituição surge, com o Estado de Direito, como elemento garantidor das condições básicas dos direitos e garantias dos indivíduos. É o documento normativo fundamental que contém o núcleo das liberdades e da igualdade na polis.” MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A reorientação do princípio republicano a partir da solidariedade*, Brasil. 2011. 376 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2011, p. 17.

conflitos entre poderosos, se alega que os costumes antigos deveriam ter força de lei, impedindo decisões em sentido contrário.⁴⁸

A Inglaterra pode ser considerada o protótipo do constitucionalismo. Contudo, ainda lhe faltam certas características que somente foram implementadas no século XVIII, como por exemplo, a regulação da relação entre governantes e governados de forma organizada e o modo de como seria gestado poder.⁴⁹

Esse modelo normativo de constituição fica evidente na Revolução Americana e em toda edificação de supremacia constitucional construída posteriormente, no qual a Constituição como questão jurídica é apresentada. Havia a necessidade de um instrumento escrito pelo qual os direitos, principalmente a liberdade seria garantida. Eram os objetivos políticos da revolução postos na Carta Constitucional de 1786.

Quando os criadores dos Estados Unidos da América decidiram, em 1787, adotar uma Constituição escrita, que foi a primeira do mundo a ser posta em prática, visavam dois objetivos políticos fundamentais: a consolidação formal da independência e a implementação do regime republicano, mas com um componente jurídico igualmente: a afirmação de um Direito próprio, que seria a base da soberania do Estado e a expressão de um novo tipo de organização social.

⁴⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34. Ainda refere: “ Um ponto extremamente importante, que decorre dessas observações sobre a origem histórica da Constituição em sentido jurídico, é a constatação de que ela teve por base a realidade social e não uma doutrina política ou proposta de algum teórico. Evidentemente, fazem parte dessa realidade as crenças, o apego a determinados valores e os ideais, bem como as considerações racionais do povo e dos governantes, fatores que levaram à consolidação de certos costumes e à adoção reiterada de determinadas orientações na decisão dos conflitos. Assim, portanto, a Constituição autêntica em sentido jurídico não foi em sua origem nem deve ser em qualquer circunstância o produto exclusivo de decisões racionais, nem de comportamentos sociais espontâneos, materialmente determinados, nem apenas de opções de caráter moral, nem ainda de decretos governamentais arbitrários. Todos esses elementos, componentes da realidade exerceram e podem exercer certa influência, que será maior ou menor em cada circunstância”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

⁴⁹ Ressalta-se ainda que “É comum assinalar, na Idade Média, antecedente da moderna Constituição nas chamadas Leis Fundamentais. A essas leis fundamentais competia indicar o soberano e dispor sobre a sucessão do trono, além de assentar a religião do reino, regular temas relativos a moeda e à alienação de bens da Coroa. Eram leis que o rei não poderia alterar nem revogar, daí, na França, no século VI, distinguirem-se as leis do reino (as leis fundamentais) das leis do rei. Eram também leis fundamentais, estranhas ao domínio da vontade do soberano, as leis de natureza contratual, firmadas entre o rei e os estamentos, envolvendo limites ao exercício do poder (como a Magna Carta de 1215, que os barões impuseram ao rei João sem Terra). Tinham, pois, aspecto assemelhado aos da Constituição moderna, já que diziam que as estruturas do poder e eram reconhecidas como a ostentar uma força superior. Essas leis, porém, ao contrário do que preconizou o constitucionalismo compreendido nos quadros revolucionários do século XVIII, nem sempre eram escritas e não buscavam uma regulação extensiva e minucioso do poder. Tampouco, e até por isso, disciplinavam com pormenores as relações do governante com os governados”. MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

Influenciados, ao mesmo tempo, pelo desejo de independência política e pela crença na existência de direitos que, nascendo com o homem, são indispensáveis para a preservação da dignidade humana, os criadores da Constituição estadunidense tiveram consciência da necessidade e da possibilidade de consagrar num instrumento jurídico – a Constituição – os objetivos políticos.⁵⁰

Já o aspecto político foi bem enfatizado na Constituição Francesa de 1791, diferenciando-se do modelo americano, pois havia o objetivo de promover a mudança de regime político e a luta era fundamentalmente de organização do Estado e uma gestão estatal de forma mais igualitária.

A Revolução Francesa foi ruptural, pois representou a queda da Monarquia e advento da democracia. O povo chegou ao poder e desde logo projetou mudanças. Contudo, o aspecto político se sobrepôs ao aspecto jurídico. Assim, o poder do povo, que há pouco havia iniciado, foi destruído por ele próprio. A Constituição Francesa de 1791 não conseguiu proteger-se da vontade geral que a criou e em consequência manter a supremacia. Desse modo, na história constitucional francesa o país teve diversas Constituições e diversas Repúblicas. Não houve uma continuidade e sim uma guerra entre diferentes classes sociais, sendo o aspecto jurídico deixado de lado para que interesses de determinados grupos fossem implementados.

No entanto, o que em um primeiro momento poderia parecer certa superioridade de determinado grupo, era na verdade a destruição do ideal da democracia. O regime democrático não conseguia efetivar suas condições para um funcionamento eficiente. O que era eleito como prioridade/objetivo constitucional após um curto período era modificado, como se a constituição fosse mera vontade supérflua e pontual da nação.

Isso se deu devido à desconfiança para com o Poder Judiciário após a Revolução que há pouco se instalara. Os juízes pertenciam ao Velho Regime, não era possível dar-lhes poder e nem havia confiança para tanto. O direito não serviria para a construção de um novo regime, pois manteria o *status quo*. E essa ideia de

⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23. Refere ainda: “[...] Mas, embora persistissem essas graves restrições a direitos, houve consenso quanto à necessidade e à conveniência de um instrumento jurídico, a Constituição, que, definindo um novo sistema político, fosse reconhecida e respeitada como lei superior. Isso foi muito importante para que, daí por diante, as divergências políticas e os conflitos de direitos jamais fossem aceitos como justificativa para o abandono dos padrões jurídicos constitucionais”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

mitigação do Judiciário e do Direito perdurou até recentemente, fazendo com que a França tivesse passado por diversas rupturas.

Atuando em circunstâncias políticas diferentes, pretendendo também a mudança de regime político e a implementação de uma nova organização social, mas sem a necessária determinação, ou, possivelmente, sem que a relação de forças na Assembleia Nacional permitisse a completa substituição da ordem antiga, do chamado Antigo Regime, os franceses adotaram, em 1791, uma Constituição escrita, mas dando a ela o sentido predominante de manifesto político. [...] O fator político teve um peso muito forte nas decisões da Assembleia Nacional, e os que propunham a implementação de um regime democrático, fundado no Direito, tiveram de fazer sérias concessões, a tal ponto que a Constituição, inspirada em princípios republicanos, manteve a monarquia hereditária, embora monarquia constitucional vale dizer, sujeita a regras.⁵¹

Contudo, logo após a primeira Constituição francesa já ocorreu o embate entre o sentido jurídico e o sentido político da constituição. E desse conflito, a vontade política restou vencedora e tendo como consequência a mitigação de direitos.

O que se pode concluir é que a orientação adotada pelos franceses levou à definição de uma concepção política de Constituição, embora a forma seja de uma lei. Segundo essa concepção, que reflete a influência do liberalismo com as adaptações decorrentes da ascensão política da burguesia, as esferas pública e privada não se misturam, e uma nova Constituição deve afetar somente a organização política, mantendo-se as regras do setor privado. Para os defensores dessa concepção, a simples existência de uma Constituição já configura um padrão democrático, pela existência de regras de organização política e por permitir a clara identificação dos valores e objetivos que deverão ser predominantes. Os direitos fundamentais reconhecidos devem ser proclamados na Constituição, como sinal de bons propósitos, mas tal proclamação não tem força de obrigação jurídica para os governantes nem é suficiente como base para a reivindicação desses direitos por via judicial. A consequência é que a efetivação dos direitos fundamentais fica subordinada à aprovação de leis definindo direitos e obrigações, o que só ocorrerá quando a maioria governante considerar que é conveniente e oportuno, ficando tal decisão subordinada a critérios de conveniência política.⁵²

O confronto desses dois aspectos tem ocorrido por diversos momentos desde o constitucionalismo moderno, sendo que deste debate foi afirmada a força

⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

normativa da constituição. Entretanto, a ênfase de uma constituição dirigente e normativa aceita praticamente por todos os Estados (modernos)⁵³ ocorreu somente no decorrer do séc. XX, passados mais quase dois séculos do nascedouro do constitucionalismo.

O conflito entre direito e política é pratica recorrente na atualidade, sendo que por vezes a noção de supremacia constitucional resta esvaziada, visto o aspecto político se sobrepor ao aspecto jurídico e em consequência há sempre o risco da mitigação de direitos.

2.4 O Direito como regulador político: o nascimento incipiente e conturbado da Jurisdição Constitucional até o seu lócus privilegiado na democracia

O constitucionalismo nascido no século XVIII teve como papel principal, no seu primeiro momento, a limitação do poder do estado absolutista. Em seu primeiro momento, a limitação do poder ocorreu no liame do absolutismo que ainda vigorava, com o nascedouro da democracia moderna que era gestada.

Contudo, do controle do monarca absolutista passou-se a necessidade de limitar a própria soberania que havia derrubado esse poder. O Constitucionalismo é assim, a tensão entre com a democracia, sendo que aquele em tese seria o limitador do poder popular. Ali, a democracia nascida entra em choque com seu elemento principal, a de que democracia representava a vontade da maioria e assim, poderia tomar as direções da nação como bem quisesse.

Não haveria freios para essa democracia. As maiorias (pois, poderia haver a junção de pequenas maiorias num todo maior) impunham suas vontades na nação. Ocorre que, as vontades gerais são movidas por emoções e precisam de amarras. Esse poder democrático decorrente do povo precisa auto proteger-se da sua própria destruição.

Durante boa parte do século XX, a teoria constitucional discutiu se as amarras constitucionais ao exercício do poder político, ou, mais especificamente, se o controle de constitucionalidade de leis compatibiliza-se com o ideal de democracia.⁵⁴

⁵³ A expressão “moderno” é entendida aqui como um Estado Secular, no qual a lei que rege o Estado.

⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a Jurisdição Constitucional, In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). *Direito e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 201.

Devemos retornar historicamente ao início da jurisdição constitucional, pois nos Estados Unidos a supremacia constitucional surge desde logo sua Constituição. Já no ano de 1803, ocorreu o primeiro caso de controle de constitucionalidade de ato inferior a Constituição.⁵⁵ Portanto, desde o princípio houve um embate entre democracia e constitucionalismo. A própria noção de controle judicial, ou seja, do direito sobre os aspectos políticos soava com necessário. Ademais, nas terras norte-americanas não houve nenhuma ruptura considerável, visto que as treze colônias apenas queriam sua independência, mas sem nenhuma mudança social interna.

A diferença entre os dois (primeiros) modelos de constitucionalismo, americano e francês terá influência diretamente na forma de atuação Jurisdição Constitucional em nível máximo. Nos EUA, a Suprema Constitucional teve papel decisivo na condução de várias políticas nacionais de importantes temas nesses mais de 200 anos, como por exemplo, a questão de minorias (escravidão, aborto, casamento gay).

Essa questão histórica é consequência do debate e possível conflito entre constitucionalismo e democracia, sendo que a possibilidade de conciliação no Estado de Direito entre constitucionalismo e democracia demonstra perplexidades. Por exemplo, desde a construção da Constituição Americana em 1787 ocorre essa discussão, naquela época entre federalistas e democratas.

Assim, por exemplo, nos quadrantes culturais norte-americanos é conhecido o “cisma” entre os “constitucionalistas” (“*constitutionalists*”) e os democratas (“*democrats*”) para significar a opção preferencial a favor do Estado juridicamente constituído, limitado e regido por leis (“constitucionalistas”), ou o Estado constitucional dinamizado pela maioria democrática (“democratas”).⁵⁶

A partir desse embate, abordaremos exemplificamente o papel desempenhado pela Jurisdição Constitucional, em casos de repercussão de minorias (negros e homossexuais) que ingressaram no poder Judiciário estadunidense e a discussão do constitucionalismo vs. democracia. Deve ser

⁵⁵ “A primeira decisão no qual é explicitada a supremacia constitucional é a caso *Marbury v. Madison*, ocorrido em 1803, “quando o Juiz John Marshall declarou a supremacia da Constituição, que não poderia ser afrontada por um mero ato legislativo de cunho ordinário”. TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial*, Brasil. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2012, p. 13.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 98.

mencionado que obviamente durante esses mais de duzentos anos de atividade judicial a Suprema Corte Americana teve diversas fases, com seus momentos progressistas ou conservadores e nessas decisões sofreu fortes críticas do lado adversário.

Ressalta-se que alternância entre um Judiciário progressista ou conservador se dava por mudança, por vezes, de apenas um juiz. Se a presidência da nação mudava de partido político e surgindo alguma vaga na Suprema Corte que seria indicada pelo presidente, isto possibilitaria a alternância de um grupo de pensamento sobre outro que outrora fora majoritária. Portanto, haveria uma mudança de jurisprudência da Corte.

A mesma Corte que recentemente foi tida como progressista ao autorizar o casamento homossexual em 2015, em uma votação de cinco votos favoráveis contra quatro votos em todos os cinquenta estados americanos, é a mesma que autorizou a permanência da escravidão nos EUA no século XVIII. O caso **DRED SCOTT VS. SANDFORD (1857)** retrata bem a questão de uma visão do Judiciário de viés conservadora para aquela época e que permitiu a violação dos direitos da minoria negra, mesmo havendo lei nacional aprovada pelo Congresso Nacional proibindo a escravidão.

O caso evidenciava a luta de um escravo em ter sua liberdade. *Dred Scott* era escravo, cujo dono o transportou de um Estado onde a escravidão era permitida para outro no qual era proibida (de Missouri para Illinois). Anos após, Scott retorna ao Missouri com seu dono. Depois da morte de seu proprietário, o escravo processou a viúva requerendo sua liberdade.

Scott acreditava por ter vivido em um Estado livre, não deveria ser mais mantido como escravo. O processo foi ganho numa corte de Missouri em 1850, mas em 1852 a suprema corte estadual revogou a decisão. Ademais, a viúva casou novamente e Scott tornou-se propriedade legal do irmão dela, John Sandford.

Assim, Scott requereu novamente sua liberdade em 1854, processando agora Sanford num tribunal federal. Contudo, não obteve sucesso. Desse modo, o caso chegou à Suprema Corte. Os juízes entenderam que a mudança de Estado não o faria ser livre. Ademais, entenderam que Scott não era cidadão, pois era negro e não era cidadão,⁵⁷ pois “como fazia parte de uma ‘classe de seres subordinados e

⁵⁷ A decisão foi muito criticada e contribuiu para a eleição de Abraham Lincoln, que se opunha à escravidão, como presidente em 1860, apressando o início da Guerra Civil de 1861. *Dred Scott vs.*

inferiores’, incapazes de se associarem com a raça branca, ‘seja em relações sociais ou políticas’, não poderia buscar direitos em juízo”.⁵⁸

Além disso, a Suprema Corte declarou inconstitucional o ato do Congresso Nacional que proibia a escravidão no território cedido pela França. Para a Corte, a Constituição não autorizaria o Parlamento a restringir a escravidão violando o direito de propriedade dos escravagistas.⁵⁹ Assim, a escravidão estava constitucionalmente permitida em solo americano na visão do Judiciário.

Esse caso ficou marcado como uma mancha negra na história constitucional americana.⁶⁰ Somente algumas décadas mais tarde a Suprema Corte considerou essa decisão como incorreta e que sua decisão permitiu a discriminação e afronta a dignidade dos negros.

Entre essa inovação da jurisprudência para um ambiente mais progressista ocorreu devido tão somente a mudança da interpretação dessa mesma constituição. Contudo, há de se ressaltar que os avanços provocados pelo Judiciário futuramente podem sofrer revés, pois a mesma Corte progressista poderá rever direitos e mitigar o que já foi alcançado.

Já no modelo constitucional francês, a discussão entre diversas forças se dava, em regra até recentemente, no Parlamento. Era lá o local no qual as forças contrárias se enfrentavam. Obviamente que essa concepção democrática obteve ganhos, como o aumento de argumentos trazidos à esfera pública e o aumento da legitimidade da decisão proferida. Contudo, a possível inércia em impor limites ao jogo político apresenta um risco, que é o de deixar a mercê das minorias que não possuem força política ou apoio popular.

Essa questão polêmica da limitação da democracia, todavia, não possuiu uma evolução histórica e doutrinária sem sobressaltos, principalmente no continente

Sandford foi derrubado pela 13ª Emenda da Constituição, que aboliu a escravatura em 1865, e pela 14ª Emenda, que garantiu a cidadania aos antigos escravos, em 1868. *DECISÕES MARCANTES DA SUPREMA CORTE*. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/government/ch6.htm>.

⁵⁸ Streck, Lenio. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 490.

⁵⁹ Idem, *ibidem*.

⁶⁰ “Quando, em 1857, profere a Corte o famigerado aresto no caso *Dred Scott*, declarando a incapacidade *ad processum* do negro, por lhe falecer, de acordo com a Constituição, a cidadania, a imprensa antiescravista do Norte recebe tal pronunciamento com escárnio. Foi tão grande a perda de prestígio da Corte, que ela custaria a recuperar a confiança popular depois dessa decisão. No ano seguinte, eram apresentados ao Congresso, por deputados nortistas, malogrados projetos visando a enfraquecer a autoridade da Corte, pela revogação da 25ª Seção da lei Judiciária e a abolição de sua jurisdição nos *writs of error*, de Tribunais Estaduais. Dez anos depois, a 14ª Emenda Constitucional, definindo os cidadãos dos Estados Unidos, neles abrangeria os negros”. NEQUETE, Lenine. *O escravo na jurisprudência – Magistratura e ideologia no Segundo Reinado*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 1988. p. 123.

européu. A temática sobre o controle de constitucionalidade das leis por parte de um Tribunal Constitucional não ocorreu de forma. Exemplificamente, podemos citar o célebre debate ocorrido na primeira metade do século XX e buscava esclarecer sobre quem deveria ser o guardião da constituição, que teve como protagonistas Hans Kelsen e Carl Schmitt.

O embate ocorrido em nível teórico não se estendeu somente a este plano, mas representava o contexto histórico pré-segunda guerra mundial, entre o modelo de Tribunal Constitucional austríaco influenciado por Kelsen e o modelo proposto na Alemanha por Schmitt.

Schmitt escreveu no contexto da Alemanha destruída após a primeira guerra mundial e o crescimento da ideologia nazista. O autor, em sua obra *La defensa de La Constitucion*,⁶¹ elenca que se está diante de um Estado plural e nesse cenário somente um poder neutro poderia realizar a adequação da legislação ordinária com a constituição. Desse modo, utiliza-se da doutrina do poder neutral de Benjamin Constant para tecer seu argumento, sendo que é a partir dessa teoria que Schmitt afirma que cabe ao presidente do Reich a guarda da constituição,⁶² pois este estaria acima dos conflitos entre os poderes e manteria a imparcialidade, mantendo a neutralidade.⁶³

Schmitt ainda realiza a defesa de um Estado forte centralizado na figura do presidente, que desempenha a figura de liderança e centro da autoridade popular, contrapõe-se a qualquer representação plural da sociedade e compreende a política a partir da noção de adversariedade própria da relação amigo-inimigo.⁶⁴

⁶¹ SCHMITT, Carl. *La defensa de La Constitucion*. Madrid. Editora Tecnos, 1983.

⁶² “[...] a doutrina do *pouvoir neutre* do chefe do Estado! Essa fórmula de Constant torna-se, nas mãos de Schmitt, um instrumento capital para sua interpretação da Constituição de Weimar. Somente com esse auxílio ele consegue estabelecer que o *guardião da Constituição* não seja, digamos – como se deveria supor a partir do art. 19 -, o Tribunal Federal ou outro tribunal, mas sim apenas o presidente do Reich, e isso já com base na própria Constituição em vigor, e não, por exemplo, depois de uma reforma constitucional”. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 245.

⁶³ “Schmitt defende o presidente do Reich como verdadeiro guardião da Constituição, tecendo uma série de críticas ao tribunal constitucional desde a natureza de sua composição até a repercussão de suas decisões. ALVES, Adamo Dias, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Carl Schmitt: um teórico da exceção sobo estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 105, jul./dez. 2012. p. 247

⁶⁴ ALVES, Adamo Dias, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Carl Schmitt: um teórico da exceção sobo estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 105, jul./dez. 2012. p. 252.

Ao judiciário não caberia à proteção da Carta Magna, devido ao déficit político que possui e mesmo em contexto de um Poder Judiciário politizado, essa politização do jurídico seria prejudicial ao Tribunal. Ademais, o Tribunal ao controlar a constitucionalidade não resolveria a questão da pluralidade, não lograria êxito em manter a unidade e identidade⁶⁵ do povo alemão.

Desse modo, prega um controle de constitucionalidade centralizado, que esteja acima dos conflitos cotidianos presentes no Estado, sendo que postula uma decisão política.

Se inicialmente sua teoria busca fortalecer o presidente do Reich e a manutenção da Constituição de Weimar, serão suas ideias incorporadas pelo Regime Nacional-Socialista, no qual o aspecto político subjaz o aspecto jurídico. O *führer* será o guardião da constituição, sendo toda autoridade centralizada nele. É, portanto, um Estado centralizado e autoritário.

Kelsen rejeita as ideias de Schmitt, considerando até mesmo estranho um intelectual do porte dele acreditar válida a tese do poder neutral, visto este não ser capaz de ser qualificado com um poder sem nenhum tipo de interesse.⁶⁶ Acreditar que o presidente do Reich estaria imune da influência política e das disputas internas é confiar demasiadamente nele. Como indaga Kelsen, “como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de constitucionalidade?”.⁶⁷

Ainda, é função de um tribunal não vinculado ao Parlamento e nem ao governo a tarefa de verificar a compatibilidade da legislação ordinária com a

⁶⁵ “Para Schmitt, a palavra identidade é, pois, utilizável na definição de democracia porque designa uma identidade ampla, compreende governantes e governados, o povo caracterizado pela igualdade e a homogeneidade”. ALVES, Adamo Dias, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Carl Schmitt: um teórico da exceção sobo estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 105, jul./dez. 2012. p. 242-243.

⁶⁶ “O que me admira, porém, é que o mesmo escrito, que pretende restaurar a doutrina de um dos mais antigos e experimentos ideológicos da monarquia constitucional – a doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, de Benjamin Constant – e aplica-la sem qualquer restrição ao chefe de Estado republicano, tenha como autor o professor de direito público na Berliner Handelshochschule, Carl Schmitt, cuja ambição é mostrar-nos “o quanto mais formas e conceitos tradicionais estão estreitamente ligados a situações passadas, não sendo hoje mais nem sequer ‘vinho velho para odres novos’, mas sim apenas rótulos falsos e antiquados”, e que não se cansa de lembrar “que a situação da monarquia constitucional do século XIX, com sua separação entre Estado e sociedade, política e economia, encontra-se superada”. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 243.

⁶⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 242.

Constituição, pois não seria possível o próprio local no qual é exercido o poder se autocontrolar.

[...] o fato de que, caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a uma dos órgãos cujos atos devem ser controlados. [...] Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la.⁶⁸

Assim sendo, a incorporação da tese da guarida constitucional por parte do presidente, é uma importação indevida da ideia que surgiu com o fim de ser utilizada numa monarquia constitucional para uma república democrática, local o qual a legalidade deve ser o regente do Estado, limitando a atuação do governo e do Parlamento.⁶⁹ Pensar de modo diverso seria ameaçar a própria república, compreendida esta em um local no qual as vontades são baseadas na Constituição.

A busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinadas, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da mais legalidade da função estatal.⁷⁰

O ponto essencial que deve ser indagado é se os tribunais possuem a confiança de garantir a constituição ou deve ser retirado esse direito de controle, e isso seria “inútil procurar em Schmitt uma solução clara desse problema”.⁷¹ Em suma, a tese schmittiana alarga a competência do presidente do *Reich* e põe em risco a democracia.

[...] tal que este não escapa de tornar-se senhor soberano do Estado, alcançando uma posição de poder que não diminui pelo fato de

⁶⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240.

⁶⁹ “A tentativa de aplicar a ideologia de Constant ao chefe de Estado de uma república democrática torna-se particularmente discutível se estiver relacionada com a tendência de estender a competência deste último para ainda mais adiante do âmbito normal de atribuições de um monarca constitucional”. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 245-246.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 239.

⁷¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 250.

Schmitt recusar-se a designá-la como “ditadura” e que, [...] não é compatível com a função de um garante da Constituição.⁷²

E essa experiência de um poder centralizado foi levada ao nível prático, sendo que foi potencializada com o advento ao poder de Hitler, sendo efetivada a teoria construída no sentido que o *Führer* seria o interprete da Constituição. Assim, a vontade política se sobrepõe a Constituição, ou seja, a política que dá os rumos ao jurídico.

No presente volume, pode-se ver como o nacional-socialismo recusou com extremo radicalismo as restrições (a certeza, portanto) do direito positivo, para substituí-las pela flexibilidade, levada até o extremo arbítrio, através da remissão à vontade do *Führer*, encarnação e intérprete do espírito do povo (*Volk*) alemão. Aquele espírito “popular” possuía uma conotação racista, que a acepção nacional-socialista daquele termo – *völkisch* – hoje deixou de ser usada na língua alemã, salvo nos discursos de história política.⁷³

O regime destituiu de normatividade a Constituição de Weimar, servindo de trampolim para autoritarismos. Ainda, houve a inércia do Judiciário que naquele momento negligenciou-se em combater o regime nacional-socialista, pois boa parte dos juízes admirava na época o sistema que estava se instaurando.

O modelo de Estado Social de Weimar durante toda sua existência não teve a força almejada. Podemos constatar que na Alemanha mesmo com a constituição progressista, o regime autoritário conseguiu se instalar e realizar a barbárie, pois houve um esvaziamento da legalidade instituída.

A polêmica se instaurou na dogmática alemã, que analisava as mudanças ocorridas na natureza e fins tradicionais do Estado de direito e a metodologia adequada para compreendê-la. Schmitt, ao interpretar a Constituição de Weimar, procurou delinear uma separação entre a constituição, enquanto forma jurídica do Estado e o funcionalismo político de poder, esvaziando o conteúdo da pretensa dimensão social do *Sozialer Rechtsstaat*. Seu discípulo Forsthoff desenvolveu essa tese, à luz de perspectiva técnico-jurídica, inadmitindo a noção de Estado social de direito, que implicava a conciliação de duas ideias antitéticas: o elemento definidor de Estado de direito surge vinculado à constituição, ao

⁷² Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 246.

⁷³ Losano, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, v. 2, p. XXV.

passo que a função social se atrela às tarefas próprias da Administração.⁷⁴

Isso se deve às classes conservadoras, incluindo os juízes, não possuíam gosto pelo Estado Social de Direito, pois advinham de classes abastadas da população. Assim, somado a ideologia contra o modelo de Estado vigente, juntamente com a elaboração doutrinária do exaurimento da Constituição de Weimar, instalou-se o Estado Nacional-Socialista.⁷⁵

Houve toda uma construção realizada pelo regime para que a lei fosse relativizada e desse margem a atuação do juiz no caso concreto. Os juízes como não possuíam admiração pela República de Weimar relativizam a aplicação da lei e, assim, o regime poderia implementar seu programa.

Assim, para Carl Schmitt, o jurista número um do nazismo, “a ficção da vinculação normativista do juiz a uma lei se tornou retórica e praticamente insustentável em campos essenciais da vida prática do Direito. A lei não pode proporcionar a calculabilidade e segurança que, segundo o pensamento jurídico-estatal, pertence à definição da lei”. Nesta ótica, é preciso, para o nazismo, abandonar o formalismo e assegurar um Direito concreto. Pois é necessário, segundo Hitler, “que o Direito seja valorado novamente, não seguindo o critério do pensamento liberal, mas de acordo com as pautas da natureza”. Ou seja, a vontade política é superior à lei para Hitler (cf. Garzon Valdes, *Derecho y Filosofia*, pp. 12-13).⁷⁶

⁷⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROS, Renata Furtado de. Limites Constitucionais do Ativismo Judicial. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coords). *Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 165.

⁷⁵ “Ao final da guerra, Radlbruch atribuiu ao positivismo jurídico a maciça defecção dos juristas: esse positivismo teria habituado os juízes a obedecer às leis sem se interrogarem sobre o valor da justiça. Tal justificativa revelou-se equivocada. Na verdade, os juízes nomeados na época imperial nunca haviam aceitado o socialismo da república de Weimer e, portanto, logo se alinharam ao partido nacional-socialista, que garantia o retorno à ordem e à tradição”. LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, v. 2, p.186.

⁷⁶ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003, p. 89. “Como todo movimento revolucionário, o movimento nacional-socialista encontrou no direito preexistente um obstáculo à tomada do poder. Procurou, portanto, esvaziá-lo dos conteúdos não desejados, à espera de poder substituí-lo com normas fundamentais em sua própria ideologia. À diferença, porém, de outros movimentos revolucionários, o nacional-socialismo não substituiu um ordenamento jurídico velho por um novo, mas destruiu o direito herdado do império alemão e da república de Weimar, esvaziando as velhas normas e impelindo os juízes a preencher esse vazio jurídico com as diretivas do partido-Estado, que podia, assim, agir com vínculos. Do ponto de vista da teoria do direito, o nacional-socialismo foi, portanto, um movimento antipositivista e anti-sistemático: o direito vigente devia ser mudado, e as partes mudadas não deviam ser influenciadas por aquelas remanescentes à revolução”. LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, v. 2, p. 187.

Mário Losano afirma, corroborando com a colocação anterior, que para o regime não era importante novas leis e sim, que os juízes aplicassem a ideologia do partido.

Ao nacional-socialismo não servia, portanto, uma total renovação legislativa; bastava-lhe uma classe de juízes condescendentes, que interpretassem de modo novo as normas preexistentes. O problema da aplicação do direito e da interpretação da norma esteve, por isso, no centro de um debate jurídico que na realidade era a expressão setorial de um violento confronto político geral.

Com o direito nacional-socialista, não apenas se vai além do debate sobre a sistematicidade do direito, mas se ultrapassam também os extremos limites traçados pelo jusliberalismo: o espaço de movimento é o de não-norma politicamente cogentes, ou de normas não necessariamente vinculantes para o juiz. Atingira-se, assim, não o objetivo do jusliberalismo mais exacerbado, mas seu contrário: o juiz era desvinculado da lei unicamente para poder ser absolutamente subjugado à ideologia do partido no poder.⁷⁷

O intérprete autêntico da nação é o *Führ* e ele é o fundamento estatal. Assim, há uma destruição do Estado de Direito.⁷⁸ E os juízes que poderiam ter evitado essa questão pouco fizeram e aceitaram que as normas emanadas pelo regime deveriam ser aplicadas rigorosamente, mas quando necessário a decisão política deveria ser utilizada para que as normas fossem relativizadas.

Os juízes se viram, assim, na situação de atuar com dois tipos de normas. As emanadas pelo regime nacional-socialista deviam ser rigorosamente aplicadas, quase retornando ao tão criticado positivismo jurídico. Mas era apenas uma aparência, uma vez que também delas se devia desviar assim que a razão política o exigisse. As normas anteriores ao nazismo, ao invés, deviam ser aplicadas de modo frequentemente contrário à sua própria letra, corrigindo-as com o recurso ao “pensamento por ordenamentos concretos”, ao “bem comum”, à “boa-fé”, ao “são sentimento popular” e à vontade do *Führer*. O direito perdia então qualquer certeza. Não obstante essas possibilidades de “interpretação ilimitada” a favor da ideologia

⁷⁷ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, v. 2, p. 188.

⁷⁸ “Todavia, com base nessa tradição autoritária, o ordenamento nacional-socialista levou às extremas consequências a aceitação da desigualdade humana. Embaixo, os não-homens, que não têm nem mesmo o direito de viver; no vértice, o *Führer*, que tudo pode. O *Führer* torna-se, por isso, o fundamento do Estado. O Estado é regido não mais pelo respeito do direito, mas pela vontade do *Führer*. Mais adiante será visto como essa concepção destruiu o Estado de Direito e como os juristas alemães passaram do positivismo jurídico ao *Führerpositivismus*. Inicialmente, deve todavia ser reconhecido que essa concepção está em contraste com a teoria – ainda que nacional-socialista – da comunidade popular (*Volksgemeinschaft*), entendida como fonte do ordenamento jurídico nacional-socialista. Na realidade, a comunidade é o fundamento de tudo, mas nada decide. Seu autêntico intérprete é o *Führ*, o *Duce*, cujas decisões não podem estar erradas LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, v. 2, p. 202.

nacional-socialista, no decorrer dos anos espaços cada vez mais amplos foram subtraídos a essa já claudicante tutela e confiados diretamente ao arbítrio de várias polícias e do próprio partido nacional-socialista. Ao lado do Estado formal ia-se desenhando assim uma organização paralela, inteiramente submetido ao partido: era o “duplo Estado” (*Doppelstaat*) da qual já em 1941, do exílio, o jurista democrático Ernst Fraenkel (1898-1975) havia traçado um dramático quadro, realista e ao mesmo tempo profético.⁷⁹

É facilmente percebível que o interesse político se sobrepôs ao caráter jurídico. Diante desse cenário, a vontade popular conduzida por um líder que seria o “autêntico intérprete” da nação destituiu direitos, gerando as atrocidades humanas. Seja na Alemanha nazista ou na França pós-revolução liberal, a mitigação de direitos causada pela ausência de normatividade jurídica, é a geradora da constante tentativa de vilipendiar a democracia, pois os direitos não têm preferência, estabelecendo um constante risco.

Sejam quais forem as justificativas, o fato é que “sacrifício do Direito” em favor do político foi incorporado ao novo sistema e deu à Constituição o papel de instrumento de expressão da vontade e dos interesses da corrente política predominante. Embora declarando direitos e fixando normas jurídicas, a Constituição passou a ser utilizada como uma espécie de manifesto político, que se substitui e se modifica segundo as conveniências de quem detiver o poder superior. Na substituição da Constituição e na introdução de emendas para atender aos interesses dos governantes muitos direitos serão sacrificados, mas quando predomina a concepção política da Constituição isso é normal, pois o respeito aos direitos não é prioridade.⁸⁰

O exemplo histórico alemão e as nefastas consequências decorrentes disso, serviu para impor à Constituição o caráter jurídico e vinculante a todas as esferas e a todas as normas. Além disso, conferiu a vitória do debate a Hans Kelsen, consolidando o entendimento que a tarefa de guarda da Constituição é atributo dos tribunais, posto que seu papel primordial é o controle dos atos voluntaristas que estejam em confronto com a Constituição, sendo esta uma função imprescindível para a manutenção da democracia.

Assim, a ideia aceita majoritariamente (pelo menos no ocidente), é a de que a própria constituição democrática é que irá impor os freios à própria democracia. No

⁷⁹ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, v. 2, p. 205-206.

⁸⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

entanto, como trabalhado acima, essa noção inicialmente fora demasiadamente fraca e permitirá atrocidades e quedas de regimes democráticas até durante o transcurso do século XX. Somente após o segundo pós-guerra é que a noção de constitucionalismo é petrificada e obtém força vinculante da atuação dos Estados e do próprio poder político, não podendo estes ter livre disposição dos seus atos.⁸¹ A vinculação ocorre pela própria vontade geral que é formadora da Constituição.

É nesse contexto que surge um novo papel da Jurisdição Constitucional no paradigma de uma Constituição normativa, dirigente e vinculante que refunda os Estados após os períodos de totalitarismos e ditaduras. É diante dessa conjuntura, que se torna necessário teorizar o modo de como ocorre a atuação, principalmente dos tribunais constitucionais, visto que assumem o papel de controle do poder dos demais poderes, mas que também devem agir com autocontrole e não invadindo de forma predatória a seara alheia.

⁸¹ “Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade da lei. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Orgs). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 56.

3 A NOVA FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PÓS SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E SUA RELAÇÃO COM A POLÍTICA

O papel do Poder Judiciário passou por diversas fases, mas principalmente após a 2ª Guerra Mundial, assume sua mais relevante atribuição: a de controlar os atos predatórios a Constituição e a própria democracia, pois estas estão ligadas umbilicalmente, vinculando normativamente todos os Poderes Republicanos. Todavia, é necessário esclarecer como ocorrerá essa atuação, visto que sempre é corrente o risco de guardião constitucional se sobrepor as suas amarras e se tornar senhor soberano da República.

Como já alertava Hamilton, ainda no século XVIII, sobre a ameaça do papel da jurisdição constitucional quando os tribunais por sua vontade enfraquecem a deliberação ocorrida no espaço público.

Não será demais temer que as cortes, sob o pretexto de não gostarem de determinada lei, decidam, a seu bel-prazer modificar as intenções do legislador. Isto poderia acontecer tanto no caso de leis conflitantes como em cada aplicação de uma lei. As cortes devem esclarecer o sentido do disposto legal e, se tentarem substituir “julgamento” por “vontade”, as consequências serão as mesmas da predominância de seus desejos sobre os dos julgadores. Se tal procedimento fosse válido, não seria necessário que os juízes deixassem de pertencer ao Poder Legislativo.⁸²

Assim, é imprescindível esclarecer a relação do direito com a política, ou seja, da jurisdição com a democracia, expondo a tese procedimentalista e substancialista, paradigmas opostos, mas que convergem na necessidade da manutenção da política como epicentro democrático e pregam uma prática judicial limitada.

3.1 O Direito como procedimento imprescindível na mediação dos aspectos políticos na Teoria do Discurso Habermasiana

Diante do debate frequente na teoria do direito da função que é reservada ao direito numa democracia constitucional, aliada a um número cada vez maior de

⁸² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1984, p. 579.

casos de ampla repercussão que foram decididos pelo Judiciário, no qual o debate por vezes é baseado em valores e na moralidade pessoal do julgador, faz-se necessário repensar o modelo democrático. E assim o faz Habermas, debatendo os modelos normativos de democracia e propondo outro modelo para que as decisões, por exemplo, desses temas supracitados, sejam racionalizados na esfera pública, local legítimo dos debates republicanos.

Há três modelos normativos de democracia destacados por Habermas.⁸³ O autor utiliza como exemplo os Estados Unidos, local onde os dois modelos, liberal e republicano estão bem delineados. Ainda por último, Habermas propõe o modelo deliberativo. Essas três vertentes de modelos democráticos são maneiras diferenciadas de como a concepção política interage com a sociedade e vice-versa.⁸⁴

No modelo liberal a participação política ocorre de uma maneira limitada, sendo que a relação entre os indivíduos e o Estado é regida pelo mercado. O indivíduo não possui tempo e nem disposição para assumir um papel de destaque na discussão política das decisões da nação. Assim, não há um cidadão virtuoso, mas somente um cidadão com sua vida rotineira. Já na esfera pública a discussão será regida com forte contribuição do mercado. É este que ditará os objetivos que serão definidos pelas suas próprias leis financeiras, ditando o que os representantes devem buscar na sociedade, pois ausentes valores intrínsecos de regência comunitária, sendo que a política será regida pela economia.

Diante desse contexto, a participação do cidadão se limita na votação em determinada periodicidade em representantes eleitos para que estes deliberem politicamente os aspectos relevantes da população. Desse modo, é entregue uma autorização aos legisladores em tratar das questões. Toda a questão política é trabalhada em uma relação de representantes e representados. Não necessariamente o cidadão não participará de maneira alguma das discussões públicas, no entanto, não será essa sua prioridade. Sua vida girará em realizar os objetivos da sua vida privada. Assim, o Estado deve abster-se de intervir na esfera pessoal do sujeito e deve-se organizar funcionalmente para que não o faça. Além disso, as decisões coletivas não devem se basear em noções de vida boa,

⁸³ HABERMAS, Jurguen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002. Em especial o capítulo 9.

⁸⁴ A diferença decisiva reside na compreensão do papel que cabe ao processo democrático". HABERMAS, Jurguen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 269.

defendendo a prioridade da ideia do justo sobre o bem.

Já no modelo republicano, a compreensão da democracia assume caráter oposto, sendo que o cidadão delibera sobre as questões comunitárias de modo a atuar exaustivamente na arena pública. São as próprias pessoas que se autodeterminam e deliberam suas próprias questões. Nessa concepção, a liberdade está ligada ao exercício da cidadania ativa na prática política. O modelo de cidadania não está baseado nas liberdades negativas, mas nas liberdades positivas a fim de que participem da prática comum, sendo responsáveis politicamente por suas deliberações. Há uma radicalização da soberania popular, sendo que não pode ser delegada. Não há necessidade de representantes, visto que o cidadão por si debaterá o que é melhor para a comunidade. Este, através de suas virtudes, alcançará o bem comum para a comunidade. “O ponto central da tese republicana é a recusa a uma concepção atomista de sociedade e a exigência de que seus membros estabeleçam laços de identidade e comunidade entre si”.⁸⁵ Nesse modelo, o Estado promoverá políticas para que o cidadão seja incorporado na esfera pública.

Desse modo, trata-se de um exemplo virtuoso no qual o indivíduo participa de modo proativo e que se sente responsável pelos rumos da nação. O cidadão não participa somente por meio de eleições, afastando-se para sua vida particular entre os sufrágios, mas sua vida particular confunde-se com as atividades políticas.

Esses modelos clássicos de democracia são extremamente opostos, mas que podem ser visualizados no modelo norte-americano. Assim, por representarem lados extremamente estanques, Habermas dialogando com os modelos citados, apresenta um terceiro modelo, o paradigma discursivo de democracia.

O modelo procedimental parte da Teoria do Discurso, que une características dos dois modelos, sendo construído com as contribuições benéficas desses exemplos com o fim de criar um modelo ideal de democracia. A teoria discursiva é um modelo procedimental de democracia. A relação entre os indivíduos ocorre por meio do procedimento que a todos é imposto para a participação na arena política. Almeja-se a reconstrução do ponto de vista imparcial no qual é possível fundamentar racionalmente as decisões coletivas. Dessa forma, “são consideradas válidas as normas de ação os quais os concernidos podem dar o assentimento na qualidade de

⁸⁵ VITALE, Denise; MELO, Rúrion Soares. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). *Direito e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 238.

participantes de discursos racionais”.⁸⁶ Baseia-se no procedimento de como racionalizar de forma igualitária a comunicação entre os falantes.⁸⁷

A teoria do discurso, que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente a pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático. A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito. Ela não opera por muito tempo com o conceito de um todo social centrado no Estado e que se imagina em linhas gerais como um sujeito acional orientado por seu objetivo. Tampouco situa o todo em um sistema de normas constitucionais que inconscientemente regem o equilíbrio do poder e de interesses diversos de acordo com o modelo de funcionamento do mercado.⁸⁸

Nesse contexto de deliberação política procedimental, o direito assume um caráter essencialmente de intermediação, não possuindo a pretensão de avaliar qualitativamente as políticas impostas pelo legislador.

Ao contrário do que pensa o neoliberalismo, as limitações impostas à política pela forma do direito são de tipo estrutural, não de tipo quantitativo. A qualidade de programas políticos pode, inclusive, sobrecarregar o médium do direito, quando o processo político fere as condições procedimentais de normatizações legítimas, diferenciadas nos princípios do Estado de direito, em última instância, quando atinge o processo democrático da estruturação política autônoma do sistema de direitos.⁸⁹

⁸⁶ VITALE, Denise; Melo, RÚRION Soares. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). *Direito e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 235.

⁸⁷ “Não obstante, em Direito e Democracia, Habermas rompe com a tradição liberal e não mais afirma a neutralidade ética do Estado Constitucional, mas destaca que questões ético-políticas passam a permear os processos de deliberação discursiva”. BUNCHAFT, Maria Eugenia. Direitos fundamentais e democracia: Um diálogo entre habermas e Nino. *Direitos fundamentais & justiça* -ano 5, nº17, p.244-270, out./dez. 2011, p. 252.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 280.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol II, p. 171.

De tal modo, é essencial a mediação do poder político pelo direito na Teoria Discursiva, com o intuito de propiciar segurança ao embate político, ou seja, garantir a institucionalização do procedimento entre todos os envolvidos, efetivando a racionalidade da comunicação entre estes.

De um lado, a teoria do direito, fundada no discurso, entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação política do direito.⁹⁰

Desse modo, o papel da Jurisdição procedimental não será o de concretizar direitos ou de valorar as práticas políticas,⁹¹ mas de assegurar as regras do jogo democrático, sendo que na ocorrência de um caso de uma violação da deliberação equânime e racional das partes, poderia o Judiciário intervir para que fosse alcançado um procedimento correto, no qual nenhuma parte fosse subjugada.⁹²

Sua preocupação volta-se ao procedimento de deliberação e de tomada de decisões: as regras do discurso e das formas de argumentação – e não mais direitos fundamentais universais ou a vida ética concreta de uma determinada comunidade – serão o contexto privilegiado para o exercício da razão prática.⁹³

Deste modo, a teoria discursiva habermasiana enfatiza a maneira como os direitos são implementados na democracia, enfrentando diretamente o modo da ocorrência do debate que devem ser fruto somente de uma deliberação que ocorre numa arena de debate político. Ademais, é contrário a tese que os direitos fundamentais são efetivados por uma jurisdição constitucional substancial, a qual

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol II, p. 181.

⁹¹ “De todo modo, releva registrar, desde já, que, embora autores como Habermas sustentem o caráter não corretivo da moral e apostem em um elevado grau de autonomia do direito, o caminho para a concretização de direitos não passa pelo Poder Judiciário ou pela justiça constitucional, ao menos nos moldes como apregoam as posturas substancialistas”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 151.

⁹² “A jurisprudência constitucional exigida por Habermas é aquela que impõe uma forma deliberativa de formação da vontade política. Assume, nos termos de Habermas, um papel de “tutor” do processo político, assegurando canais processuais adequados à decisão política racional, não de “regente”, que avoca para si uma responsabilidade paternalista de promover as condições éticas de convivência da comunidade”. SILVA, Virgílio Afonso; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a Jurisdição Constitucional, In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). *Direito e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 209.

⁹³ ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). *Direito e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180.

decidiria valorativamente qual direito deveria ser concretizado em determinada comunidade social.

3.2 A Crítica Hermenêutica do Direito e a compreensão de uma Jurisdição substancial e adequada à constituição

A vertente oposta ao procedimentalismo, que foi exposta pela contribuição habermasiana, é uma compreensão substancial da jurisdição, tendo como epicentro da interpretação a Constituição e é a partir dela que devem ser concretizados os direitos fundamentais. Além disso, é inserido a filosofia no direito, no qual o paradigma é intersubjetivista, não aceitando mais posturas decisionistas por parte do julgador.

A *Crítica Hermenêutica do Direito*,⁹⁴ fundada por Lenio Streck, está centrada na realização de uma reflexão de caráter abrangente, considerada inovadora por diversos motivos. Primeiro, por consistir numa ruptura com o dogmatismo, através da afirmação de uma hermenêutica crítica na interpretação/aplicação do direito (na superação do que ficou conhecido por “senso [ou sentido] comum teórico dos juristas”⁹⁵). Segundo, por fomentar a existência de uma filosofia *no* direito, a partir da incorporação dos aportes da filosofia hermenêutica (de Martin Heidegger) e da hermenêutica filosófica (de Hans-Georg Gadamer). Terceiro, por agregar a tudo isso a construção de uma *Teoria da Decisão Judicial*, elaborada com fundamento na proposta do jurista norte-americano Ronald Dworkin.⁹⁶

É nesse contexto que se coloca a Crítica Hermenêutica do Direito, que é uma espécie de cadeira assentada entre o paradigma objetivista clássico e da filosofia da consciência. Fundamentalmente, a Crítica Hermenêutica do Direito move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é

⁹⁴ Consolidada no início do século XXI, a Crítica Hermenêutica do Direito introduz, no pensamento dogmático que interpreta a Constituição, um movimento em que essa já é condição existencial de qualquer ato interpretativo. Desse modo, dissolve-se a falsa ideia de autonomia que a dogmática jurídica atribui ao Direito. Ao incorporar a fenomenologia hermenêutica para a interpretação dos problemas jurídicos, a Crítica Hermenêutica do Direito acaba por compreender a interpretação jurídica como um ato de atribuição de sentido, encontrando limites na tradição ou na história institucional. Os juristas encontram-se mergulhados na intersubjetividade no qual os sentidos se dão. Diante desta base teórica, é possível pensar um direito para além da discricionariedade judicial.

⁹⁵ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁹⁶ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), *onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido.*⁹⁷

A principal finalidade desse marco teórico é a pretensão que as respostas do poder judiciário sejam adequadas à constituição, ou seja, decisões de princípios. Não se coaduna com interpretações de total liberdade do julgador de atribuir sentido de forma arbitrária ao mundo, mais especificamente ao empreendimento jurídico. Busca-se concretizar uma teoria da decisão que respeite a democracia e que efetive a responsabilidade política dos julgadores – *accountability*, de prestação de contas destes à sociedade política.

A Crítica Hermenêutica do Direito introduz, no pensamento dogmático que interpreta a Constituição, um movimento em que essa já é condição existencial de qualquer ato interpretativo. Desaparecem, assim, no horizonte novo que Streck extrai da fenomenologia hermenêutica, primeiro a falsa autonomia que a dogmática jurídica atribui ao direito constitucional.⁹⁸

A CHD trabalha a partir do método fenomenológico-hermenêutico. Há de se ressaltar que este método não é aquele da modernidade, sempre acabado e definitivo, mas sim, o que aponta para a fenomenologia, compreendido, assim, como um modo de filosofar (“método”).

O “método” (fenomenológico), que possui como núcleo a afirmação de Heidegger de que “por encima de la realidad está la *posibilidad*”⁹⁹, é desdobrado por este filósofo em três elementos: *a)* redução; *b)* destruição; *c)* construção. Na verdade, estes três “momentos” representam estratégias da fenomenologia hermenêutica, pelas quais é problematizado o sentido do ser de algo.

Baseado nesses três momentos, o método busca revolver o “chão linguístico” que sustenta a tradição, possibilitando a desconstrução e reconstrução da “história institucional” dos institutos a fim de livrar o fenômeno se mostre livre de impurezas, visto que impurezas semânticas sempre estarão presentes.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 12.

⁹⁸ STEIN, Ernildo. Novos caminhos de uma filosofia da constitucionalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 16.

⁹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Tradução de Jorge Eduardo Rivera. Madrid: Trotta, 2003. p. 61.

A hermenêutica é uma teoria da interpretação. No entanto, não é somente uma teoria, pois sempre se refletiu acerca das possibilidades, regras e meios de interpretação para promover a *práxis*, ou seja, a aplicação.¹⁰⁰

A interpretação é algo que está sempre a caminho. Finitude do ser humano e do conhecimento. As experiências da interpretação afastam-se das pretensões de teorias das artes ou do espírito. Não se pode falar em texto totalmente elucidável. A hermenêutica está mais interessada nas perguntas do que nas respostas. Interpreta-se, assim, os enunciados como respostas a perguntas que tem que compreender, mas sempre ressaltando que não é possível interpretações solipsistas eivada de voluntarismos.

Para Dworkin uma interpretação é melhor que outra quando ocorre o ajuste adequado aos paradigmas que são compartilhados sobre esse mesmo conceito e consegue descrever essa prática de maneira mais coerente. Portanto, adequação social e coerência interpretativa são peças chave. Além disso, uma determinada interpretação não é melhor que outra porque é aceita por mais pessoas ou é fruto de uma convenção dominante, mas sim porque é apoiada por uma melhor justificação.⁹ Entretanto, até mesmo o conceito de melhor justificação é interpretativo. Note-se, contudo, que o próprio critério do que faz uma justificação melhor do que a outra é, ele mesmo, interpretativo, razão pelo qual jamais saímos completamente do “jogo da interpretação”.¹⁰¹

A questão interpretativa é relevante para a compreensão da caracterização da norma jurídica, sendo que esta será sempre objeto da interpretação do texto dado, questão essa que trabalhado por Friedrich Müller.¹⁰² Este lança um novo paradigma teórico e operacional do direito. Sua teoria consiste na aplicação do texto da norma ao caso concreto e o que isso resulta na norma.

Mas essa atribuição de sentido não ocorre de modo arbitrário, não estando à livre disposição ao interprete, como ocorre no paradigma do positivismo jurídico. A norma jurídica, diferente do que diziam os positivistas, não deve ser entendida como uma ordem abstrata daquilo que deve ser, nem como um juízo hipotético ou um ato

¹⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983. p. 57 e ss.

¹⁰¹ MACEDO JR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espino em movimento. In: Guest, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 8-9.

¹⁰² MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

de vontade carente de inteiro fundo material. O axioma, segundo o qual as decisões jurídicas podem ser deduzidas, em sua totalidade, do texto da norma. Isto é, de estruturas linguísticas, aplicando a lógica formal, introduz de improviso hipóteses que, em seu caráter de fontes de erro incontroláveis, precisamente porque não admitidas, põem em dúvida não somente a almejada auto-suficiência formalista do ideal positivista da aplicação jurídica, mas também a racionalidade e clareza metodológica da ciência do direito.¹⁰³

Assim, as posturas decisionistas não são concebidas nessa relação intersubjetiva. Essa é a contribuição da filosofia no direito e da exurgimento da constituição no epicentro interpretativo. É a partir dela que são instituídos os princípios que trazem a moralidade para dentro do direito e que efetivam a possibilidade de respostas adequadas à constituição.

Os princípios trazem a moralidade para dentro do Direito, mas a moralidade pública, de certa comunidade política, busca “extrair o melhor sentido moral das práticas jurídicas”.¹⁰⁴ Os princípios possuem certo DNA histórico e reportam a uma construção subjetivamente compartilhada, com pretensão de um dever ser. Não são meramente conselhos ou mandados de otimização. Funcionam no código lícito-ilícito. E caso assim não o fosse, seriam apenas um argumento retórico.

Um “princípio” [é] um padrão que deve ser observado, não porque ele promoverá ou assegura uma situação econômica, política ou social julgada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da imparcialidade ou de alguma outra dimensão da moralidade.¹⁰⁵

Diante dessa questão, a Jurisdição Constitucional é chamada a atuar de forma mais ampla por vários fatores. O primeiro, que é a causa desse contexto, é a atribuição da constituição como norma a partir do segundo pós-guerra, e assim, com

¹⁰³ “Essa análise demonstra que a norma jurídica, diferente do que diziam os positivistas, não deve ser entendida como uma ordem abstrata daquilo que deve ser, nem como um juízo hipotético ou um ato de vontade carente de inteiro fundo material. O axioma segundo o qual as decisões jurídicas podem ser deduzidas, em sua totalidade, do texto da norma, isto é, de estruturas linguísticas, aplicando a lógica formal, introduz de improviso hipóteses que, em seu caráter de fontes de erro incontroláveis, precisamente porque não admitidas, põem em dúvida não somente a almejada auto-suficiência formalista do ideal positivista da aplicação jurídica, senão também a racionalidade e clareza metodológica da ciência do direito”. MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 20).

¹⁰⁴ MACEDO JR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espino em movimento. In: Guest, Stephen. Ronald Dworkin. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 2.

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 22.

esse caráter normativo, vincula todo o Estado e impõe programas efetivos de futuro. Desse modo, o que está descrito na constituição obriga o Estado e ao cidadão, sendo obrigatório o seu cumprimento. Diante disso, os direitos descritos na Carta Magna assumem uma prescrição.

A noção de Constituição do Estado Democrático de Direito e da função da justiça constitucional como garantidora da força normativa *substancial* do texto constitucional está umbilicalmente ligada à noção de contrato social. Daí ser necessário advertir para o fato de que a Constituição, entendida como explicitação do contrato, não pode ser entendida (meramente) como um “contrato” que se estabelece como uma terceira coisa entre o Estado, o Poder, o Governo, com os destinatários; antes disso, *a linguagem constituinte passa a ser condição de possibilidade do novo*, na medida em que, na tradição do Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo não é mais o do paradigma liberal, mas, sim, passa por uma *revolução copernicana* (Jorge Miranda) mediante o constituir da Sociedade.¹⁰⁶

Lenio Streck, mesmo sendo crítico da atuação do Poder Judiciário em inúmeras decisões que incorrem no ativismo judicial,¹⁰⁷ vê como necessária a jurisdição constitucional e sua intervenção em algumas questões. Para ele, a questão não é limitar institucionalmente o Tribunal ou acabar com a jurisdição constitucional, como na proposta de Waldron, e sim discutir como os juízes decidem. Desse modo, uma Teoria da Decisão judicial é fator imprescindível à manutenção da democracia.

Ademais, a teoria de Habermas em países com alto déficit de representatividade merece críticas. No caso brasileiro, no qual direitos foram, por muito tempo, violados e que agora a estão contemplados na Constituição Federal, cabe ao Judiciário prestar sua Jurisdição Constitucional.

O enfrentamento por parte da hermenêutica do Poder Judiciário é voltado contra o ativismo judicial por meio de seus decisionismos e não contra o papel do Poder Judiciário na resolução dos conflitos decorrentes da ampliação do rol de direitos previstos na Constituição Federal ou dos conflitos de cidadania que são institucionalizados.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 169.

¹⁰⁷ “Aliás, a tese que sustento acerca da jurisdição constitucional e de seu papel – que faz uma aproximação de Dworkin e a hermenêutica filosófica – é avessa a qualquer postura que lembre discricionariedades, decisionismos, enfim, qualquer forma de ligação com o esquema sujeito-objeto”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 162-163.

Diante desse contexto, a relação entre direito e política passa uma ressignificação, dificultando o estabelecimento das funções próprias de cada sistema.

3.3 Os perigos da Juristocracia diante do princípio democrático e a função reservada a política na democracia atual

A prática política assume principal relevância em um ambiente de democracia constitucional, sendo que esta remonta ao seu papel primordial, que é debater na esfera pública¹⁰⁸ a definição dos rumos da República, as concepções a serem almeçadas e qual o caminho a ser trilhado para essa efetivação. Quanto maior a prática política melhor será a prática democrática. A Democracia é fundada pelo debate político das mais variadas correntes e ideologias.

Os marcos teóricos convergem na necessidade que o embate ocorra na arena pública. Habermas pode ser considerado democrata radical,¹⁰⁹ pois desconfia de sobremaneira do Poder Judiciário. Contudo, as teorias apresentadas defendem, cada uma de sua forma, a legitimidade da democracia e são contrárias à discricionariedade do intérprete, analisando os perigos decorrentes da juristocracia.

A busca do ideal democrático é intrínseco ao modelo estatal moldado principalmente no ocidente. A democracia é almejada de forma quase unânime e os debates discorrem sobre como ela deve ser elaborada ou sobre o momento de sua implementação, mas ambos têm por objetivo final a democracia

¹⁰⁸ “A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modelo de pertença a uma organização, etc. Tampouco constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdo, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfiadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a *compreensibilidade geral* da prática comunicativa cotidiana.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol II, p. 90.

¹⁰⁹ “Nas próprias democracias estabelecidas, as instituições existentes da liberdade não são mais inatacáveis, mesmo que a democracia aparentemente continue sendo o ideal das populações. Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol I, p. 13.

A democracia surge na Grécia antiga e significa governo do povo. Esse poder do povo contrapõe a aristocracia e monarquia. Conforme Renato Janine Ribeiro, democracia significa:

Democracia, significa, literalmente, poder do povo. Isso não quer dizer governo pelo povo. O poder sempre se fez em última análise: não se confunde com a *administração* dos assuntos correntes, nem mesmo com o *governo* atribuído a uma pessoa ou grupo. O que se distingue, entre os gregos, a democracia das outras formas de poder por eles concebidas – aristocracia e monarquia – é que nestas duas a decisão em última instância cabe a um grupo dos melhores (*aristoi*, que têm a *arete*, isto é a excelência de caráter) ou a um só, o rei. Na democracia, decide o *demos*, povo, mas isso não quer dizer que toda e qualquer medida de governo seja sua.¹¹⁰

A característica da democracia, como mostra Marilena Chauí, seria a “forma política na qual, ao contrário de todas as outras, o conflito é considerado legítimo e necessário”¹¹¹ O embate entre várias correntes de ideias é imprescindível na democracia.¹¹²

A democracia não é o regime do consenso, mas do trabalho do e sobre os conflitos. Onde outra dificuldade nas sociedades de classes: como operar com os conflitos quando estes possuem a forma de contradição, e não da mera oposição? A oposição significa que o conflito se resolve sem modificação da estrutura da sociedade, mas uma contradição só se resolve com uma mudança estrutural da sociedade.¹¹³

Contudo, há uma descrença na democracia, sendo reflexo da crise das instituições formais. Podemos compreender que, num primeiro momento, há uma tentativa de tratar um debate público sobre as questões relevantes. No entanto,

¹¹⁰ RIBEIRO, Renato Janine. Democracia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010, p. 132.

¹¹¹ CHAUÍ, Marilena. Entrevista a Juarez Guimarães. In: Juarez Guimarães: *Leituras da Crise – Diálogos sobre o PT, a democracia brasileira e o socialismo*. Marilena Chauí, Leonardo Boff, João Pedro Stedile, Wanderley Guilherme dos Santos entrevistados por Juarez Guimarães. 1ª edição. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 61.

¹¹² “Na política, porém, não há perícia, competência ou expertise. Toda pessoa – ou pelo menos todo cidadão tem direito de se expressar sua opinião, porque está emitindo um juízo de valor e não de conhecimento. Esse ponto é o fio condutor da democracia. Vivemos hoje num mundo em que a competência e a perícia se tornaram absolutamente necessárias. Mas o que faz a democracia é, justamente, o espaço em que competência e perícia pouco têm a nos dizer: o campo dos valores”. RIBEIRO, Renato Janine. Democracia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010, p. 132.

¹¹³ CHAUÍ, Marilena. Entrevista a Juarez Guimarães. In: Juarez Guimarães: *Leituras da Crise – Diálogos sobre o PT, a democracia brasileira e o socialismo*. Marilena Chauí, Leonardo Boff, João Pedro Stedile, Wanderley Guilherme dos Santos entrevistados por Juarez Guimarães. 1ª edição. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 61.

diante de sociedade cada vez mais plural e indivíduos com pretensões individuais, a democracia entra em crise.¹¹⁴

É a transformação da própria democracia que se deve atribuir a transformação do papel do juiz. Logo, é às razões de deslegitimação do Estado que devemos remontar para explicar aquilo que se apresenta como inflação do Judiciário. Deslegitimação, que deve ser relacionada com o foco do imaginário democrático, na intimidade da consciência cidadã na qual é reconhecida a autoridade da instituição política.¹¹⁵

Há uma ausência do debate público por inúmeros motivos.¹¹⁶ O principal deles é a indiferença política, diante da deslegitimação do papel do político. A confiança na expectativa que o debate público possa resolver os problemas de cidadania, fragilizando assim, a própria concepção de democracia como um regime político e também pensada como democratização das relações sociais.

Este, um problema talvez crucial para a democracia nos tempos que vêm: por um lado, ela se expandiu, enquanto liberdade de expressão, de organização e de voto numa escala nunca vista. Continua fecunda, pois “democrático” é um adjetivo de conotação bem positiva. Por outro, porém, ela está ainda demasiado confinada à esfera pública. Somos iguais só nas eleições e, mas elas terminam, um surdo terceiro turno faz que decisões tomadas pelo *demos* sejam revertidas basicamente, mas não só, o capital. As relações de trabalho não foram democratizadas. As relações afetivas – amizade e amor – tampouco, mas parecem estar mais perto de sê-lo. E em meio a tudo isso a maior parte da discussão sobre a democracia continua a tratar dela enquanto regime político, quando sua riqueza

¹¹⁴ Em poucas palavras: as cidades se transformaram em depósitos de problemas causados pela globalização. Os cidadãos e aqueles que foram eleitos como seus representantes estão diante de uma tarefa não podem nem sonhar em resolver: a tarefa de encontrar soluções locais para contradições globais. BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2009, p. 32.

¹¹⁵ RICOEUR, Paul. *O Justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 2, p. 176. “Este movimento é, posteriormente, paradoxal: ao mesmo tempo que se enaltecem os méritos da desregulamentação, proliferam-se regulamentos de toda a espécie. Por fim, esta vigorosa ascensão da justiça esconde dois fenômenos aparentemente bastante diferentes e até mesmo contraditórios-cujos efeitos convergem e se reforçam: o enfraquecimento do Estado sob a pressão do mercado, por um lado, o desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democráticos, por outro”. GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 22

¹¹⁶ Por esse motivo, os espaços públicos são locais em que atração e rejeição se desafiam (suas proporções são variáveis, sujeitas a mudanças rápidas, incessantes). Trata-se, portanto, de locais vulneráveis, expostos a ataques maníaco-depressivos ou esquizofrênicos, mas são também os únicos lugares em que a atração tem alguma possibilidade de superar ou neutralizar a rejeição. Trata-se, em outras palavras, de locais onde se descobrem, se aprendem e sobretudo se praticam os costumes e as maneiras de uma vida urbana satisfatória. Os locais públicos são os pontos cruciais nos quais o futuro da vida urbana é decidido neste exato momento. Uma vez que a maioria da população planetária é formada de cidades, ela é também o futuro da coabitação planetária. BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2009, p. 70.

atual consiste justamente em seu poder de ir *além da política*, para os afetos e as relações sociais em geral. Está é a possibilidade que podemos testar: a democracia para além da política.¹¹⁷

Diante da ausência do Parlamento, ou seja, da democracia representativa, que a princípio, é a “Casa do Povo” onde se discutem os rumos da nação em um debate político e público e de não dar socorro aos clamores dos cidadãos as questões são judicializadas. Há uma busca por segurança¹¹⁸ e o Poder Judiciário é o último reduto para a aflição humana.

No caso de ele querer decidir, quais seriam as consequências para uma elaboração legítima de seus programas de leis? Em casos simples, a transferência incontrolada de competências legislativas para tribunais e administrações é fomentado pelo oportunismo de um legislador que não esgota suas competências e renuncia a regular matérias que requerem tratamento legal. Noutros casos, coloca-se uma questão bem mais difícil: será que o legislador parlamentar pode, através de uma descentralização de competências legislativas especificadas funcionalmente, desobrigar-se de decisões que ele mesmo não poderia tomar com suficiente determinação?¹¹⁹

Ainda, devido à crise das instituições, como o Estado, a Igreja, os Partidos Políticos, entre outros, o indivíduo carece de representação¹²⁰ e não busca o debate público.¹²¹ O sujeito busca, assim, diretamente seus direitos ao Judiciário devido a ineficácia de concessão de políticas públicas ou de direitos às minorias.

¹¹⁷ RIBEIRO, Renato Janine. Democracia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010, p. 135.

¹¹⁸ [...] A segurança, por outro lado, significa proteção contra três tipos de sofrimento que ameaçam os seres humanos: os que vêm “do nosso próprio corpo”, os “do mundo externo” e os “de nossas relações com os outros homens”. A segurança só pode ser oferecida se a vazão caprichosa, clamorosa e errática (com frequência explosiva) dos desejos for substituída pela ordem - “uma espécie de compulsão por repetir que, quando um regulamento foi estabelecido de uma vez por todas, ele decide quando, onde e como algo deve ser feito; dessa forma, em toda circunstância similar somos poupados da hesitação e da indecisão”. BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Jorge Zaher Editora, 2008, p. 57.

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol II, p. 183.

¹²⁰ “A democracia não pode existir sem ser representativa, portanto sem que a escolha entre vários governantes corresponda à defesa de interesses e de opiniões diferentes. Para que a cidadania seja representativa, certamente é preciso que a eleição dos governantes seja livre, mas é preciso também que os interesses sociais sejam representáveis, que eles tenham uma certa prioridade com relação às escolhas políticas”. TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 349.

¹²¹ “[...] A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, pra pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade. VIANNA,

Deve-se ter em conta que com a atual constituição brasileira ocorreu uma elevação na importância do Poder Judiciário, para responder inúmeras questões que batem à sua porta. Esse fenômeno pode ser chamado de judicialização, sendo que é um fenômeno contingencial, não constituindo um mal em si. Ocorre na maioria das democracias e é decorrente do aumento dos direitos.

Devido ao exposto anteriormente, ocorre um aumento da judicialização das relações sociais nos quais os debates públicos são deslocados para o Judiciário.¹²² Assim, o que antes era resolvido por meio do costume ou da eticidade social agora é judicializada. Desse modo, cabe o juiz decidir a vida do cidadão.

Além dos conflitos nas relações sociais, são criados novos direitos, por exemplo, a questão ambiental e do biodireito ou são trazidos novos problemas (ou velhos problemas que não eram debruçados pela sociedade), como a questão da mulheres vítimas de violência, em que cabe algum tipo de resposta.¹²³

Ademais não podemos nos olvidar que a judicialização da política, como fenômeno típico dos Estados sociais em função da profunda redefinição paradigmática do princípio da separação dos poderes, tem impacto sobre o controle judicial de políticas públicas no sentido da garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como sobre o controle judicial de constitucionalidade no pós-guerra.¹²⁴

Desse modo, os conflitos de cidadania são institucionalizados e levados ao Poder Judiciário. Como não é possível abster-se do fenômeno da judicialização da

Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999, p. 149.

¹²² De uma outra perspectiva, a judicialização das relações sociais, processo também universal e com ampla fixação nas democracias consolidadas, chegou a nós pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, de recente e ainda progressiva institucionalização, responsáveis pela exposição do Poder Judiciário, sem qualquer tipo de mediação social ou política, às expectativas por direito e cidadania de setores socialmente emergentes. De fato, são esses os segmentos sociais que estão presentes na explosão da demanda por jurisdição, que passou dos 350 mil processos novos, em 1988, para cerca de 8,5 milhões, em 1998. A democratização do acesso à Justiça, cuja trajetória guardou alguma semelhança com o processo de institucionalização da comunidade de interpretes – uma inovação devida à intelligentsia jurídica e os aliados políticos na Constituinte -, tem também, entre uma de suas origens, a ação do vértice dos Tribunais estaduais e, muito especialmente, as iniciativas do associativismo dos juizes, destacadamente a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999, p. 11.

¹²³ VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999, p. 149.

¹²⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. *Consultor Jurídico*. 30.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>. Acesso em: 9 de ago. 2015.

política ou das relações sociais,¹²⁵ devemos estabelecer limites a forma que o julgador decide, enfraquecendo os limites constitucionais, sob fundamento de estar aplicando os valores da Constituição.

O ativismo ocorre quando o juiz extrapola os limites republicanos, fazendo prevalecer sua opinião, sendo um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas). O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo).¹²⁶

Ainda, com a alegação de que concretização de direitos fundamentais, sob o paradigma do neoconstitucionalismo,¹²⁷ os juízes acabam criando direito, pois a interpretação jurídica tradicional não seria suficiente para atender os anseios da cidadania.

Nesse contexto de déficit normativo, surge a tentação do ativismo judicial, envolta no viés neoconstitucionalista, com o discurso de que o supremo Tribunal Federal deve suprir as lacunas da legislação, para que prevaleça o espírito do texto constitucional, em busca da harmonia e equilíbrio federativo e da concretização dos direitos fundamentais.¹²⁸

Diante disso, há o aumento do protagonismo judicial tendo como causa o abandono do indivíduo pelas instituições e pela própria sociedade, ou seja, seus

¹²⁵ “É, enfim, a esse crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais”. VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999, p. 149.

¹²⁶ STRECK, Lenio. O que é isto, o ativismo judicial, em números? *Consultor Jurídico*. 26.10.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em: 11 de ago. 2016.

¹²⁷ “[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados: (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e o profundo de constitucionalização do Direito”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Orgs). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 61.

¹²⁸ SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROS, Renata Furtado de. Limites Constitucionais do Ativismo Judicial. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coords). *Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 157.

iguais.¹²⁹ E o magistrado é a sua última esperança, sendo o guardador das promessas da democracia.

Sabe-se, desde Tocqueville, que a democracia é tanto uma organização política quanto uma sociedade que coloca a igualdade de condições no seu cerne. Não traduzirá a judicialização um duplo sofrimento, nos dois sentidos de dor e de abandono, tanto das instituições como da sociedade democrática que partilham uma mesma fragilidade? A justiça é ou não invocada para as proteger? Quanto mais a democracia se emancipar, na sua forma -dupla de organização política e de sociedade, mais ela procurará na justiça uma espécie de protecção: eis a unidade profunda do fenómeno da vigorosa ascensão da justiça. A protecção -a informática lembra-o está relacionada com a fragilidade e com a memória. o destino das sociedades é o de esquecer a sua tradição, rejeitar a sua herança para reinventar o seu destino, mas será possível viver sem memória? O juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política. Não tendo guardado a memória viva dos valores que os fundamentam, estes últimos pediram à justiça que zelasse pelos seus juramentos.¹³⁰

Essa busca pela Justiça é paradoxal. O cidadão busca o direito, mas este também é volátil. Contudo, mesmo diante dessa constatação, visualizamos que “quanto menos seguro o direito, mais a sociedade é obrigada a tornar-se jurídica”.¹³¹ E o “chamamento” pelo Poder Judiciário é complexo, pois este também está carente de legitimação e na tentativa de evitar a desintegração social poderá ajudar o colapso social.¹³² “A posição da justiça é paradoxal: ela reage a uma ameaça de desintegração para cuja promoção, porém, ela contribui”.¹³³

¹²⁹ “Na verdade, é como se a crise democrática e a inflação jurídica só se provocassem mutuamente por procederem de uma terceira fonte, a saber, as novas formas de fragilidade. E o debate entre justiça e política cede lugar a uma preocupante relação triangular: “despolitização, juridicização, fragilidade”. RICOEUR, Paul. *O Justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 2, p. 179.

¹³⁰ GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 23-24.

¹³¹ RICOEUR, Paul. *O Justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 2, p. 178.

¹³² “[...] O exercício da palavra pública e o exercício do poder estão ambos carentes de legitimação. A partir daí, a substituição da política pela justiça como último recurso, como último instituinte, acaso poderá constituir algo mais que um efeito de engodo relativamente a essa carência que afeta tanto o substituto quanto o paradigma político?. RICOEUR, Paul. *O Justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 2, p. 182. Tal facto não impede que o entusiasmo actual pela justiça possa conduzir a um impasse. A canalização irreflectida de todas as frustrações modernas para a justiça, o entusiasmo ingénuo na sua onnipotência podem ser prejudiciais à própria: é o que tentaremos demonstrar na primeira parte deste livro. A invocação, sem mais nem menos, do direito e dos direitos tem como consequência a submissão ao controlo do juiz dos diversos sectores da vida privada, outrora fora da alçada pública. Pior ainda, esta «judicialização» acaba por impor uma versão penal a qualquer relação, -política, administrativa, comercial, social, familiar e até amorosa - doravante descodificada na perspectiva binária e redutora da relação vítima/ agressor. Esta linguagem jurídica simplista, enraizando-se numa lógica sacrificial que se julgava definitivamente dominada, tem como consequência o aumento do número de detidos em proporções preocupantes, fenómeno este que nenhuma democracia consegue verdadeiramente travar. Os media, com o pretexto de assegurarem a

Assim, a manutenção da democracia passa pela necessidade de avançar e construir uma liberdade ativa¹³⁴ dos atores sociais que se sintam responsáveis pela manutenção da democracia, incluindo a liberdade e os direitos humanos. “De fato, na compreensão habermasiana, é fundamental que os indivíduos saiam da posição de agentes privados e insiram-se em uma perspectiva mais ampla que pressupõe a concessão intersubjetiva de direitos”.¹³⁵

Os indivíduos devem sair da sua esfera privada e integrar plenamente a esfera pública.¹³⁶ O sentimento de sentir-se cidadão ativo,¹³⁷ causador do seu próprio destino e que respeita os direitos dos outros e procura criar uma legislação favorável a essas conquistas.¹³⁸

máxima transparência, arriscam-se a privar os cidadãos de garantias mínimas - como a presunção de inocência - mantendo a ilusão de uma democracia directa. No que aos juízes diz respeito, será que não nos iremos submeter a um novo clericalismo tão detestável como a antiga burocracia? Será que os advogados não acabarão por impor um custo jurídico suplementar a qualquer transição social, multiplicando as barreiras imaginárias? Os juristas têm a tendência para abusar desta posição dominante - inédita no nosso país - para resgatar a democracia e até esgotar as suas riquezas”. GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 24.

¹³³ RICOEUR, Paul. *O Justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 2, p. 183.

¹³⁴ “A administração *republicana* realiza-se na *liberdade* de admitir um discurso em torno da admissão da verdade e da correção baseada na pluralidade de opiniões, de sentimentos e de conhecimentos”. MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A reorientação do princípio republicano a partir da solidariedade*, Brasil. 2011. 376 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2011, p. 107.

¹³⁵ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Direitos fundamentais e democracia: Um diálogo entre Habermas e Nino. *Direitos fundamentais & justiça* -ano 5, nº17, p.244-270, out./dez. 2011, p.249.

¹³⁶ “Dentro da perspectiva de *res publica*, torna-se fundamental estabelecer a distinção entre *público* e *privado*, pelo menos, em âmbito geral, a fim de situar a *esfera* em que incide os preceitos *públicos*, pois a *esfera* privada será, de certa forma, a negação da *pública*. Estabelecendo os limites ter-se-á a noção na qual o *indivíduo* poderá agir de forma *individualista*, *comunitarista* e *republicana*. Isso baliza o agir adequado nas *esferas* e com os valores a serem empregados e a legitimarem as respectivas ações em *público* ou em *privado*. Além disso, a distinção estabelece uma perspectiva do *bem comum* que deve permanecer na *esfera pública*. No entanto, destaca-se que atualmente ocorre a elevação da sociedade no sentido de substituição tanto do *público* quanto do *privado*, o que em termos *republicanos* se encaixa numa *crise* sociopolítica. Trata-se de massificação de condutas, o que acarreta, também, a inversão de *privado* em *público* e de *público* em *privado*, ou seja, na confusão das duas *esferas* sociais”. MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A reorientação do princípio republicano a partir da solidariedade*, Brasil. 2011. 376 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2011, p. 18.

¹³⁷ “Nenhuma comunidade política pode substituir sem que a sociedade recubra o respeito por si mesma e a atenção vigilante pelos poderes instituídos, sem subserviência e com sentido crítico construtivo, única forma de a cidadania activa e responsável poder corresponder uma autoridade das instituições, não simplesmente fundada no coercibilidade, mas na legitimidade de exercício do poder. Por isso, são preocupantes alguns sinais de debilidade dos poderes públicos e de crescente incumprimento do Direito, como sucede em países muitos diferentes, em diversos continentes”. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, Crise e Cidadania*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.

¹³⁸ “Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda a pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a

Desse modo, por meio da prática política e da ocupação da esfera pública, se estará combatendo os decisionismos, consequência de posturas ativistas.¹³⁹ “Trata-se de evitar ativismos, necessariamente ligados a práticas discricionárias e/ou arbitrárias”.¹⁴⁰ Os decisionismos não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

3.4 O Supremo Tribunal Federal entre o “sim” ativo e “nao” passivo e de como representam faces da fragilização política

O nascimento da Constituição e a conseqüente força normativa, além do seu caráter prestacional ocorreu há pouco tempo em terras nacionais.¹⁴¹ Isso é verificado na Constituição de 1988, que impõe o caráter vinculante e os direitos sociais de forma ampla como nunca houvera acontecido. Isso revolucionará o modo como é interpretado a relação entre direito e política.

Ocorre que a prestação jurisdicional no Brasil ocorreu de forma insuficiente nos primeiros anos da Constituição de 1988, esta que foi tida como paradigmática, pois almejava desde logo ser o epicentro da esfera jurídica e impunha um rol de direitos nunca antes alcançados na história brasileira e até mesmo, sendo um exemplo a diversos países, visto buscar a redução das desigualdades e ampliar o rol de direitos.

O Supremo Tribunal Federal continuou como guardião da Constituição, mantendo a estrutura já implementada anteriormente. Havia um novo paradigma, no qual a jurisdição constitucional tinha papel central reservado na arena democrática

liberdade de todos”. As leis morais preenchem esta condição *per se*; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo da legislação constitui pois, o lugar propriamente dito da integração social”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol I, p. 52.

¹³⁹ “Por fim, como pressuposto para a limitação constitucional do ativismo judicial, deve-se evitar, nos embates cotidianos, a judicialização da política. Quem deve fazer política é o cidadão comum que questiona, critica e delibera, através de procedimentos de legitimação, sobre os problemas suscitados. Aos juízes compete assegurar a estabilidade do Estado de Direito e da ordem democrática, mediante provimentos jurisdicionais bem fundamentados e eficazes, em prazo razoável. Novo Constitucionalismo”. SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROS, Renata Furtado de. Limites Constitucionais do Ativismo Judicial. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coords). *Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 157.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589.

¹⁴¹ Estado social já ocorreu antes da 2GM, mas de forma menos atuante. Depois ocorre a época de ouro. Somente nas últimas do séc. XX que o Estado Social avança pela América Latina.

que estava renascendo após um período de Estado de Exceção ditatorial. Contudo, a democracia constitucional não se faz somente com um novo texto legal. Era necessário reconfigurar a atuação dos atores jurídicos, principalmente a máxima instância judiciária de interpretação constitucional, para nova interpretação do paradigma que se implementara.

Esperava-se um exercício jurisdicional que incorporaria as vestes constitucionais. Entretanto, ocorreu inicialmente o oposto. O STF que teve um papel reduzido na ditadura continuou adormecido. Até o final da década de 90, os ministros possuem grande receio em intervir na atuação dos demais poderes da República ou na efetivação de alguns direitos. O Supremo deveria prestar reverência a administração pública e a política.

Exemplo disso é a compreensão do instituto do mandado de injunção. Esse poderoso instrumento de efetivação de direitos que foram contemplados pelo constituinte e que depois haviam sido esquecidos de serem concretizados pelo legislador ordinário, foi interpretado de forma restritiva. Pensava-se que o Judiciário não poderia interferir solidamente na política. O direito que havia sido negligenciado pelo legislador apenas era sinalizado como uma missão parlamentar, mas sem nenhuma materialização substancial por parte da jurisdição substancial.

O instituto mais característico que deixa claro esse deslocamento da esfera de tensão, a toda evidência, é o mandado de injunção, o que se depreende de seu próprio texto, pelo qual o *writ* deve ser concedido (observe-se que a CF é imperativa: dar-se-á mandado de injunção...) na falta de norma regulamentadora que torne inviáveis os direitos e garantias fundamentais. Foi o instituto jurídico mais pranteado até hoje pelos juristas, inclusive por aqueles de formação mais procedimentalista.¹⁴²

Essa doutrina praticada pelo STF nos primeiros anos da Constituição atual pode ser definida como self-restraint, ou autocontenção. Buscava prestar reverência aos demais atores estatais e não se intrometer na política ou na execução de políticas públicas. Diante disso, os direitos não possuem de nenhum lado alguma instituição que pudessem contemplar sua efetividade.

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 44.

Não surpreende, pois, que institutos jurídicos importantes, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de injunção, a inconstitucionalidade por omissão e tantos outros dispositivos previstos na nova Constituição, continuem ineficazes ou tenham levado tantos anos para serem “regulamentados” (o que, aliás, já é uma confissão de crise paradigmática, uma vez que não aplicar a Constituição diretamente – como no caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental – [...])¹⁴³

Posteriormente, principalmente nos últimos 10 anos, o STF tem assumido um papel de protagonismo na gestão nacional, tomando para si a compreensão dos valores republicanos e incorrendo em ativismos judiciais.

Há uma interpretação na teoria do direito que atribui o ativismo somente à postura ativa do julgador ou tribunal. Contudo, não é somente uma ação com vetor positivo (+) que poderá ser considerado ativismo e sim uma ação negativa (-), uma omissão que desrespeita a tradição jurídica.

O ativismo judicial é uma atitude proativa do julgador à margem da lei ou da tradição jurídica aceita pela comunidade. Há sempre presente o espírito de criação livre do Direito. Segundo Lenio Streck, o fenômeno ocorre quando a normatividade do direito são substituídos por argumentos de,

[...] política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]).¹⁴⁴

Portanto, um fazer ou não fazer podem ser consideramos ativistas quando desrespeitarem a Constituição, as leis ou a compreensão jurídica da comunidade política. O Tribunal ao adotar um comportamento passivo diante de uma obrigação de agir, amparada constitucionalmente e não fizer, infringirá a força normativa da constituição e cairá numa postura ativista.

A política é elencada como local imprescindível ao debate republicano da comunidade social e deve ter suas práticas respeitadas. No entanto, essa compreensão é deixada de lado por inúmeras vezes quando o Supremo simplesmente torna-se o promovedor de políticas públicas ou de controle social.

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589.

O pivô da atual crítica ao direito, num Estado sobrecarregado com tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação dos poderes corre perigo.¹⁴⁵

No último espaço curto de tempo, o STF tem cada vez mais sido protagonista na tentativa de resolução de problemas nacionais. Isso coloca em xeque o comportamento da Corte em suas diferentes decisões devido sua contradição na sua atuação. Exemplo disso, são os julgamentos da situação dos presídios e do momento que é possível a prisão, quando verifica-se a interferência na política criminal.

No primeiro caso, o Supremo foi chamado a se pronunciar sobre a situação precária dos presídios e sua (in)constitucionalidade. O Psol ingressou com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (nº 378) para que fosse considerada a tese, gestada na Colômbia, do Estado de Coisas Inconstitucionais, no qual determinada questão fática, no caso o sistema prisional, que afronta a constituição é declarada uma “coisa inconstitucional”. Assim, diante do caos do sistema penitenciário e flagrante violação dos direitos fundamentais dos apenados e sem nenhuma perspectiva de melhoria da situação, diante da ausência de políticas públicas efetivas de enfrentamento do problema.

Nesse contexto, o pleito é distribuído ao Supremo na tentativa que este promova mudanças no problema, realizando uma função de integrador entre diversas instituições. E esse papel é aceito pelo STF ao julgar parcialmente procedente a demanda, declarando o Estado de Coisas Inconstitucionais na situação carcerária. Diante disso, o Judiciário alega que a questão fática prisional atenta contra a constituição e deve ser resolvida pelos demais poderes. Ainda, além da imposição de melhorias, o Supremo descreve objetivamente as ações que devem ser realizadas na solução.

A ação bem-intencionada do STF busca resolver uma questão grave de violação de direitos fundamentais. Entretanto, será que é seu papel impor objetivamente a forma de realização de políticas públicas? Ademais, será possível uma situação fática ser caracterizada como inconstitucional, e por isso fora do Direito, por um tribunal que possui sua autoridade amparada por essa mesma legalidade?.

¹⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol II, p. 173.

Por fim, desde o proferimento da decisão do sistema prisional não tenha obtido melhorias. Assim, indaga-se como o STF efetivará o julgamento diante de um cenário de escassez de recursos e não há sanção determinada ao administrador.

Esse caso retrata a intromissão do Judiciário que é indevida, pois possui fundamentos jurídicos incompatíveis com a constituição, adentra na seara das políticas públicas, decidindo objetivamente sua realização, mas que ao fim e cabo é destituída de efetividade.

Outra polêmica decisão do Supremo é a discussão da presunção da inocência e possibilidade de prisão em 2º instância. No julgamento do Habeas Corpus 126292, o STF conclui que o princípio da presunção da inocência não veda a execução da pena quando concluído o 2º grau de jurisdição. Contudo, há pelo menos 6 anos a Corte possuía entendimento consolidado que a prisão somente poderia ocorrer quando do trânsito em julgado do processo, cumprindo o regramento esculpido no art. 5º, LVII da CF/88.

Para a mudança jurisprudencial, prevaleceu a compreensão que a demasiada demora na resolução dos processos, o que acarretaria no aumento da impunidade diante da prescrição dos crimes. Desse modo, fazia mister que os condenados cumprissem suas penas sem esperar o fim do julgamento dos recursos para que a sociedade observasse a efetividade da justiça penal e isso retratasse um desestímulo ao cometimento de crimes.

No entanto, esses argumentos são pragmáticos e torna esvaziado o aspecto jurídico que deve permear esse julgamento. Ademais, carecem de prognose a solução apontada, realizando uma verdadeira política criminal, mas não amparada por argumentos de princípio.

As duas situações demonstram a possibilidade de negar para o bem ou para o mal da separação dos poderes, que seria o limite da sua atuação por vezes, em outras não é respeitada, não mantendo sua atuação coerente.

A política é enfraquecida nesse contexto, pois suas práticas são destituídas de efetividade, possuindo a compreensão que a eficácia das decisões dependerá da anuência do Poder Judiciário, sendo que este assume o papel de tutor.

Por outro lado, o Judiciário por vezes permanece entre uma postura inerte diante da atividade política, sob alegação de auto-controle e separação dos poderes. Desse modo, alega que não seria democrático a corte que teria papel

contramajoritário intervir em questões que devem ser decididas no Parlamento ou que em ritos internos do Poder Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal, mesmo em tempos de normatividade constitucional e inúmeras doutrinas sobre direito constitucional, possui jurisprudência dominante que afirma os regimentos do parlamento (nos níveis federais, estaduais e municipais) como sendo atos administrativos classificados como *interna corporis*. Diante dessa posição, o tribunal não poderia analisar a (in)compatibilidade desses regimentos com a Constituição.

Essa posição advém de um contexto anterior a Constituição de 1988 e está estampada em diversos julgados. A título exemplificativo, cita-se o Mandado de Segurança nº 20.247, de relatoria do ministro Moreira Alves no ano de 1980.

Mandado de segurança contra ato do presidente do senado, que, na presidência da sessão do congresso nacional, indeferiu requerimento de anexação de projeto de emenda constitucional por entender inexistir, no caso, analogia ou conexidade. -trata-se de questão "interna corporis" que se resolve, exclusivamente, no âmbito do poder legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo judiciário. Mandado de segurança indeferido.

Em julgado semelhante já no advento da Constituição de 1988, no Agravo Regimental no Mandado de Segurança 21.754, que tratava da interpretação do regimento interno da Câmara dos Deputados.

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR: (IN)DEFERIMENTO. PRELIMINAR: OBJETO DO PEDIDO. DECISÃO DO CONGRESSO NACIONAL. INTERPRETAÇÃO DO REGIMENTO INTERNO. MATÉRIA INTERNA CORPORIS. HIPÓTESE DE NÃO-CONHECIMENTO. I- O tema da cognoscibilidade do pedido precede o da apreciação do agravo regimental contra despacho concessivo de liminar, e de seu cabimento à vista da jurisprudência do Supremo. II- A natureza interna corporis da deliberação congressional - interpretação de normas do Regimento Interno do Congresso - desautoriza a via utilizada. Cuida-se de tema imune à análise judiciária. Precedentes do STF. Inocorrência de afronta a direito subjetivo. Agravo regimental parcialmente conhecido e provido, levando ao não-conhecimento do mandado de segurança. ¹⁴⁶

¹⁴⁶ MS 21754 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 07/10/1993, DJ 21-02-1997 PP-02829 EMENT VOL-01858-02 PP-00280

O relator Ministro Marco Aurélio considerou ser sindicável a questão *interna corporis*. “Portanto, havendo a inobservância com repercussão no processo legislativo de reforma da Constituição, como na espécie dos autos – e esta é minha primeira óptica – cabe o acesso ao Judiciário.”

Já em posição contrária e seguida pelos demais ministros, o Min. Francisco Rezek ressaltou:

“Sou sensível ao fato de que, não bastasse um juiz desta casa haver abonado liminarmente os argumentos da impetração, não bastasse ter sido esta lavrada por ilustres e respeitados membros do Congresso Nacional, em nossa sociedade civil vozes diversas, embora não majoritárias, formularam a pergunta que, hoje, um ilustre jornalista de São Paulo lançava em sua crônica: se diante de uma afronta a uma norma regimental, ocorrida dentro do Congresso, não se pode recorrer à Justiça, a quem se há de recorrer? **Há entretanto um domínio reservado à instituição parlamentar, onde, ainda que se produza incidente capaz de convencer determinados congressistas de que alguma prerrogativa sua foi arranhada, de que as normas regentes do funcionamento da casa não foram fielmente obedecidas, a solução há de encontrar-se dentro do próprio Congresso. Não seria coerente com o sistema de governo que praticamos desde a fundação da República – e que importa basicamente a independência e harmonia dos três poderes – que algo confinado no âmbito do funcionamento da casa legislativa, à luz de suas regras regimentais, pudesse merecer, no caso de descompasso entre opiniões parlamentares, um arbitramento judiciário**”. (grifamos)

Observa-se que a decisão do STF se baseia na separação dos Poderes e na independência dos Poderes. Assim, o ministro alega que tratando um embate político “normas regentes do funcionamento da casa não foram fielmente obedecidas” a questão deve ser resolvida na própria arena política, ou seja, o Parlamento.

Há de se ressaltar que esse entendimento segue até a posterioridade,¹⁴⁷ com alguma possibilidade de relativização. O Supremo em 2007, no Mandado de

¹⁴⁷ Veja no ano de 2009, o Mandado de Segurança nº 25588. “Mandado de segurança. Questão interna corporis. Atos do Poder Legislativo. Controle judicial. Precedente da Suprema Corte. 1. A sistemática interna dos procedimentos da Presidência da Câmara dos Deputados para processar os recursos dirigidos ao Plenário daquela Casa não é passível de questionamento perante o Poder Judiciário, inexistente qualquer violação da disciplina constitucional. 2. Agravo regimental desprovido”. MS 25588 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2009, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-02 PP-00350 RTJ VOL-00210-01 PP-00241 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 135-139.

Segurança nº 26900,¹⁴⁸ por maioria dos votos entendeu ser possível a sindicância dos atos *interna corporis*. A questão versava sobre a possibilidade dos deputados assistirem à sessão do Senado Federal que deliberaria sobre a cassação do mandato do presidente do Congresso Nacional, o Senador Renan Calheiros, visto que havia o impedimento do comparecimento dos deputados.

O Tribunal entendeu que ocorrera violação de índole constitucional e (somente) nesses casos, o Poder Judiciário poderia intervir. Como assevera Streck: “No fundo, para o STF, o ato é apenas sindicável em caso de “violação de direito subjetivo ou prerrogativa institucional de raiz ou de índole constitucional”, conforme asseverado no próprio julgamento do MS 26.900, especificamente no voto então Min. Cezar Peluso”.¹⁴⁹

Contudo, mesmo havendo a hipótese que a matéria *interna corporis* é passível de ser controlada, os ministros poucas vezes incluem os fatos demandados nessas hipóteses. Ademais, o trâmite das propostas legislativas não são meras exigências procedimentais e são sim, a materialização da constituição, que não pode ser mitigada por interpretações voluntaristas de quem qualquer que seja.

Na verdade, esse modo de compreender o controle sobre os atos administrativos enseja duas reflexões: primeiro, se é constitucionalmente adequado dar “carta branca” ao administrador (seja ele legitimado pelo voto popular ou não) para fazer o que bem entender, desde que seus atos estejam formalmente (procedimentalmente) legitimados; segundo, sobre a impossibilidade filosófica de cindir uma análise de requisitos formais de uma “outra” que trate apenas dos requisitos materiais, uma vez que os próprios requisitos formais já consubstanciam exigências materiais, como ocorre com a fixação de *quorum* para a aprovação de determinado

¹⁴⁸ “MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. SESSÃO DELIBERATIVA EXTRAORDINÁRIA DO SENADO FEDERAL. PROJETO DE RESOLUÇÃO 53/2007. PARECER 739/2007 DO CONSELHO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR SOBRE A REPRESENTAÇÃO 1/2007 QUE RECOMENDA A PERDA DO MANDATO DO PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. ACESSO AOS DEPUTADOS FEDERAIS IMPETRANTES. POSSIBILIDADE. LIMINAR DEFERIDA E REFERENDADA. I - A Sessão Deliberativa Extraordinária do Senado Federal que decide sobre a perda de mandato do Presidente do Congresso Nacional, faz com que todos os parlamentares, sejam eles membros da Câmara ou do Senado Federal, tenham legítimo interesse no desfecho da Sessão, visto que, somados, compõem o Poder Legislativo, que é exercido pelo Congresso Nacional (art. 44 da CF). II - Liminar deferida e referendada. “MS 26900 MC, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2007, DJe-060 DIVULG 03-04-2008 PUBLIC 04-04-2008 EMENT VOL-02313-03 PP-00492.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 710. O Mandado de Segurança versava sobre a criação de CPI e sua frustração pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Alegou-se em síntese que as maiorias parlamentares não podem frustrar o direito das minorias de proporem investigações.

ato pelo Poder Legislativo, o que claramente representa uma regra que traduz o princípio democrático.¹⁵⁰

O devido processo legislativo não é mero direito das minorias, mas é exigência da república baseada no princípio democrático e na materialização da Constituição. Sendo assim, o direito a um trâmite legislativo conforme a Constituição não deve ser somente um direito subjetivo do parlamentar como se fosse uma questão privada e sim uma questão pública, pois o parlamentar está exercendo uma função pública.

Esses requisitos formais são, de uma perspectiva normativa, condições processuais que devem garantir um processo legislativo democrático, ou seja, a institucionalização jurídica de formas discursivas e negociais que, sob condições de complexidade da sociedade atual, devem garantir o exercício da autonomia jurídica – pública e privada – dos cidadãos. O que está em questão é a própria cidadania em geral e não o direito de minorias parlamentares ou as devidas condições para a atividade legislativa de um parlamentar X ou Y. Não se deve, inclusive, tratar o exercício de um mandato representativo como questão privada, ainda que sob o rótulo de ‘direito público subjetivo’ do parlamentar individualmente considerado, já que os parlamentares, na verdade, exercem função pública e representação política; e é precisamente o exercício necessariamente público, no mínimo coletivo ou partidário, dessa função que se encontra em risco. Trata-se da defesa da garantia do pluralismo no processo de produção legislativa, na defesa da própria democracia enquanto respeito às regras do jogo.¹⁵¹

Não podemos considerar que em pleno auge do constitucionalismo dirigente e normativo, que hajam espaços blindados ao controle de constitucionalidade. No qual, a leitura feita do regimento dá as balizas a interpretação constituição e não o contrário e correto, no qual a Constituição Federal daria o norte para a interpretação das normais inferiores, incluindo os regimentos internos.

Não está apoiando posturas ativistas, mas é dever do Poder Judiciário realizar a jurisdição constitucional, sendo esta sua principal função. Não podemos considerar que a crítica da atuação do Judiciário e sua superexposição dê margem à

¹⁵⁰ “Cindir exigências formais de materiais é o mesmo que cindir estruturalmente princípios e regras, o que já demonstrei ser impossível no paradigma filosófico hodierno, além de completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito, por fazer com que a Constituição acabe por ver mitigada sua supremacia, raciocínio que justificaria a não incidência de várias de suas previsões em razão de uma pretensa hegemonia do princípio da independência dos Poderes”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 709.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. *Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 198.

interpretação que este deva ser inerte e não realizar seu papel constitucionalmente atribuído.

Numa última palavra, registre-se que em momento algum a posição externada deve confundir-se com qualquer defesa de uma hipertrofia do Judiciário ou sua elevação a patamar superior aos demais Poderes da República. Contudo, o controle dessa pretensa “ditadura do Judiciário” não pode ser feito em desrespeito à Constituição e à inafastabilidade da prestação jurisdicional, de modo que, hermeneuticamente, é possível e necessário estabelecer essa fronteira entre judicialização da política e ativismo, em que a primeira se apresenta de forma contingencial e inexorável ao paradigma vigente e o segundo como inadequado e danoso.¹⁵²

Até mesmo uma postura procedimental da jurisdição há necessidade de intervenção na esfera política quando a constituição e suas imposições de deliberação estiverem sendo ameaçadas. Ressalta-se ainda, que esse procedimento não é um formalismo sem substância. O modelo habermasiano possui conteúdo substancial e que busca efetivar o procedimento democrático de forma eficiente, com objetivo de racionalizar as opiniões democráticas.

Tal perspectiva não poderá reduzir-se a uma leitura meramente instrumental do processo legislativo, como sugerem os enfoques liberais da política, pois há que se levar explicitamente em conta o caráter normativo dos princípios constitucionais que justificam a legitimidade desse processo.¹⁵³

A questão de balizar o procedimento político é sempre uma tarefa árdua, pois a relação entre a política e o direito é permeada por confrontos. E nada melhor para compreender esse embate do que o instituto do *impeachment*, no qual potencializadas as disputas entre os aspectos políticos e jurídicos.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 711.

¹⁵³ OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. *Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 213.

4 O EMBATE ENTRE JURÍDICO E O POLÍTICO: O PRESIDENCIALISMO E OS IMPEACHMENTS RECENTES DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

4.1 Do Estado somente político a implementação da responsabilidade dos governantes

O impeachment tem suas raízes históricas na Inglaterra e sempre seu pioneirismo na limitação do poder real. Esse controle do poder emerge com a Carta Magna de 1215, assinada por João sem Terra fruto da imposição dos barões ingleses, que é o primeiro instrumento normativo a estabelecer direitos e liberdade civis instituindo garantias contra arbitrariedades do monarca.

Naquele momento surge a concepção que o exercício do poder tem que ser exercido dentro de limites, no qual o próprio povo empunharia ao soberano. Não havia como aceitar a ideia de que o monarca fosse a reencarnação divina e por isso, insuscetível de cometer erros e falhas.

Contudo, essa compreensão somente obtém corpo com lutas nas revoluções liberais tinham como escopo a limitação do poder do absolutismo que vigorava. Não se aceitava mais a noção que a soberania era decorrente da pessoa do rei. O Estado não poderia ser o monarca, pois se assim o fosse, este não cometeria falhas, tão pouco poderia ser responsabilizado por alguma atitude.

Mas é exatamente o absolutismo que, dialeticamente, vai engendrar as condições para o surgimento de formas de controle do poder, através da exigência de mecanismos para conter o poder do príncipe. Assim ocorre com a Inglaterra no decorrer do século XVII, com a França revolucionária em fins do século XVIII e com a Declaração de Independência das colônias americanas, que culmina com a Constituição de 1787.¹⁵⁴

A atribuição de responsabilidades ao chefe do Estado/governo é possível quando a noção soberania passa da pessoa a instituição do Estado. É o Estado que é o legítimo soberano e o seu representante deve agir conforme a vontade popular compartilhada pelo homem ao soberano (em contraposição a transferência ilimitada da vontade geral ao soberano, que não comete erros, sendo esta ideia ventilada por

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 349.

Hobbes e apresentada no item 2.1), pois este poderá ser responsabilizado por malfeitos.

O princípio da responsabilidade do chefe do governo e dos seus auxiliares é próprio do regime democrático, no qual é incompatível espaços blindados de responsabilidade e de prestação de contas dos gestores com o povo. Os representantes do povo são escolhidos por meio de eleições periódicas, mas a democracia não termina na eleição, pois os gestores têm o dever de prestação de contas (*accountability*) com a sociedade, devendo serem responsabilizados no caso da ocorrência de desvios éticos, que em alguns casos há necessidade de constituir-se obrigatoriamente como crimes. Aceitar a não responsabilização desses agentes é transformar a democracia em um modelo aristocrático, ainda que temporário, mas mesmo assim aristocrático.

Brossard em seu livro clássico “*O Impeachment*” reconstrói o instituto do impeachment, como uma figura que tem como o objetivo a limitar a atuação política. Esse instituto não é criado pela República, mas sim na monarquia. Contudo, há diferenças substanciais entre esse instituto nessas duas formas de governo, ou seja, monarquia e republicano. Essa distinção pode ser refletida na construção inglesa e norte-americano do impeachment. Todavia, há semelhanças que foram mantidas.

Nos dois casos iniciam com a acusação da Câmara Baixa (Popular) e é condição *sine qua non* para que o julgamento ocorra pela Câmara Alta. Ademais, as regras, mesmo que não precisem ser respeitadas de modo absoluto, referentes ao processo judicial e as provas são válidas e os componentes da Câmara julgadora prestam um juramento especial. Por fim, outra semelhança é que o encerramento da legislatura/sessão não arquiva o processo.

As semelhanças se encerram nessas questões. Na Inglaterra, a Câmara dos Lordes não possui limites na imposição de penas que poderiam variar, por exemplo, de uma deposição da função pública que exercia, a prisão, a desonra ou a pena capital. Essas sanções recaem sobre a pessoa, tornando esse processo com natureza criminal. Os Lordes “julgam de fato e de direito, fazem o crime e a pena”¹⁵⁵.

Já na importação do instituto as terras norte-americanas este tomou outra forma, sendo que o aspecto principal de distinção nesses dois locais é que nos Estados Unidos o impeachment se torna político. O Senado funciona com jurisdição

¹⁵⁵ BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 23.

limitada, não podendo aplicar qualquer sorte de penas ao indivíduo. A penalidade não se daria mais de modo irrestrito sobre a pessoa, mas sim, sobre o cargo que vinha exercendo. A principal sanção seria a destituição do servidor público dessa função com possibilidade de inabilitar para outro cargo, tornando a sanção política. Almeja-se que a autoridade seja afastada do poder, por traição e outros crimes graves que podem prejudicar o país, ou por faltas que não necessariamente sejam crimes.

“[...] na Inglaterra o impeachment atinge a um tempo a autoridade e castiga o homem, enquanto, nos Estados Unidos, fere apenas a autoridade, despojando-a do cargo, e deixa imune o homem, sujeito, como qualquer, e quando for o caso, à ação da justiça”¹⁵⁶.

Outra diferenciação é que nos Estados Unidos somente autoridades investidas de cargo público podem sofrer processo de impeachment (excetuados os congressistas e os militares) e cessa quando houver desligamento definitivo do cargo. No caso inglês, qualquer súdito, altas autoridades ou simples cidadãos, militares ou civis, em cargos oficiais ou não, podem ser sujeitos de impeachment. O único espaço blindado é a Corte.

Por fim, cabe mencionar que o rei não pode paralisar o processo, mas pode indultar o condenado para paralisar a execução da pena, enquanto o processo no modelo republicano norte-americano o presidente não pode obstar o prosseguimento do impeachment por meio do perdão.

Assim, mesmo que o impeachment republicano advenha do monárquico e conserve semelhanças, são nítidas as diferenças, pois o fim dos processos são distintos. Ademais, o impeachment inglês não pode “ser tomado por um processo definido, inteiramente estruturado, quando, da gênese ao acaso, ele se desdobra do crepúsculo do século XIII, ou XIV, à madrugada do século XIX”¹⁵⁷, visto ter sofrido mutações em diversos períodos, sendo que inicialmente o processo como na terra-mãe exigia com completo processo no qual o réu poderia formular sua defesa.

O impeachment no sistema americano seria o modo de retirar o governante do comando em contraposição ao voto de desconfiança presente no sistema de governo parlamentarista, que se apresenta como um método de resolução rápida diante dos problemas governamentais.

¹⁵⁶ BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.22.

¹⁵⁷ BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.26.

4.2 Os impeachments no presidencialismo contemporâneo brasileiro

A limitação do poder em terras brasileiras possui uma longa trajetória. Inicialmente, o Brasil durante mais de trezentos anos foi colônia de Portugal. Não havia nenhum tipo de independência e tão pouco alguma iniciativa por parte da Coroa central de desenvolver o território. Somente em 1808 é que ocorre a mudança que contribuirá a liberdade do país.

Devido a problemas geopolíticos a Europa estava em fervor no início do século XIX e isso provocou a necessária mudança da família Real ao Brasil em 1808, sendo que a Colônia passa a ser denominada de Reino Unido do Brasil e Alagoas. Desse ano até o ano de 1821, o Rei D. João VI, rei de Portugal, fixou residência no Rio de Janeiro. Entretanto, devido a exigências de burgueses portugueses, o Rei necessitou retornar a Portugal e deixa como regente o seu filho D. Pedro.

Contudo, devido as aspirações que corriam pelo ocidente de libertação da colonização, fruto de ideias liberais que tinham como intuito atenuar autoritarismos, o país declara sua independência em 1822. No entanto, esse novo o país formado não conseguiu se livrar das amarras da monarquia e desse modo, institui-se o Império, sendo que desde o princípio D. Pedro I toma o poder para si.

A formulação de um Estado recém-nascido necessitava da formulação de uma Constituição. Assim, 1823 é formada uma Assembleia Constituinte. Todavia, possuía aspirações demasiadamente liberais e contrárias as aspirações autoritárias do Imperador. Desse modo, a Assembleia é destituída e um Conselho de Estado constrói a constituição que será outorgada pelo Imperador.

O Brasil passava assim pela fase tardia dos países monárquicos, ou países imperiais, contradizendo o fluxo do século no qual se buscava a instituição de repúblicas democráticas. O país tornou-se um Império, mas não se poderia aceitar uma administração pública irresponsável. E diante disso, foi necessária que na instituição da Constituição, houvesse uma tentativa de limitar o poder e instituir direitos fundamentais mínimos.

Com a Constituição elaborada formou-se um Império Constitucional. E é nesse momento que aparece a noção de responsabilização dos gestores públicos. Entretanto, a primeira Constituição Brasileira, a Imperial de 1824, blindava o chefe da nação de ser responsabilizado de qualquer modo. Ou seja: consagrava-se um absolutismo no qual o Imperador era o defensor perpétuo da nação, sendo, portanto,

uma figura sacra sem defeitos. Havia assim na Constituição de 1824 um capítulo sobre o Poder Moderador exercido pelo Imperador que possuía o livre arbítrio sobre o Estado e sua gestão e pessoas¹⁵⁸.

Disponha o artigo 99 sobre a inviolabilidade da figura do Imperador: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

A Constituição Imperial, todavia, trouxe avanços ao dispor noções de culpabilidade de servidores públicos, ao advertir que Ministros (e Secretários) de Estado poderiam ser punidos por atos de traição, suborno, abuso de poder, desrespeito de lei, por atentarem contra a liberdade, segurança, ou propriedade dos cidadãos e por dissipação dos bens públicos, nos termos descritos no art. 133, da Constituição de 1824¹⁵⁹. É o primeiro texto normativo do país que há pouco se havia formado, que disciplinava a punição de gestores administrativos, sendo, pois, indiscutível o avanço no percurso de consolidar o princípio da responsabilidade por determinado desmando ocorrido contra o Estado e seus bens públicos, a lei, ou, ao cidadão.

Outra im

,portante conquista na carta constitucional foi a vedação que o Imperador pudesse salvar os ministros/secretários de responsabilização (art. 135). Ainda, estabelecia que uma lei especial estabeleceria o processamento dos delitos dispostos no art. 133.

Além dos ministros e secretários de Estado, a Constituição estabeleceu no seu art. 143, que Conselheiros de Estado possuíam responsabilidade por conselhos contrários às leis e aos interesses do Estado quando forem manifestamente dolosos¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

¹⁵⁹ Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis:

- I. Por traição.
- II. Por peita, suborno, ou concussão.
- III. Por abuso do Poder.
- IV. Pela falta de observância da Lei.
- V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.
- VI. Por qualquer dissipação dos bens públicos.

¹⁶⁰ Art. 143. São responsáveis os Conselheiros de Estado pelos conselhos, que derem, opostos ás Leis, e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos.

Para o processamento da culpabilidade dos delitos dos ministros, secretários e conselheiros a constituição atribuiu a competência ao Poder Legislativo, competindo a Câmara dos Deputados decretar a procedência da acusação (Art. 38. E' da privativa atribuição da mesma Camara decretar, que tem logar a accusação dos Ministros de Estado, e Conselheiros de Estado).

Já ao Senado cabia competência exclusiva o conhecimento dos delitos individuais perpetrados pela família imperial, ministros e conselheiros de Estado e pelos próprios senadores e deputados. (Art. 47. É da attribuição exclusiva do Senado: I. Conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura). Ainda, era atribuído conhecer da responsabilidade dos Secretários e Conselheiros do Estado em um enfoque político (art. 47. (...) - II. Conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e Conselheiros de Estado).

Mesmo a Constituição trazendo noções iniciais básicas para a responsabilização dos agentes políticos, fazia necessária a elaboração da lei especial sobre a natureza, rito do processamento do impeachment e suas sanções, cumprindo assim, o disposto no art. 134.

Desse modo, houve amplo debate sobre se lei proposta deveria abarcar somente aqueles agentes já mencionados na Constituição, ou todos servidores públicos. Após, amplo debate a Assembleia Geral Legislativa “na sessão de 16 de junho prevaleceu a tese de fazer-se uma lei particular, relativa a Ministros e Conselheiros de Estado, e não geral, para todos os servidores públicos”.¹⁶¹

E assim com a sanção do Imperador nasce a lei de 15 de outubro de 1827. A lei no seu início disciplinava as penas pelos delitos imputados primeiramente no art. 133, da Constituição de 1824 e replicados na lei geral. As penas poderiam gerar a perda do emprego público, a morte natural, entre outras. Além disso, poderia ser cobrado o ressarcimento dos valores causados de prejuízo ao erário.¹⁶²

A imposição de penas que não geravam a somente as sanções políticas, como destituição dos cargos, mas penas de prisão, caracterizava o instituto como

¹⁶¹ BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 21 (NR).

¹⁶² http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38389-15-outubro-1827-566674-publicacaooriginal-90212-pl.html

jurídico-criminal. O processo de afastamento dos Ministros, Secretários e Conselheiros de Estado iniciava com qualquer denúncia de um indivíduo.

A Câmara dos Deputados ao considerar apta a denúncia apresentada, formaria a comissão especial no qual seriam produzidas provas, ouvidas as testemunhas e daria seu parecer que seria votado pelo plenário da Câmara. Em caso positivo, o funcionário seria afastado das suas funções e receberia a metade de seus soldos, sendo que nesse momento o processo iniciaria no Senado.

Caberia o Senado o processamento do julgamento, funcionando este como um Tribunal de Justiça e sua decisão seria irrecorrível, podendo somente serem opostos embargos. O Senado daria toda oportunidade de defesa ao réu, inclusive com a oitiva deste no plenário. Após a formulação do parecer ocorreria a votação. Nesse momento a defesa poderia descartar dez senadores sem justificativa e os demais votariam. Ademais, a lei impunha situações de impedimento de senadores para proceder o julgamento e estes não poderiam participar.

O parecer formulado pela comissão vindo a plenário teria que ser aprovado por 2/3 dos senadores para que fosse aprovado e a pessoa ser condenada. E dessa condenação poderiam ser opostos embargos que seriam julgados pelo presidente da Câmara dos Deputados, podendo ser concedidos, rejeitados ou simplesmente ignorados.

Durante o período imperial não faltaram tentativas de efetivar o impeachment, mas nenhuma dessas obteve êxito.¹⁶³ Ademais, cabe mencionar que em nível dos municípios os prefeitos não eram responsabilizados, pois as Câmaras Municipais eram meros órgãos administrativos sem nenhum poder de julgamento.

Já com o fim do Império em 1889, a primeira Constituição republicana de 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, extinguiu o Poder Moderador, sendo que o Poder Executivo ficou a mando do Presidente da República, instituindo assim, o sistema presidencialista com mandatos fixos. Diante desse contexto, importou o instituto do impeachment dos Estados Unidos, com intuito de responsabilizar o chefe do governo por crimes de responsabilidade,

¹⁶³ “Não faltaram esforços no sentido de aplicar a Lei de 15 de outubro. Mais de um Ministro foi perante a Câmara denunciado e teve de defender-se, nas sessões de 1827, 1828, 1829, 1831 e 1832. Também depois, em 1834, e ainda em 1857. Um só, porém, chegou a ser acusado. Foi José Clemente Pereira. Mas o Senado, reunido como Tribunal de Justiça, na sessão de 9 de junho de 183, em decisão unânime, absolveu o ex-Ministro da Guerra, cuja acusação fora decretada a 5 de agosto de 1831”. BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 41.

adotando “a técnica de apuração de responsabilidade governamental que lhe é própria, sob visível influência do modelo norte-americano”¹⁶⁴.

São profundas as diferenças entre o direito imperial e o republicano, apesar das aparências comuns, de persistirem certas denominações, das semelhanças processuais, de ser quase idêntico o cerimonial. É que embora as faltas pudessem ser políticas, pela Lei de 1827 era criminal o processo a que estavam sujeitos os Ministros e Conselheiros de Estado, ao passo que, no direito republicano, ainda que possam ter colorido e repercussões penais as faltas atribuídas à autoridade executiva, sempre foi de natureza política a responsabilidade a que ela está sujeita.¹⁶⁵

No modelo de impeachment incorporado na Constituição de 1891 retirou o aspecto criminal das penas imputadas aos responsabilizados. Assim, mesmo que determinadas condutas podiam representar algum tipo de crime, ou seja, situação de um crime comum, não cabia ao Parlamento realizar o julgamento criminal do indivíduo, sendo que deveria se debruçar sobre o aspecto político. Em caso da falta ou do desvio passível de responsabilidade política constituir-se de um crime, este seria julgado pelo Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal.

Seguindo o mesmo modelo da função das Câmaras Legislativas previsto na primeira Constituição, a Câmara dos Deputados avaliaria a procedência da acusação e em caso da procedência desta, o julgamento seria realizado pelo Senado Federal.¹⁶⁶ Contudo, se antes somente os auxiliares do Imperador (Ministros e Conselheiros) poderiam ser responsabilizados, agora o chefe do governo deveria prestar contas por sua conduta na gestão da administração.

O Presidente poderia sofrer o processo de impeachment caso cometesse os crimes de responsabilizado no caso de infringir as hipóteses previstas no art. 54 (CF/1891) – sendo elas: 1º) a existência política da União; 2º) a Constituição e a forma do Governo federal; 3º) o livre exercício dos Poderes políticos; 4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais; 5º) a segurança interna do País; 6º) a probidade da administração; 7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos; 8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.

¹⁶⁴ BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 44.

¹⁶⁵ BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 45.

¹⁶⁶ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.” Art 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado”.

Ademais, a Constituição exigia que essas situações fossem definidas por lei especial. Desse modo foi votada a lei federal nº 27, de 1892 que disciplinava o processo do impeachment. Mesmo sob a égide de um novo regime político, a matéria processual do impeachment proveniente do Império foi mantida. Além disso, na parte de direito material foi conservada parcelada substantiva. No entanto, ocorreu uma modificação importante e que necessita ser frisada. O instituto deixou de ter natureza criminal e passou a ser político.

Desde a primeira Constituição do país, na República Velha até a Constituição em vigor, excetuada o modelo previsto na Constituição de 1934, a organização da estrutura de responsabilização instituída no início da república é o que predominou nas Constituições posteriores, incluindo a Constituição vigente na atualidade. Em suma: a Câmara analisa a denúncia e caso procedente, estaria decretada a acusação. Já ao Senado cabe realizar o julgamento do governante e em caso de condenação deste, ocorreria a destituição da sua função pública.

Somente o modelo constitucional previsto em 1934 que no art. 58 disciplinava que o julgamento do Presidente da República pela prática do crime de responsabilidade¹⁶⁷ seria realizado por um Tribunal Especial, composto por nove membros, sendo três ministros da Corte Suprema, três deputados e três senadores¹⁶⁸. A denúncia seria oferecida ao Presidente da Corte Suprema que convocaria uma Junta de Investigação. Formada por um ministro da Corte, um senador e um deputado federal. Esta Junta procederia a investigação dos fatos descritos, ouvindo o Presidente e enviará a Câmara os documentos, sendo que seria o papel dela decretar, ou não, a acusação. Posteriormente, em caso da acusação

¹⁶⁷ Art. 57 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra:

- a) a existência da União;
- b) a Constituição e a forma de Governo federal;
- c) o livre exercício dos Poderes políticos;
- d) o gozo ou exercício legal dos direitos políticos, sociais ou individuais;
- e) a segurança interna do País;
- f) a probidade da administração;
- g) a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos;
- h) as leis orçamentárias;
- i) o cumprimento das decisões judiciárias.

¹⁶⁸ Art. 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juizes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade.

restar ordenada, o processo retorna ao Tribunal Especial para o regular prosseguimento e julgamento.

Esse modelo decisório potencializou a perspectiva jurídica ao constituir-se de um Tribunal misto entre ministros e parlamentares para o julgamento do chefe do governo. Essa forma de tribunal *ad hoc* destoava de tradição que se firmara do julgamento do impeachment ocorrer na casa política.

Pela única vez foi construído um pensamento de convergência dos aspectos jurídicos e políticos no julgamento do crime de responsabilidade, visto que neste crime estão presentes esses aspectos. Assim, buscava-se democratizar a decisão no impeachment, não podendo somente a política qualificar o crime, pois não estaria a sua livre apreciação a definição do crime.

Contudo, as constituições posteriores não fugiram da arquitetura da responsabilização do Presidente forjada pela Constituição de 1891, incluindo a Constituição de 1988 seguiu a tradição constitucional e institui a responsabilização do governante por meio do Impeachment. Ainda, ratificou a engenharia do trâmite do processo e papel das Casas Parlamentares.

O Presidente da República para ser processado pelo Parlamento deveria cometer crimes de responsabilidade, instituído no art. 85, que são: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

E o instituto do impeachment foi efetivamente utilizado em terras nacionais. Assim, no período de vigência da Constituição atual ocorreram dois processos de impeachment, no qual resultaram em atribuição de penalidades políticas aos mandatários.

4.2.1 O caso Collor e a absolvição por parte da Jurisdição Constitucional

O primeiro caso de impeachment ocorreu em 1992, no qual o presidente eleito após a redemocratização nacional, Fernando Collor, foi processado pelo Parlamento diante de denúncias de corrupção. Collor renunciou a fim de tentar preservar a possibilidade de exercício de função pública.

Fernando Collor de Melo foi eleito pelo pequeno PRN o primeiro presidente da república após a ditadura militar, sendo que naquela época os direitos políticos eram nulos, o que gestou que a primeira eleição nacional fosse tumultuada com candidaturas pulverizadas em vários segmentos ideológicos. No segundo turno a disputa foi contra Luís Inácio Lula da Silva. Entretanto, com o slogan de “caçador de marajás” de uma campanha que buscava a transparência e ética ele foi eleito. O governo de Collor empossado em 1990 é conturbado, com problemas em diversas áreas, sendo as que permaneceram como mais relevantes historicamente são a questão da economia e da corrupção.

N política econômica são tomadas medidas de confisco das contas bancárias, sendo que valores maiores de C\$ 50.000 não poderiam ser levantados, com o intuito de controlar a inflação. Todavia, o problema não controlou a inflação e levou a insolvência parcela da população. São anos de crise econômica que potencializam a difícil situação já que desenhava desde a ditadura.

Contudo, as denúncias de corrupção ocorridas no governo Collor são o destaque desse período. Já no primeiro ano de mandato (1990) são imputados problemas de licitação das agências publicitárias que atuaram na campanha do presidente. O estopim ocorre em 1992 quando são atribuídas denúncias de corrupção ao tesoureiro da campanha de Collor, PC Farias, de que seu patrimônio não seria lícito.

O irmão de Collor, Pedro Collor, em maio de 1992, em entrevista a revistas alegando que o PC Farias teria empresas irregulares no exterior com o conhecimento do presidente. Além disso, exerceria tráfico de influência. Diante disso, a Câmara dos Deputados instaura uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para averiguar as denúncias, sob a pressão da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CUT) e da Central Única dos Trabalhadores (CUT).

Durante as investigações são descobertas novas provas do esquema criminoso e isso gera a reação do movimento estudantil que ocupa as ruas em protestos pelo Brasil para que o Collor saísse do cargo.

Nesse mesmo período, é entregue um pedido formal de impeachment à Câmara pela OAB e pela Associação Brasileira de Imprensa, com acusação de ter enriquecido com cerca de 6,5 milhões de dólares obtidos por PC Farias de modo ilícito.

Acatado o processo de impeachment pela Câmara é posto em votação no dia 29 de setembro e aprovado por ampla maioria, 441 votos favoráveis e somente 38 contrários. Nesse mesmo dia é afastado do cargo para o prosseguimento do julgamento pelo Senado Federal.

O Senado em menos de 48 horas institui o início do processamento do impeachment, afastando-o em provisório no dia 2 de outubro.

No dia do julgamento do impeachment, em 29 de dezembro, Collor renuncia com o objetivo de salvar seus direitos políticos. Entretanto, o Senado não aceita essa renúncia e prossegue o julgamento, o condenando a perda dos direitos políticos por oito anos¹⁶⁹.

A defesa de Collor recorre ao Supremo Tribunal Federal pleiteando a anulação do julgamento, por considerar que a perda dos direitos políticos é pena acessória da pena de perda do mandato e assim, não poderia ser mais aplicada, pois já havia renunciado. O Mandado de Segurança (nº 21.689) é julgado no ano seguinte e causa grande embate no Supremo, sendo que a votação ficou empatada (4x4), pois três ministros não puderam participar do julgamento. Diante disso, foram chamados três ministros do Superior Tribunal de Justiça para a conclusão do feito, sendo que o pedido é denegado e o STF considerou válida a penalidade imposta, visto o processo dever ter continuidade quando uma vez iniciado.

Outra questão conturbada do “caso Collor” é a tentativa de registro da candidatura em 1998 para concorrer presidência da república. O registro foi impugnado pelo Ministério Público Eleitoral diante do fato que a inabilitação da

¹⁶⁹ RESOLUÇÃO Nº 101, DE 1992

Dispõe sobre sanções no Processo de "Impeachment" contra o Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Mello, e dá outras providências.

O SENADO FEDERAL resolve:

Art. 1º É considerado prejudicado o pedido de aplicação da sanção de perda do cargo de Presidente da República, em virtude da renúncia ao mandato apresentada pelo Senhor Fernando Affonso Collor de Mello e formalizada perante o Congresso Nacional, ficando o processo extinto nessa parte.

Art. 2º É julgada procedente a denúncia por crimes de responsabilidade, previstos nos arts. 85, incisos IV e V, da Constituição Federal, e arts. 8º, item 7, e 9º, item 7, da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.

Art. 3º Em consequência do disposto no artigo anterior, é imposta ao Senhor Fernando Affonso Collor de Mello, nos termos do art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal, a sanção de inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Art. 4º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, 30 de dezembro de 1992.

SENADOR MAURO BENEVIDES

Presidente

função pública ainda estava válida, pois não transcorridos oito anos da data do julgamento no Senado do Impeachment.

A defesa do ex-presidente alegou que os direitos políticos somente poderiam ser perdidos por decisão judicial e o julgamento realizado pelo Senado seria meramente político. Ademais, careceria de legitimação legal a restrição de direitos, pois ausente previsão da perda de direitos políticos em lei complementar. Por fim, argumentou que a inabilitação se dá ao cargo e não ao mandato, sendo que haveria diferença e assim, poderia concorrer ao mandato eletivo.

O Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Resolução nº 20.297, considerou que a inabilitação decorre do próprio comando constitucional e prescindia de lei. Ademais, a inabilitação para função pública abrange o cargo público, pois este desempenha aquele, não sendo assim juridicamente viável considerar que somente estaria inabilitado para exercer o cargo na administração pública, mas poderia possuir mandato eletivo com status superior. Por fim, quem não está habilitado ao exercício não possui direito de concorrer, pois concorrer e não poder ser eleito feriria a própria efetividade das eleições e tumultuaria o pleito. Desse modo, foi indeferido o registro de candidatura de Collor, que ainda recorreu ao Supremo (RE 234.223) que manteve a decisão do TSE pelos mesmos fundamentos.

Posteriormente, concorreu ao governo do seu estado, Alagoas, em 2002, mas não obteve sucesso. Já em 2006, pleiteou o mandato de senador, o qual foi eleito e desde aquela data vem atuando no Senado Federal, sendo inclusive um dos julgadores do segundo processo de impeachment ocorrido no país, o processo de responsabilidade de Dilma Vana Rousseff.

4.2.2 O Impeachment da presidente Dilma

Dilma Vana Rousseff elegeu-se a Presidência da República em 2010 para seu primeiro mandato, representando uma coalização de centro-esquerda liderada pelo Partido dos Trabalhadores (PT). A candidata recebeu 55.752.529 milhões de votos no segundo turno, o que representa 56,05% dos votos válidos.

O primeiro mandato transcorreu inicialmente com relativa tranquilidade para o governo. Contudo, ao chegar no fim do período iniciou-se uma grave crise financeira com recessão econômica, aumento de desemprego e inflação. Isso gerou instabilidade governamental e grande impopularidade a presidente.

Entretanto, mesmo com as dificuldades enfrentadas pela Presidente Dilma no governo concorreu à reeleição em 2014, obtendo êxito com 54.501.118 milhões de votos (51,64% dos votos válidos).

O segundo caso teve seu desfecho no ano corrente (2016) e imputou a ex-presidente Dilma Vana Rousseff os crimes de responsabilidade por infração a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis, tipificados no art. 85, V, VI e VII, respectivamente, da Constituição Federal, e art. 4º, V e VI, art. 9º, itens 3 e 7, art. 10, itens 6 a 9 e art. 11, item 3, todos da Lei 1.079/1950.

No dia 02 de dezembro de 2015, o Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha recebeu a Denúncia por Crime de Responsabilidade (DCR) nº 1, de 2015, oferecida por Miguel Reale Júnior, Hélio Pereira Bicudo e Janaína Conceição Paschoal.

Logo após a atuação da denúncia, esta seria analisada por uma Comissão Especial formada proporcionalmente entre todos os partidos com representação no Congresso Nacional. Contudo, a formação da comissão não ocorreu de forma pacífica. A tradição no parlamento dispunha que os líderes da bancada indicariam os selecionados, sendo que isso seria, em tese, favorável ao governo que teria um número maior de apoiadores a negativa do impeachment.

Entretanto, a oposição pleiteava que a eleição da comissão se desse por meio de chapas, permitindo assim, que deputados favoráveis ao impeachment e contrários ao líder de bancada pudessem integrar a comissão. A disputa da comissão tornou-se relevante, pois é seria o primeiro momento da ocorrência de produção de provas.

A batalha pelo preenchimento das vagas da comissão e a falta de consenso fez com que a questão fosse levada ao Supremo. O Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ingressou com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental com liminar pleiteando em suma que o procedimento do processo do impeachment fosse definido pelo Judiciário, realizando uma verdadeira filtragem hermenêutica-constitucional da Lei 1079/50 e a Constituição de 1988.

Assim, os requerimentos pretendiam principalmente a anulação do recebimento da denúncia pelo Presidente da Câmara dos Deputados, pois o ato teria sido objeto de desvio de finalidade, a oitiva imprescindível da defesa antes do recebimento da denúncia (defesa prévia) para a observância da ampla defesa. Além disso, pugnou que a eleição da comissão especial ocorresse por meio da indicação

dos líderes partidários e fosse vedada a eleição secreta. Por fim, requereu que vários dispositivos da lei 1079/50 fossem considerados não recepcionados em virtude de confronto com o texto constitucional, pleiteando que o papel da Câmara dos Deputados somente seria de autorizar a instauração do processo do julgamento, sendo que o Senado Federal poderia rejeitar a deliberação da Câmara, pois caberia a ele a decretação da procedência da denúncia e o afastamento do Presidente da República.

O pedido teve sua liminar deferida para que o andamento do impeachment ficasse suspenso enquanto o pleito não tivesse decisão final pelo plenário do STF. O mérito do julgamento ocorreu poucos dias após o ingresso da ação e teve divergências importantes.

O Supremo entendeu pela desnecessidade da oitiva prévia da presidente, visto que o juízo final da admissibilidade do pedido de impeachment caber ao plenário da Câmara, quando já ouvida a defesa da presidência, indeferindo esse ponto. Entretanto, a questão da votação secreta da chapa que formaria a comissão especial e desta ser formada através da indicação dos líderes partidários foi considerada procedente. Por fim, entendeu o STF a não recepção dos artigos da Lei 1.079/50 que disciplinavam que a Câmara decretaria a procedência com a pronúncia da acusação. Desse modo, o Senado poderia confirmar ou não a instauração do processo por maioria simples, sendo que somente após essa sinalização positiva que o procedimento teria início e afastaria o chefe do executivo do seu cargo.

Essa ação pode ser considerada como a “ação do rito” do impeachment. O Supremo enfatizou as balizas que o processo de impedimento deve possuir em respeito a Constituição, visto que o impeachment ser de natureza jurídico-político e ser passível de controle quando infringir a ampla defesa e o devido processo legal.

Como a decisão da Corte deu-se praticamente no recesso parlamentar, em 16 de dezembro de 2015, o impeachment somente voltou a tramitação em fevereiro de 2016 com a formação da comissão especial, momento que iniciou a produção de provas, oitivas das testemunhas e o recebimento pela primeira vez da defesa da presidente.

Posteriormente ocorreu a votação do parecer do relator que sugeriria a continuação do processo de impeachment com a admissibilidade do procedimento do impeachment. Procedida a votação, o parecer foi aprovado, tendo como fase posterior a votação pelo plenário da Casa.

Contudo, na semana anterior da votação novamente apoiadores do então governo ingressaram com medidas judiciais alegando a violação do devido processo legal, pois o relator da comissão especial teria incluído fatos novos, os quais a defesa não pode se manifestar. No entanto, o pleno indeferiu todos os processos.

No dia 17 de abril ocorreu a sessão de impeachment, no qual os deputados federais votaram a procedência da denúncia, autorizando o Senado a proceder o julgamento da presidente, por maioria superior aos 3/5 exigidos pela Constituição Federal. Assim, 367 deputados aprovaram o prosseguimento do impeachment.

Logo após, o processo iniciou seu trâmite no Senado com a composição da comissão especial que analisaria a procedência da acusação, sendo que no dia 11 de maio ocorreu a votação em plenário do início do julgamento, considerando apto o processamento com 55 votos favoráveis e gerando como consequência o afastamento temporário da presidente no dia seguinte.

Posteriormente, houve a produção de provas documentais, perícias e a oitiva de testemunhas e as alegações da acusação e defesa. Dia 2 de agosto ocorreu a votação do relatório na comissão especial. No dia 9 de agosto a ré foi pronunciada e no dia seguinte foi oferecido o libelo acusatório.

Do libelo a acusação ofereceu suas razões para a condenação e a defesa seus motivos para absolvição da ré, alegando, em suma, que não houve a abertura de crédito suplementar sem autorização legislativa e que o atraso no pagamento de subvenções a banco oficial para a agricultura não pode ser tido como operação de crédito com instituição financeira.

O julgamento iniciou no dia 25 de agosto, com a oitiva das testemunhas e o interrogatório da presidente e a votação final, sendo que desde logo os defensores da presidente Dilma apresentaram várias questões de ordem a fim de suspender a votação. No entanto, essas questões foram todas indeferidas. Logo após, houve a oitiva das testemunhas de acusação e da defesa (nessa ordem) que duraram três dias. No dia 29 a presidente Dilma compareceu no Senado a fim de realizar sua defesa, sendo que ato durou onze horas.

A ré foi inquerida pelos senadores sobre as questões de gerenciamento do orçamento público. Ademais, temas sobre a corrupção, práticas de governabilidade e políticas públicas também detiveram a atenção dos senadores.

No dia seguinte, os senadores puderam discursar sobre a votação final do processo. Posteriormente, no dia 31 de agosto de 2016 é realizada o julgamento

com a presença de todos os senadores. Logo ao início da sessão são apresentadas novas questões de ordem, requerendo ao presidente do processo de impeachment e do Supremo que a votação ficasse paralisada por fatos novos.

Entretanto, as questões foram uma a uma indeferidas, sob a alegação que deferi-las seria intrometer-se indevidamente no mérito da questão, sendo que somente os julgadores teriam esse poder. Ao fim dessa fase, a bancada do Partido dos Trabalhadores (PT) apresentou destaque ao projeto de resolução que seria colocado em votação, para que as penas previstas ao impeachment fossem levadas ao sufrágio de forma independente, pois as sanções seriam autônomas

O presidente dos trabalhos considerou procedente o pleito da bancada do PT, em conformidade com o regimento interno do Senado que permite a bancada apresentar destaque de resolução e também amparada no julgamento do caso Collor no qual as penas foram consideradas autônomas, sob forte protesto da oposição.

Decidas essas questões, os senadores responderam a primeira questão, se a presidente havia cometido crime de responsabilidade e deveria ser destituída do cargo do chefe do governo, sendo que 61 senadores se mostraram positivamente a impeachment. Esse número superava com margem favorável o quórum necessário o impedimento da presidente, ou seja, 54 senadores (3/5 do Senado).

No momento seguinte, passou-se a votação da segunda pergunta, se era aplicável a pena de inabilitação a função pública por oito anos. Parcela considerável de senadores percebia como não razoável a imposição da sanção de inabilitação, ponderando como uma pena demasiadamente alta para a infração causada. Assim, a maioria, 46 senadores votaram pela aplicação da sanção, mas abaixo dos 54 votos necessários.

Assim, Dilma foi condenada pelo cometimento de crime de responsabilidade pelas pedaladas fiscais (operações de créditos entre o governo e instituições bancárias públicas controladas por este) e por decretos de suplementação orçamentárias não aprovados pelo Congresso Nacional, sofrendo o impeachment e sendo destituída do seu cargo, com a permanência da habilitação para qualquer função pública.¹⁷⁰

¹⁷⁰ RESOLUÇÃO Nº 35, DE 2016, que Dispõe sobre sanções no Processo de Impeachment contra a Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, e dá outras providências, publicada no DOU de hoje (01/09/2016).

A solução do processo agradou seus defensores que conseguiram a retirada da presidente. Contudo, a não aplicação da pena de inabilitação indignou parcela destes que buscaram socorro no Supremo Tribunal Federal, pleiteando que fosse aplicada a sanção de forma automática pela primeira condenação que sofreu. No entanto, esse julgamento que está pendente de solução poderia acarretar a nulidade da votação.

Os defensores do governo de Dilma Rousseff conquistaram uma vitória relativa a habilitação das suas funções públicas, podendo assim, exercer qualquer cargo público ou até mesmo mandato eletivo. No mesmo dia da destituição da presidente tomou posse na presidência seu vice, Michael Temer.

Entretanto, o processo do impeachment, o impedimento da mandatária e a assunção do vice-presidente ao comando do governo, tido em tese como a continuidade deste, não foi um caminho trilhado sem conturbações e divisão da sociedade teses extremas, ou seja, ou seja, em o “golpe” e o “fortalecimento democrático”.

4.3 O processo de impedimento entre a tese do “golpe” e do “fortalecimento democrático”

O impeachment de 2016 aflorou duas concepções opostas: a primeira de “golpe parlamentar” e a segunda de uma “liberdade democrática” pela deposição de uma mandatária corrupta e ineficaz.

O impeachment sempre agregará essas teses contrapostas. Contudo, a intensidade dessas ideias dependerá de qual o nível de apoio destas. Veja-se a diferença entre os processos de deposição presidencial ocorridos em 1992 e

Faço saber que o Senado Federal julgou, nos termos do art. 86, in fine, da Constituição Federal, e eu, Renan Calheiros, Presidente, promulgo a seguinte RESOLUÇÃO Nº 35, DE 2016

Dispõe sobre sanções no Processo de Impeachment contra a Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, e dá outras providências. O Senado Federal resolve: Art. 1º É julgada procedente a denúncia por crimes de responsabilidade, previstos nos art. 85, inciso VI, e art. 167, inciso V, da constituição Federal, art. 10, itens 4, 6 e 7, e art. 11, itens 2 e 3, da

Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.

Art. 2º Em consequência do disposto no artigo anterior, é imposta à Senhora Dilma Vana Rousseff, nos termos do art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal, a sanção de perda do cargo de Presidente da República, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis, nos termos da sentença lavrada nos autos da Denúncia nº 1, de 2016, que passa a fazer parte desta Resolução.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 31 de agosto de 2016.

Senador Renan Calheiros

Presidente do Senado Federal

2015/2016 e como os contextos históricos diferenciados agregarão a narrativa do processo.¹⁷¹

Por isso mesmo, a instauração do processo raramente deixa de provocar agitações em toda a comunidade e de dividi-la em grupos favoráveis ou contrários ao acusado. Em muitos casos surgirão conexões com antigas facções e serão arregimentadas todas as suas animosidades, tendências, influências e interesses, quer de um lado quer de outro; em casos assim haverá sempre o maior risco de que a decisão seja afetada mais pelo prestígio relativo das partes do que pelas provas reais de culpa ou inocência.¹⁷²

Em 1992, o Presidente Collor fora eleito por um partido pequeno e contava com uma base frágil, que foi enfraquecendo ainda mais com no decorrer do governo. Exemplo disso é a renúncia coletiva dos seus ministros no início de 1992. Assim, quando é (foi) ventilado o impeachment o presidente não contava com nenhum grande apoio, sendo que estudantes (UNE), trabalhadores (CUT), associações de classe (OAB, ABI) estavam pleiteando sua destituição.

Desse modo, o trâmite legislativo transcorreu a passos largos, visto ter amparo nas provas produzidas pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) antecedente. Reflexo disso é que em poucos meses o processo havia chegado ao fim com votações largas, na Câmara e no Senado, favoráveis ao impeachment.

Estava sendo cumprida a vontade das multidões que saíram às ruas e pleitearam a destituição do presidente. Não houve grande divisão na sociedade. O protesto convocado em defesa de Collor foi tomado por estudantes contrários ao governo. Portanto, o presidente sem apoio foi retirado do cargo e a tese do fortalecimento democrático fortaleceu.

Contudo, dois anos após do processo, em 1994, é julgada a ação penal (AP 304) na qual o ex-presidente é julgado pelos mesmos fatos que deram origem ao impeachment, mas neste momento pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que as denúncias de corrupção e lavagem de dinheiro não foram comprovadas e o réu absolvido.

Já no ano de 2014 foi julgada a ação penal na qual eram discutidas a questão das agências de publicidades e a transferência de recursos. A denúncia foi

¹⁷¹ http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/politica/1459370703_082305.html. Acesso em: 02 de dezembro de 2016.

¹⁷² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1984, p. 579.

apresentada somente no ano de 2000 pelo Ministério Público Federal em primeira instância, sendo transferido o processo ao STF quando o ex-presidente foi empossado como senador e adquiriu o foro privilegiado.

No Supremo o processo ficou estagnado por anos e somente foi levado ao plenário em 2014, quando os crimes de peculato e falsidade ideológica já estavam prescritos. Assim, Collor foi absolvido nesses crimes pela prescrição e no crime de lavagem de dinheiro por insuficiência de provas.

Portanto, a justiça criminal não conseguiu imputar nenhum cometimento de crime por parte de Fernando Collor e nesse contexto reacendeu a questão que o impeachment teria ocorrido pela ausência de base parlamentar de sustentação do governo e não pelo cometimento de infrações penais.

É certo que Fernando Collor, por exemplo, cometeu crime de responsabilidade. Mas foi a inexistência de efetiva coalizão que conduziu ao impeachment. Denúncias de igual ou maior gravidade em relação àquelas que recaíram sobre Collor existiram no contexto do governo FHC, por exemplo. Mas a adequada utilização dos instrumentos institucionais do presidencialismo de coalizão, como será demonstrado no estudo, fez com que a estabilidade e governabilidade fossem mantidas (embora sob o custo, dentre outros, de revelar um lado sombrio das coalizões).¹⁷³

Estava-se diante do problema do presidencialismo de coalizão, expressão cunhada por Sérgio Abranches, em 1998, no qual o partido que elege o presidente não possui a maioria dos parlamentares no Congresso Nacional, ou, no caso de Collor, um partido “nanico” sem grande representatividade que toma a representação do executivo e necessita agremiar partidos para fundamentar seus projetos no Legislativo.

Apenas uma característica, associada à experiência brasileira, ressalta como uma singularidade: o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o “presidencialismo imperial”, organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, “presidencialismo de coalizão, [...]”¹⁷⁴

¹⁷³ SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. In: *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 20, n. 20, p. 253-299, jul./dez. 2016, p. 256.

¹⁷⁴ ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, p. 21-22.

Essa união por vezes é predatória à democracia e à política governamental. Pois, a agregação ocorre em ideologias por vezes contrapostas que objetivam a manutenção somente da máquina pública em seu grupo político. Geralmente não há uma uniformidade política e a base de sustentação poderá se fragilizar rapidamente diante de uma mudança fática qualquer.

A formação de coalizões envolve três momentos típicos. Primeiro, a constituição da aliança eleitoral, que requer negociação em torno de diretivas programáticas mínimas, usualmente amplas e pouco específicas, e de princípios a serem obedecidos na formação do governo, após a vitória eleitoral. Segundo, a constituição do governo, no qual predomina a disputa por cargos e compromissos relativos a um programa mínimo de governo, ainda bastante genérico. Finalmente, a transformação da aliança em coalizão efetivamente governante, quando emerge, com toda força, o problema da formulação da agenda real de políticas, positiva e substantiva, e das condições de sua implementação.¹⁷⁵

Essa questão é potencializada no impeachment em 2016, quando a presidente Dilma enfrenta seu impeachment. A presidente representava o Partido dos Trabalhadores – PT, que conquistou por quatro vezes consecutivas as eleições presidenciais, atingindo seu apogeu com os mandatos de Lula entre 2003 e 2010.

O partido havia conseguido uma identificação nacional forte e grande popularidade. O governo Lula por vezes foi aprovado de forma incontestada pela população, o que gerou o fortalecimento do partido.¹⁷⁶ Posteriormente, com os mandatos de Dilma, a rejeição ao PT aumenta, fortalecendo uma onda de “anti-petismo”. Quando inicia o processo de impeachment a presidente possui menos de 10% de popularidade.

A baixa popularidade gerada principalmente pela crise econômica e o consequente, aumento do desemprego e da inflação, aliados às denúncias de corrupção que assolaram o partido da presidente e o governo tornaram a manutenção do mandato de Dilma uma tarefa árdua.

¹⁷⁵ ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, p. 29.

¹⁷⁶ “No final do segundo mandato de Lula, parece que ninguém no país era contra o governo, Não houve oposição significativa nos oito anos de governo, momento em que a coalização governamental atingiu seu ápice.” RODRIGUEZ, José Rodrigo. Sociedade contra o Estado – duas ondas de democratização radicais no Brasil (1988 e 2013): uma interpretação à luz de Franz Neumann. In: STRECK, L.L.; ROCHA, L. S., ENGELMANN, W. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 91.

Entretanto, com a Constituição Brasileira de 1988 adota o sistema de governo presidencialista, no qual para a destituição do governante ocorre por meio da caracterização de crime de responsabilidade. A baixa popularidade e perda da confiança do eleitorado que isso representa, não são motivos legítimos por si para o impeachment. “Assim é que crises econômicas ou aumento do desemprego, por exemplo, não são causas constitucionais de retirada do Presidente do seu cargo.”¹⁷⁷

Não obstante a isso, a perda de apoio do Parlamento é fator relevante que gerará crises políticas e instabilidade governamental, sendo que isso será considerado por uma parcela de cidadãos e de (retirar o “de”?) parlamentares como um motivo fundamental ao processo de impedimento.

Isso acarretará em uma luta de opostos, a esquerda com a tese de um golpe parlamentar, diante da ausência do crime de responsabilidade e direita, com a representação de combate a corrupção que assola(va) o governo e sua perda de credibilidade política e socioeconômica. A intensidade do embate e da divisão social ocorreu porque nesse momento a presidente representava não um partido sem representação e, sim, um partido que até aquele momento era tido como representante das esquerdas.

Assim, as manifestações de multidões que pediam o impeachment de Dilma eram confrontadas com passeatas favoráveis de apoio, principalmente de estudantes, trabalhadores. O apoio era em menor número, mas não deixava de ser significativo e demonstrava a divisão social ocorrida.

Mais uma vez o problema se situava com a perda de governabilidade e a coalização formada pelo executivo.

O modelo não se desenvolveu de modo acidental. E não existe margem de escolha. Não há possibilidade de um governo, no Brasil, ser eleito e negar-se a fazer coalizões. E também não há possibilidade de um governo genuinamente de esquerda ou genuinamente de direita. A lógica das coalizões é uma imposição constitucional.¹⁷⁸

Com o perecimento do apoio do PMDB, partido que compõe a chapa majoritária e maior apoiador do governo, este começa a se fragilizar e permitir o

¹⁷⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes, BACHA E SILVA, Diogo e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O Impeachment e o Supremo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.27.

¹⁷⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. In: *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 20, n. 20, p. 253-299, jul./dez. 2016, p. 256.

avanço do impeachment. Ademais, isso trará reflexos na saída da ampla maioria dos partidos da base de sustentação do governo, sendo que no início do processo no Senado somente três grandes partidos que formavam a base aliada permaneceram fiéis ao governo, o PT, partido da presidente, o PCdoB e o PDT, partidos estes situados tradicionalmente de esquerda.

Além do problema de coalização formada, há o fator imprescindível da relação entre a política com o direito. Boa parte da política utiliza o direito como mero instrumento de manutenção do poder, sem nenhuma autonomia. Isso pode ser verificado pela teoria marxista adotada por parcela da esquerda.

Não espanta, portanto, que o marxismo ortodoxo e abordagens foucaultianas sobre o Direito tendam a prevalecer no campo da esquerda acadêmica brasileira, pois essas teorias aparentemente descrevem nossa realidade de forma muito precisa, ao menos até 1988. Para um intelectual de esquerda no Brasil, a tarefa tem sido denunciar a opressão implementada por meio das leis [...].¹⁷⁹

Essa ideologia parte da consideração que o Direito é formado pela classe dominante para estancar a luta de classes. Portanto, o direito é instrumento não autônomo, pertencente a política. Assim, não é necessário pensar a questão jurídica, pois a política resolverá os problemas. “Na realidade, a argumentação marxista dos *alternas* pátrios aproxima-se das teses stalinistas da vontade política acima da lei ou dos nazistas de Schmitt e Hitler.”¹⁸⁰

A legalidade constitucional é deixada em segundo plano, ou seja, o Direito não é considerado útil à resolução dos conflitos, pois é somente a imposição da burguesia, constituindo uma luta que deve ser travada no campo político. Isso foi defendido por parte dos apoiadores do governo, ao não se dedicarem ao trabalho de paralisar o impeachment com o resguardo do aspecto jurídico e sim, travaram o embate no âmbito político.

A crítica do Direito marxista, na atualidade, está em crise devido à desmitificação sofrida pelo desmantelamento do totalitarismo nos países que adotaram o marxismo. Nesta perspectiva, existe uma fase que pode ser denominada romântica (com traços totalitários) do Direito alternativo que começa a se manifestar no Brasil, copiando um movimento de vinte anos atrás na Europa (hoje praticamente inexistente na Itália com a crise do Partido Comunista Italiano), que subestima a importância do Direito para a democracia. O mais

¹⁷⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Sociedade contra o Estado – duas ondas de democratização radicais no Brasil (1988 e 2013): uma interpretação à luz de Franz Neumann. In: STRECK, L.L.; ROCHA, L. S., ENGELMANN, W. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 86.

¹⁸⁰ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003, p. 89

surpreendente é o fato de os *alternativos* brasileiros se dizerem originais e dotados de um pensamento nacionalista, quando imitam, com anos de atraso, os italianos. Tudo isto com o agravante de que o movimento italiando teve suas razões, pois no seu país a lei favorece visivelmente algumas classes, ao contrário do Brasil *sem lei*, onde as classes dominantes ignoram o Direito para se beneficiar. Nada esclarece mais a questão do Direito alternativo do que o fato de que o governo Collor constantemente ir contra a lei e a Constituição (o governo Collor não é, na realidade, o grande modelo de Direito alternativo brasileiro?).¹⁸¹

Nesse contexto, a tese do “golpe” é fomentada e ampliada como principal narrativa de interdição do impeachment. Surgem vários textos que sugerem e debatem a sociologia do processo, os quais têm como conclusão que o governo teria sofrido um golpe parlamentar. Veja-se, por todos, o artigo de opinião do professor Marcelo Neves, o qual é intitulado de “*Conspiração midiático-parlamentar-judicial trama golpe contra a Presidenta, originalmente sob a liderança de um gângster*”.¹⁸² O autor pleiteia a temática da ocorrência do golpe travestido no processo de destituição presidencial promovido pela mídia, pelo parlamento e pelo judiciário.

Em sentido contrário a ideologia de efetivação democrática e efetivação do combate a corrupção foi altamente trabalhada. Parcela da população, dos políticos e dos atores jurídicos consideravam que era fundamental o impeachment para que a probidade administrativa fosse preservada.

Ainda, alegavam que o princípio da responsabilidade é imprescindível às democracias e, assim sendo, a Constituição ao adotar o instituto do impedimento ampararia o processo, tornando vazio o discurso do golpe. Ademais, afirmavam que a permanência do governo seria inviável diante da ausência de governabilidade e isso acarretaria em crises políticas e econômicas.

Por fim, frisam que o plano de governo eleito nas votações nacionais não estava sendo cumprido, configurando uma “fraude eleitoral” e não sendo ético sua

¹⁸¹ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. 2ª ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003, p. 88-89.

¹⁸² Conspiração midiático-parlamentar-judicial trama golpe contra a Presidenta, originalmente sob a liderança de um gângster. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com.br/conspiracao-midiatico-parlamentar-judicial-trama-golpe-contra-a-presidenta-originalmente-sob-a-lideranca-de-um-gangster/>

permanência.¹⁸³ Além disso, teria concorrido com ajuda de verbas oriundas da corrupção, estando eivado de ilicitudes e incompatível com o mandato eletivo.

Contudo, essa tese presente nos defensores do impeachment carrega imprecisões, pois não é porque o processo está amparado pelo artigo 85, da CF/88, que imputa a destituição do mandato ao presidente da república que cometer o crime de responsabilidade e submete esse julgamento ao Senado Federal, após a Câmara Federal autorizar a instauração do processo (artigo 51 e 52, da CF/88), estar-se-ia sob um “impeachment constitucionalizado”

Entretanto, não é uma mera menção no texto constitucional do impeachment que o torna determinado processo de destituição do governante legitimado constitucionalmente. Há de mencionar que a norma fruto da interpretação do texto prevê que haja necessariamente o crime de responsabilidade. A diferença entre texto e norma é essencial à compreensão do instituto do impeachment.

Os exemplos ocorridos em Honduras, em 2009, e no Paraguai retratam bem essa questão.¹⁸⁴ Não é simples presença do impeachment no sistema jurídico interno dos países que torna o processo legitimado. Deve-se verificar de que forma são caracterizados os elementos que a legalidade impõe à retirada do governante.

Em Honduras e no Paraguai, regimes democráticos foram inconstitucionalmente interrompidos, golpeando presidentes legitimamente eleitos, por obra ou com apoio das respectivas cortes

¹⁸³ “[...] o Presidente – assim como o Governador e o Prefeito – não são responsáveis ante o Parlamento, mas tão somente perante o público de cidadãos, pelo não cumprimento de planos/projetos de campanha ou pelo insucesso de políticas/ações tomadas, se essas não configuram crime – comum ou de responsabilidade.” BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes, BACHA E SILVA, Diogo e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O Impeachment e o Supremo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.27.

¹⁸⁴ “No país da América Central, o presidente Manuel Zelaya foi deposto por uma decisão do Parlamento, em um processo sumário em que não lhe foi oferecido qualquer direito de defesa, e por ordem liminar da Corte Suprema daquele país, que determinou sua prisão sem oitiva prévia. Essa ordem judicial poderia até ser compatível com a Constituição, não fosse o presidente preso pelas forças armadas, e não pela força de segurança pública, conforme ordenado pela Constituição hondurenha. E ainda, se não tivesse sido expulso do país por seus detentores, em flagrante desrespeito ao dispositivo ao disposto específico da referida Carta, que impede a expulsão de cidadão hondurenho, o que também impediu o exercício da defesa no processo crime por não estar presente no país. [...] No Paraguai, o desrespeito perpetrado pela sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça à Carta Magna desse país foi ainda mais grosseiro. No episódio da destituição do presidente Fernando Lugo, em junho de 2012, o órgão maior da jurisdição paraguaia negou vigência ao art. 17 da sua Constituição, o qual assegura o direito de defesa “En el proceso penal, o em cualquier outro de cual pudiera derivarse pena o sanción” [...].”SERRANO, Pedro. *Autoritarismos e golpes na América Latina*, p. 147.

suprema. É o que entendemos como jurisdição funcionando como fonte de exceção, e não do direito.¹⁸⁵

Dessa maneira, faz-se necessário estabelecer a relação entre a política e o direito, compreendendo a função da jurisdição constitucional no processo do impeachment, em um contexto de preservação imprescindível dos fundamentos democráticos da República, evitando destituições governamentais inconstitucionais.

4.4 A necessidade do controle da política por parte da jurisdição constitucional para a preservação da democracia

O instituto do impeachment agrega elementos que, nesse contexto, trazem o embate entre as perspectivas políticas e normativas. Todavia, a partir da compreensão do Constitucionalismo Contemporâneo, a interpretação das instituições na democracia deve se pautar pela Constituição, representante máxima do Direito. Esta, que é formada por uma Assembleia Constituinte parlamentar, fundamentada por perspectiva política no momento da sua criação, produzirá o direito.

Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais.¹⁸⁶

Quando uma vez terminada sua produção e iniciada sua vivência, a carta constitucional possui força normativa autônoma e independente da política, pois nesse momento não é somente uma carta de intenções e sim, um documento jurídico de observância compulsória e regida pelo código lícito-ilícito. Ademais, essa obrigatoriedade é a condição de possibilidade da manutenção da democracia, mantendo a conservação desta por meio da interdição das práticas políticas predatórias.

Sendo assim, o Poder Legislativo é conformado pela própria legalidade que este produziu e deve reverência ao direito. Portanto, a própria produção legislativa posterior deve respeitar o que foi pactuado no passado, seguindo o procedimento instituído. Não cabe à política infringir a legalidade, visto que o direito uma vez

¹⁸⁵ SERRANO, Pedro. *Autoritarismos e golpes na América Latina*. São Paulo: Alameda, 2016. p. 147.

¹⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol I. p. 171.

formado, é emancipado em relação a seu criador e impõe até mesmo regras e limites a sua atuação.

Ele deve estender-se simultaneamente ao poder político – já pressuposto com o médium do direito – do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implementação do direito. Da constituição co-originária e da interligação conceitual entre poder político resulta uma ulterior necessidade de legitimação, ou seja, a de canalizar o poder político executivo, de organização e de sanção, pelas vias do direito.¹⁸⁷

Sempre há necessidade de atentar que maiorias futuras possam se convencer que esse documento jurídico-político é dependente da política que se apresenta momentaneamente, sendo que esta compreensão é um risco democrático. Entretanto, essa interpretação da realidade é equivocada, mas sempre presente e, diante disso, a constituição apresenta amarras ao exercício político vindouro. Exemplo disso, é o processo legislativo de mudança da própria constituição brasileira, que impõe um procedimento especial com maior número de votações e de quórum elevado para aprovação de emendas. Além disso, até mesmo algumas matérias não podem ser objeto de deliberação, pois são peça fundamental da democracia constitucional nacional, sendo previsto no art. 60, §4º da CF/88.

A prescrição constitucional ao legislador ordinário demonstra a necessária desconfiança presente numa democracia, de que maiorias sem limites possam solapar direitos dos grupos minoritários. Nesse sentido, também é a disposição constitucional sobre o impeachment.¹⁸⁸

O sistema presidencialista disposto na Constituição atual descreve que, para o impedimento do mandatário do chefe de governo se faz necessária a caracterização de crime de responsabilidade (Art. 85, caput, da CF/88). Qualquer outro aspecto político utilizado como fundamento da decisão que não caracteriza o crime é nulo.

A votação do impeachment como se fossemos um sistema parlamentarista é incompatível com o modelo de governabilidade gestado constitucionalmente, pois a moção de desconfiança que se está utilizando é somente fundada por aspectos

¹⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol I. p. 169.

¹⁸⁸ “O impeachment constitui uma técnica adotada pela Constituição para proteger-se de ofensas do chefe do Poder Executivo. A pena através dele aplicável nada tem de criminal; é apenas política, relacionada a um ilícito político, aplicada por entidades políticas a autoridades políticas.” BROSSARD, Paulo. *Impeachment*. São Paulo: Saraiva, 1992. P. 128.

políticos e deixa sem efeito a baliza do impeachment, ou seja, a imputação de um crime. A sua infringência ataca o núcleo essencial da democracia pátria, isto é, o preceito fundamental do sistema de governo presidencialista.

Em sistemas parlamentaristas quando os conflitos entre Executivo e Legislativo são muito fortes ou insolúveis existem válvulas de escape: voto de desconfiança com a respectiva queda do gabinete ou, em alguns casos, dissolução do próprio parlamento com convocação de eleições. Tais saídas não existem no presidencialismo, onde o chefe do Poder Executivo só pode ser retirado do cargo pelo término do mandato ou eventualmente através de processo de impeachment no caso da prática de crime de responsabilidade.¹⁸⁹

No caso brasileiro, a caracterização do crime de responsabilidade é elemento *sine qua non* o impeachment não prospera. Elementos de fora dessa questão, como a questão econômica e a falta de governabilidade são questões que fundamentais ao governo, mas não foram taxadas como hipóteses de retirada do chefe do poder executivo. Ademais, as graves denúncias de corrupção que atingem a administração pública, se não atingirem comprovadamente a chefe do governo devem ser apurados pela justiça penal e não pelo processo de impeachment. Por fim, denúncias de campanha realizadas de forma ilícita não são objeto de possibilidade de punição, pois são estranhos ao mandato, possuindo forma própria de apuração e de penas.

Portanto, considerando que o crime é pressuposto à figura do impeachment, este não está ao alcance da maioria eventual que não possui discricionariedade para criminalizar uma conduta somente pela vontade de determinado grupo.

O Supremo Tribunal Federal por diversas oportunidades em sua história institucional tem reafirmado, em decisões, a natureza mista do impeachment, ou seja, caracterizado por elementos políticos e jurídicos.¹⁹⁰ Assim, a Constituição submete à tipificação a lei especial numa clara atribuição jurídica ao instituto.

Diante desses elementos, é a instituição da lei que regerá o impeachment. Isso causará a obrigatoriedade da imputação do princípio da legalidade ao processo,

¹⁸⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. In: *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 20, n. 20, p. 253-299, jul./dez. 2016. p. 255.

¹⁹⁰ “A doutrina constitucional, no entanto, vem assumindo a ideia de que se trata de instituto de natureza mista, sendo que parte de natureza política e em parte de natureza penal”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes, BACHA E SILVA, Diogo e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O Impeachment e o Supremo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.24.

exigindo que garantias daí decorrentes sejam aplicadas, como a correta imputação ao crime e a vedação de analogias e interpretações extensivas, sendo que “la teoría y la práctica admitem en fora generalmente unânime que una consecuencia fundamental de principio de legalidad em la *prohibición de la analogía*.”¹⁹¹

Além disso, o STF possui súmula vinculante no qual refere que as legislações que regulam a deposição dos governantes, até mesmo na esfera estadual e municipal são de natureza federal, cabendo privativamente à União sua aprovação, pois cabe a esta as questões de matéria penais, processuais e especiais conforme o art. 22, I e o art. 85, da CF/88.¹⁹²

Súmula Vinculante 46: A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União.¹⁹³

A natureza jurídica, assim, do delito do crime de responsabilidade é elemento imprescindível. Para que o delito seja caracterizado é necessário a “la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son desde hace un siglo las categorías básicas del sistema”.¹⁹⁴

Desta feita o Parlamento não tem poder discricionário para imputar o crime de responsabilidade quando o aspecto jurídico não estiver claramente presente. Há somente discricionariedade no aspecto político, mas não na imputação do delito, sendo que, ausente este pressuposto e aprovado o impedimento, este será contrário à Constituição.

Essa compreensão é contrária ao entendimento esboçado por autores que esboçam a tese que o impeachment é meramente político. O maior expoente dessa

¹⁹¹ BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 204.

¹⁹² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Art. 85. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 46. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2368>>. Acesso em: 05 dez. 2016. A súmula foi gerada pelo julgado assim representado: “A definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento dos agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em lei nacional especial (art. 85 da Constituição da República)”. (ADI 2220, Ministra Relatora Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgamento em 16.11.2011, DJe de 7.12.2011)

¹⁹⁴ BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 204.

tese, Paulo Brossard, que, sob influência do sistema constitucional norte-americano, afirma que o crime de responsabilidade compõe infrações funcionais e penais, sendo o impeachment um processo político, já que ao Senado não imputa penas criminais. Diante dessas considerações, não caberia nenhum tipo de controle judicial do impeachment, sendo que “as decisões do Senado são incontestáveis, irrecorríveis, irreversíveis, irrevogáveis, definitivas. Está a lição, numerosa, de autores nacionais e estrangeiras.”¹⁹⁵

Não obstante a pesquisa sofisticada de Brossard, devem ser tecidas algumas objeções. O autor apresenta relevante apropriação da tradição doutrinária e jurisprudencial desde o nascimento do Estado brasileiro, passando por diversos sistemas constitucionais e sua interpretação que ocorria em cada contexto histórico. Além disso, analisa comparativamente a natureza da responsabilidade em diversos sistemas de justiça constitucionais.

A verificação do impeachment em tempos pretéritos e em outros locais é imprescindível para melhor compreensão do fenômeno na atualidade. Contudo, a interpretação contemporânea deve ter como baliza a Constituição de 1988, carta que rege o sistema jurídico nacional nesse momento histórico.

A mudança no sistema constitucional necessita que a interpretação seja realizada verificando a evolução que a democracia tem passado. Não é passível aceitar que o impeachment seja compreendido de forma igual nas Constituições de 1891, quando iniciou, e de 1988, como se não tivesse ocorrido nenhuma mudança entre esses períodos constitucionais.

O imaginário sobre a Constituição sofreu profunda modificação do século XIX ao século XXI e a consequência que isso gerará na noção da democracia. No século XIX, a democracia se iniciava e o Poder Legislativo era tido como o principal poder republicano. A Constituição ainda era raquítica normativamente, sendo que seu principal papel, o de controlar o poder, carecia de efetividade. Exemplo disso é a ascensão de regimes autoritários em todo mundo no século XX e que esvaziaram a juridicidade da Constituição e se emponderaram desta.

Todavia, a partir do fracasso destes regimes e da necessária reinvenção da constituição como locus de atribuição de sentido da democracia, ocorre uma

¹⁹⁵ BROSSARD, Paulo. *Impeachment*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 151. “A Constituição, implícita e explicitamente, repele a possibilidade da interferência do Poder Judiciário em assuntos de impeachment, seja por via de recurso, seja através de revisão”. Idem, p. 153.

inversão valorativa desta a partir do segundo pós-guerra. O povo soberano já não possuía total discricionariedade para agir e é nesse momento que iniciou a limitação dos poderes de forma efetiva.

É nesse contexto que emerge o Poder Judiciário e seu papel de controle da legalidade dos atos políticos, como consequência da atribuição da forma normativa a Constituição. É “a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança que tais limites não serão ultrapassados”.¹⁹⁶

A supremacia judicial ganha contornos quase unânimes, pois é necessária a manutenção da democracia. Desse modo, o julgamento do impeachment deve seguir a Constituição, sendo que a vontade popular presente no Congresso Nacional, não autoriza a casa política a ser discricionária quando está funcionando como julgador do chefe de governo, pois a “casa política”, antes de mais nada, é um Tribunal naquele momento.

Além disso, se a constituição brasileira utiliza o termo “crimes de responsabilidade” devem ser reconhecidos os limites semânticos do texto. Por óbvio que podemos criticar a imprecisão linguística do termo, como faz Brossard que menciona que o termo não retrata a realidade,¹⁹⁷ mas é a partir do termo esculpido na Constituição que a interpretação do impeachment deve ocorrer, respeitando os limites semânticos que o texto impõe.

Além disso, mesmo que Supremo Tribunal Federal possua jurisprudência anterior à Constituição atual, no sentido da natureza política do instituto, ou da não intervenção nos aspectos da legalidade da sua legalidade, é presente que a matéria nunca foi unânime. O Judiciário deve guardar coerência dos seus julgados, no entanto, a mudança do contexto constitucional se sobrepõe a isso.

A menção a “crimes de responsabilidade” pode ser a mesma em diferentes cartas constitucionais brasileiras,¹⁹⁸ todavia, isso não permite concluir que a atribuição de sentido possa ser a mesma sem ter a compreensão que a Constituição

¹⁹⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240.

¹⁹⁷ “Esta falha da Lei Básica, que reiteradamente se refere de modo equívoco a crime de responsabilidade, ora com sentido de infração política, ora na acepção de crimes funcional, tem concorrido para defectiva sistematização do instituto concernente à responsabilidade presidencial.” BROSSARD, Paulo. *Impeachment*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 65.

¹⁹⁸ “A Constituição de 1988 conservou a velha e defeituosa denominação, empregando-a dez vezes, sem sentido igualmente equívoco, ora no sentido de infração político-disciplinares, ora no de crimes funcionais” BROSSARD, Paulo. *Impeachment*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 66.

de 1988 se insere no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, período que revoluciona os paradigmas anteriores e busca efetivar uma Constituição compromissória, dirigente e que impõe o Estado Democrático de Direito.

Isto impõe uma releitura do instituto e sua adequação constitucional. No caso de ausência de crime ou violação ao devido processo legal cabe ao guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, nulificar o ato praticado pela instância política. Aqui não é o próprio Tribunal que está barrando o impeachment por sua vontade, mas sim aplicando o imperativo constitucional.

A constatação da ausência de crime é uma flagrante violação ao devido processo legal e deve ser sindicado pelo Poder Judiciário. Vários juristas teceram opiniões sobre a não caracterização do delito,¹⁹⁹ outros elaboraram pareceres dispondo,²⁰⁰ em suma, pela ausência de crime, pois as pedaladas fiscais não podem ser tidas como operações de crédito e assemelhados, visto a vedação de analogia nesse caso. Ainda, sobre a imputação de ter expedido decretos sem autorização do Congresso Nacional, os juristas alegam que a meta foi revista, sendo que a presidente obteve a ratificação da sua atuação pelo parlamento. Ademais, isso não implicou em nenhum prejuízo final aos cofres públicos.

Nesse contexto, mesmo em uma atuação procedimental de Jurisdição Constitucional e que não adentra do mérito das questões políticas, é tarefa fundamental a atuação do Judiciário no que concerne a preservação do devido processo legal, no qual as partes possam intervir verdadeiramente no delinear do feito. Assim, a constatação da possível ausência de justa causa é compatível com

¹⁹⁹ STRECK, Lenio; CATTONI, Marcelo; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. *Não há elementos jurídicos para impeachment de Dilma, rebatem juristas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-04/nao-elemento-juridico-impeachment-dilma-dizem-advogados>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

²⁰⁰ Os principais argumentos favoráveis a presidente Dilma não serão retomados em específico, pois podem ser consultados nos pareceres listados abaixo. Parecer de André Ramos Tavares, disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/Parecer_Andre_Ramos_Tavares.pdf>; Parecer de Gilberto Bercovici, disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/Parecer_Impeachment_Bercovici.pdf>, e Parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello e Fábio Konder Comparato, disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/Parecer_Bandeira-Comparato.pdf>. Vale a pena ver também, sobre o descabimento técnico-jurídico quanto à ausência de configuração de crime de responsabilidade, entre outros: Manifesto dos Juristas contra Impeachment ou Cassação de Dilma. Disponível em <<http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=manifestojuristas>>; NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Parecer. Disponível em <<https://cloudup.com/ig-cUkufb7N>> e RIBEIRO, Ricardo Lodi. Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Rousseff. In: Revista Consultor Jurídico, 04.12.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment>>

um procedimento constitucional material, sendo que “o paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático.”²⁰¹

Outrossim, não é por que o impeachment tenha seguido o rito determinado pelo STF na ADPF 378 que o processo de impedimento torna por si legítimo constitucionalmente. Deve se distinguir entre um rito meramente formal e um procedimento legislativo constitucional que se coaduna com o devido processo legal, que é elemento fundante do processo de impedimento. Ademais, o STF não cumpre sua relevante função quando se nega a sequer analisar a legalidade do impeachment,²⁰² adentrando apenas em aspectos formais, o que gera uma verdadeira blindagem à prática política, constituindo este um soberano ilimitado.

[...] 2. O conteúdo do juízo exclusivamente político no procedimento de Impeachment é imune à intervenção do Poder Judiciário, não sendo passível de ser reformado, sindicado ou tisdado pelo Supremo Tribunal Federal, que não deve adentrar no mérito da deliberação parlamentar.

3. Restringe-se a atuação judicial, na hipótese, à garantia do devido processo legal. A forma do procedimento de impeachment deve observância aos direitos e garantias do acusado, especialmente aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos pela Constituição da República e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). [...]

5. A atuação judicial pode, assim, adequar, em tais limites e naqueles definidos pelos pedidos na presente ADPF, o procedimento quando necessário à observância de regras e preceitos constitucionais.²⁰³

O devido processo não é assegurado quando os julgadores não estão abertos a argumentos jurídicos produzidos na instrução do processo do impeachment. Ademais, não é correto senadores que funcionam como juízes serem acusadores,

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol II, p. 183.

²⁰² Refere ainda Schier: “Mesmo sem ter cometido qualquer crime de responsabilidade, o parlamento, invocando as razões mais despropositadas, resolveu afastar a Presidenta, transformando o impeachment em voto de desconfiança. Essa “virada de sentido” do impeachment vem confirmada, concomitantemente, pelo Supremo Tribunal Federal, que se declara não competente para analisar os aspectos – sequer de legalidade – do julgamento feito pelo Senado Federal. Deste modo, pouco importa o motivo, se houve ou não crime, a decisão do parlamento não sofrerá controle. Pois é isso a transformação do impeachment em voto de desconfiança. SCHIER, Paulo Ricardo. *Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil*. In: *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 20, n. 20, p. 253-299, jul./dez. 2016. p. 293.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adpf nº 378. Brasília, . Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF378LRB.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2016.p. 15-16.

pois acusação e julgamento não podem estar do mesmo lado. Não é a mera menção que foram produzidas inúmeras provas e horas de depoimentos de testemunhas ou de interrogatório da ré, é que o devido processo foi resguardado. Além disso, que tipo de processo no qual durante a produção de prova e depoimentos finais, os julgadores políticos adiantavam julgamento antecipado da questão.

O perigo da ocorrência de um julgamento fruto de ideologias e parcialidades já era enfrentando por Hamilton no séc. XVIII, quando mencionava que era contrário à instituição de júri para o julgamento do chefe de governo, pois as emoções estariam à flor da pele. No entanto, nada de diferente ocorreu contemporaneamente no Senado.

Pode-se alegar que a intervenção de um júri, no segundo caso, obviaria o perigo. Os júris, porém, são em geral influenciados pela opinião dos juízes e algumas vezes induzidos a pronunciar vereditos especiais, submetendo o problema à decisão deles. Quem gostaria de entregar sua vida e seus bens ao arbítrio de um júri atuando sob os .auspícios de juízes que já predeterminaram sua culpa?²⁰⁴

O julgamento pelo Poder Legislativo busca tornar o processo mais democrático para o autor, pois há a pressuposição que, principalmente o Senado, possui qualidade técnica e experiência política para que faça um julgamento sem atropelos e distanciados de emoções repentinas.

Nesses críticos momentos, quão salutar será a interferência de um grupo de cidadãos moderados e respeitáveis, a fim de deter a orientação errada e evitar o golpe preparado pelo povo contra si mesmo, até que a razão, a justiça e a verdade retomem sua autoridade sobre o espírito público! De quantos sofrimentos amargos o povo de Atenas não se teria livrado se seus governos tivessem providenciado uma salvaguarda contra a tirania de suas próprias paixões? As manifestações populares teriam então evitado a triste acusação de haverem dado, para os mesmos cidadãos, num dia a cicuta e estátuas no outro²⁰⁵

No entanto, isso não é uma carta em branco ao Poder Legislativo, como até mesmo Brossard ressalta.

²⁰⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1984, p. 501 – 502.

²⁰⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1984, p. 487.

Isto por que, a despeito de ser intenso o teor político do processo, e apesar de ter ele lances de inegável discricionariedade, não constitui o *impeachment* questão “exclusivamente política”, na acepção jurídica do termo, pois não é processo que se desencadeie à inteira discricção do Congresso, em área deixada em “branco” pela lei.²⁰⁶

Desse modo, não é possível concordar com as decisões que se baseiam no argumento de matéria *interna corporis* utilize a jurisprudência do Tribunal anterior a Constituição de 1988. A falta de controle do Parlamento cria verdadeiros espaços no qual é ausente o aspecto jurídico, torna um estado de exceção no sentido de Carl Schmitt no qual o soberano decide pela suspensão da legalidade e impõe sua vontade política.²⁰⁷

O que importa para Carl Schmitt é a ideia de soberania. Soberano para Carl Schmitt é aquele que pode decretar quem é amigo e quem é inimigo e, mais do que isso, soberania só existe no Estado de exceção – em que há a suspensão dos direitos individuais –, e não no Estado de direito. Pois neste a relação de cidadania limita a atuação do Estado – pelo reconhecimento de direito dos cidadãos – e a soberania não se realiza de forma plena a fim de realizar a identificação desse povo.²⁰⁸

A exceção é causada muitas vezes pela própria jurisdição que se caracteriza como o soberano, que decide de forma *ad hoc* a aplicação da Constituição. Isso pode ser observado quando do julgamento do pedido liminar da defesa de Dilma Rousseff, que pleiteava a adequação das normas infraconstitucionais com as normas constitucionais, o Ministro Teori alegou

É preciso considerar que [...] dúvidas não há sobre as avassaladoras consequências que uma intervenção judicial volúvel poderia gerar no ambiente institucional do país, que atravessa momentos já tão dramáticos do seu destino coletivo. Seriam também enormes as implicações para a credibilidade das instituições brasileiras no cenário mundial promover, mais uma vez –e agora por via judicial– alteração substantiva e brusca no comando da Nação.²⁰⁹

²⁰⁶ BROSSARD, Paulo. *Impeachment*. São Paulo: Saraiva, 1992. p.181.

²⁰⁷ Define, na mesma obra, a exceção como forma primária da manifestação da verdadeira soberania. [...] postula a decisão política como essência da Constituição e do direito. SERRANO, Pedro. *Autoritarismos e golpes na América Latina*. São Paulo: Alameda, 2016. p. 50.

²⁰⁸ SERRANO, Pedro. *Autoritarismos e golpes na América Latina*. São Paulo: Alameda, 2016. p. 49-50.

²⁰⁹ Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1824652-stf-nega-pedido-de-dilma-para-anular-processo-de-impeachment.shtml>

No entanto, esse mesmo tribunal tem intervindo diretamente no Poder Legislativo, destituindo, para o bem ou para o mal, o presidente da Câmara dos Deputados,²¹⁰ do Senado e fixado uma nova tese sobre a linha sucessória presidencial.²¹¹ Há uma evidente falta de coerência em seus julgados, compreendendo o fenômeno de forma consequencialista.

Esse tipo nefasto de exceção se caracteriza pela simplificação da decisão a si mesma, sem qualquer mediação real pelo direito, por uma provisoriedade inerente, pois não trata de extinguir o direito, mas de suspendê-lo em situações específicas; por seu fim eminentemente político-soberano, em que o poder se apresenta de forma bruta e, por consequência, por sua autolimitação e pela ausência de coerência ou racionalidade. Nesse último aspecto, a decisão judicial de real exceção não produz “jurisprudência” para situações semelhantes juridicamente, mas diferente politicamente.²¹²

Essa consideração é incompatível com o legado do Estado Democrático de Direito, no qual o poder dividido entre os três Poderes possui certo controle. O soberano deve ser limitado, sendo que a história mundial possui uma variedade de exemplos sobre os perigos que as concentrações autoritárias do poder causam.

A suspensão temporária da ordem jurídica, em parte ou em todo, não é aceita em uma democracia constitucional. O governo é do povo, mas este que não possui livre atribuição de infringir as regras do funcionamento da República, devendo obedecer aos regramentos institucionalizados. Além disso, se o poder popular sofre limitações, nada mais compreensível que seus representantes também o sejam.

[...] de que modo a que o princípio “todo o poder político parte do povo” vai ser concretizado através dos procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada de opinião e da vontade. No Estado de direito delineado pela teoria do discurso, a soberania do povo não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis.²¹³

Assim sendo, a Jurisdição Constitucional deve garantir a constitucionalidade do processo do impeachment, visto tocar no cerne sensível do nosso sistema

²¹⁰ Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/05/politica/1462448950_128386.html

²¹¹ Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,maioria-no-stf-vota-para-que-reus-saiam-da-linha-sucessoria-mas-decisao-final-e-adiada,10000086195>

²¹² SERRANO, Pedro. *Autoritarismos e golpes na América Latina*. São Paulo: Alameda, 2016. p.149.

²¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol I. p. 173.

democrático, a soberania popular e o sistema presidencialista de governo. Por fim, como bem ressaltam os professores Alexandre Bahia, Diogo Bacha e Silva e Marcelo Cattoni:

Desde quando garantir a constitucionalidade do processo de *impeachment* é infringir a soberania popular? Ao que consta, o processo de impedimento toca o núcleo do sistema presidencialista de governo adotado pela Constituição – à separação de poderes, “cláusula pétrea” -, ou seja, ao modo com que as deliberações estatais mais fundamentais devem ser constitucional e democraticamente formadas [...] ²¹⁴

O devido processo legislativo não é mero direito das minorias, mas é exigência república baseada no princípio democrático e na materialização da Constituição. Assim, o direito a um trâmite legislativo conforme a Constituição não deve ser somente um direito subjetivo do parlamentar como se fosse uma questão privada e sim uma questão pública, pois o parlamentar está exercendo uma função pública. ²¹⁵

O respeito à Constituição como norma jurídica, ou seja, o cumprimento da lei, é imprescindível para a manutenção da democracia. A destruição dos regimes democráticos ocorre pela destituição da lei, mesmo que possa ser fruto de classes mais abastadas, a legalidade é imprescindível ao Estado Democrático de Direito. Leonel Severo Rocha ao comentar sobre o cumprimento da lei cita o caso francês.

A Revolução Francesa, principalmente, impôs a lei como uma forma racional de limitação do poder do Estado e de garantir os direitos e garantias individuais do cidadão. A lei é uma imposição da Revolução de 1789 contra os privilégios da nobreza no *ancien regime*. A burguesia sempre tentou se apropriar das manifestações da lei a seu favor. As análises marxistas têm, por isto, enfatizado o caráter de classe da lei. Mas não pode desprezar o fato de que a lei

²¹⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes, BACHA E SILVA, Diogo e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O Impeachment e o Supremo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.94.

²¹⁵ O problema, seja, numa ou noutra vertente de consideração, deve ser analisado em vista das competências constitucionalmente atribuídas à corte constitucional e à sua sobrecarga com questões estritamente políticas. Trata-se de estabelecer as situações abusivas de interveniência destrutiva do Judiciário na formação democrática da vontade estatal, assim como caracterizar o excesso de invocação do Judiciário nos conflitos estritamente políticos em torno da decisões da maioria. Mas o problema não pode ser solucionado com a simples proposta de redução da competência da corte e dos remédios ou recursos constitucionais. O desrespeito à Constituição pela força majoritária, atingindo direito da minoria, envolve o perigo totalitário das concepções hiperdemocráticas do Estado. O controle judicial da constitucionalidade dos atos legislativos e governamentais é imprescindível ao Estado de Direito.” NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes: 2008, p. 235.

burguesa fornece concessões inexistentes sob o regime absolutista anterior. A lei, mesmo tendo um certo caráter de classe, limita abusos do poder. Também não pode se esquecer que foi a própria burguesia que foi obrigada a desrespeitar certos princípios da lei, definidos no curso da Revolução, para justamente obter a sua hegemonia. Essa contradição demonstra que a lei possui uma especialidade política e que sempre que se procura utilizá-la de maneira facciosa é preciso pervertê-la.²¹⁶

Por fim, ressalta-se que cumprir a lei em tempos de Constitucionalismo, é sim democrático. É a lei que dá o modo de atuação estatal e limita esse o poder.²¹⁷ É relevante que o próprio cumprimento da lei em terras brasileiras não tem ocorrido de forma plena. O país tem vivido em várias ocasiões a direito de exceção, ou seja, a vontade política sobrepõe a lei, em debates parlamentares e no próprio Poder Judiciário que não assume sua função reservada constitucionalmente, que é agir quando houver a violação da Carta Maior e ter cautela quando não hipótese constitucional de intervenção em outros poderes.

²¹⁶ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003, p. 142.

²¹⁷ “A lei comunica-se com os espaços de poder da sociedade, ultrapassando o próprio Estado. O sentido político-simbólico da lei irradia-se ilimitadamente no social, abrigando no seu seio suas lutas e contradições e mesmo estimulando-as, devido à propensão que também possui de solucioná-las. A lei é um espaço de profunda ambiguidade, provocada por sua dimensão argumentativa, o que gera na lei um lugar de mediação dos conflitos, capaz de neutralizar no judiciário os antagonismos sociais, sem acabar com as diferenças de classes que os constituem no capitalismo. A lei possui uma relação direta com o poder, ao mesmo tempo que certa neutralidade, o que lhe fornece a sua especialidade. O poder político, seja de origem democrática, seja totalitário, é sempre presente na gênese da lei. O conteúdo da lei é sempre político. Contudo, uma vez vigente a lei, o poder não pode alterá-la, sendo obrigado a cumpri-la. A neutralidade da lei deriva do direito que todo cidadão possui de reivindicar seus direitos. A lei positivada é igual para todos. A lei deve ser obedecida por todos para a manutenção da igualdade no direito à decisão. O Direito, baseado no princípio democrático, é assim, a condição de legitimidade da lei e do próprio Estado”. ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003, p. 121.

5 CONCLUSÃO OU CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa, a partir da teoria discursiva habermasiana e da Crítica Hermenêutica do Direito, teve como escopo problematizar a relação entre a Jurisdição Constitucional e prática política ocorrida no Parlamento e sua possibilidade de controle por parte do direito, tendo como contexto de fundo o instituto do impeachment, quando os aspectos jurídicos e políticos estão tencionados e em constante atrito.

Assim, o ponto central do trabalho debater a viabilidade do julgamento político ocorrido no Congresso Nacional ser sindicado pelo Poder Judiciário, em um contexto de Constitucionalismo Contemporâneo, ou seja, num paradigma de efetividade da Constituição em que a atuação judicial deve pautar-se por parâmetros de respeito aos demais Poderes, mas que deve garantir a observância dos princípios emanados constitucionalmente.

Para realizar a presente análise, inicialmente, no capítulo 1 averiguou-se o nascimento do debate teórico sobre a limitação do poder político no contratualismo de Hobbes, Rousseau e Locke, sendo que em um primeiro momento não há limitação do poder soberano buscando desse modo a instituição de um Estado Absolutista; em um segundo momento, a instituição de uma democracia plena, na qual a soberania passa ao povo, mas que ainda não apresenta o controle; no terceiro e último momento, uma democracia representativa e com controle da deliberação por parte de poder autônomo.

Ademais, perquiriu-se como as diferentes formas que as Revoluções Liberais do século XVIII foram forjadas influenciará a função reservada à Jurisdição Constitucional no Estado, tendo o exemplo norte-americano desde logo atribuído valor maior ao aspecto jurídico e gerando como consequência a limitação do campo político; Todavia, o modelo francês atribui peso maior à deliberação ocorrida no parlamento, enfraquecendo o modelo judicial e provocando uma intensidade de rupturas constitucionais.

Por fim, verificou-se que o modelo francês de relação entre direito e política retrata as dificuldades europeias de implementação de um controle judicial concreto de limitação da política até, pelo menos, o fim da Segunda Guerra mundial. Isto é retratado no debate Kelsen-Schmitt sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição, ou seja, se a guarda será judicial ou política e que somente com as

atrocidades ocorridas nas guerras mundiais é que convenceu majoritariamente que os procedimentos democráticos devem ser restringidos pelo Judiciário.

No capítulo 2, demonstrou-se o apogeu do Constitucionalismo e a forma que as teorias de base, Habermasiana e a Crítica Hermenêutica do Direito, visualizam esse novo papel na relação entre a Jurisdição e a política, atribuindo o primeiro, um modo procedimental do direito no contexto de uma teoria deliberativa da democracia, e o segundo, um modo substancial de atuação judicial.

Ainda, demonstrou-se como observam a implementação de direitos na esfera pública e como avaliam a ameaça da juristocracia, dispondo sua contrariedade as posturas que impõem ao Judiciário o ditame dos rumos republicanos, controlando desse modo, a atuação dos juízes e evitando decisionismos que afrontam a legalidade constitucional. Por fim, demonstrou-se que uma postura ativista nem sempre se coaduna como uma ação de implementar, mas que a negligência em controlar determinado aspecto que viola a Constituição pode ser considerado a face contrária da mesma moeda.

No capítulo 3, foi abordado o instituto do impeachment desde seu nascimento na Inglaterra até sua incorporação no ordenamento pátrio ainda no século XIX até sua manutenção na Carta Magna atual. Ainda, descreveu-se os impeachments recentes da história constitucional brasileiro, o caso Collor e a destituição de Dilma Rousseff, atribuindo aos dois casos o problema do presidencialismo de coalização e a perda de apoio da base parlamentar.

Além disso, verificou-se as teses sempre presentes em processos de responsabilidade, entre o golpe e a efetivação democrática. Por último, respondeu-se a questão sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no julgamento político promovido pelo Congresso Nacional quando este está funcionando como um Tribunal e de como o entendimento corrente principalmente no Supremo Tribunal Federal acarreta a fragilização da normatividade da Constituição e uma ameaça a democracia.

Assim sendo, considerando o desenvolvimento da pesquisa por meio dos marcos teóricos de sustentação e o cumprimento dos objetivos previstos, podem ser estabelecidos alguns apontamentos a título de considerações finais:

a) O pensamento dos contratualistas políticos é o primeiro a pensar a questão do poder de forma secular na Era Moderna. É a partir do pensamento de Locke que

será atribuída a necessidade de controle do Soberano através da instituição de uma Constituição que limite o poder político;

b) As Revoluções Liberais do Séc. XVIII, legaram dois modelos de constitucionalidade, o primeiro nascido nos Estados Unidos e que se caracteriza como a sobreposição do aspecto jurídico sobre a deliberação política. Outrossim, na França é há a emergência do exemplo oposto, de potencialização da democracia sem um maior controle judicial, o que gerou o enfraquecimento da força normativa da Constituição;

c) O constitucionalismo não é incompatível com a democracia, sendo a própria defensor desta, pois impõe barreiras a práticas predatórias da política diante de maiorias, sendo que a necessidade do controle judicial dos atos provenientes do Parlamento é fator imprescindível à efetividade do ideal democrático, não a deixando à mercê da vontade arbitrária do soberano;

d) A teoria discursiva habermasiana, através da tutela do procedimento democrático e participação livre e igualitária dos indivíduos na participação deliberativa, e a Crítica Hermenêutica, por meio de uma defesa da Constituição como garantidora de direitos e epicentro interpretativo dos entes estatais, convergem no sentido crítico da concepção da juristocracia, nos quais os juízes de forma voluntarista substituem a deliberação pública. No entanto, essa crítica não destitui a necessidade de a Jurisdição Constitucional intervir nas práticas políticas que afrontam a Lei Maior;

e) A prática jurídica pode ser ativista por meio de comportamentos interventivos que invadem indevidamente a competência de outros poderes e substituindo a Lei por concepções morais, políticas, econômicas, ou por concepções de recusa de cumprir sua função atribuída constitucionalmente, como por exemplo, o controle de práticas políticas predatórias ao princípio republicano;

f) O instituto do impeachment forjado na Monarquia foi incorporado no Estado republicano com sistema presidencialista e almeja a responsabilidade do chefe do governo, sendo que em sua história variou de uma natureza criminal a política. No

caso brasileiro, há a conjugação desses dois fatores, sendo estabelecido a natureza mista do impeachment, político/jurídico, por consequência da necessidade da caracterização de crime de responsabilidade;

g) A história recente do Brasil verificou a observância de dois impeachments, o primeiro de Fernando Collor, em 1992, e o segundo, de Dilma Rousseff, em 2016, os quais retratam os problemas do presidencialismo de coalizção, diante de agrupamentos gerados de forma estratégica, que são fragilizados rapidamente e que causam maior possibilidade de crises políticas e destituições de governos;

h) O processo de impeachment deve ser compreendido no novo contexto emergido com a Constituição de 1988, no qual são incompatíveis poderes soberanos absolutos que são blindados ao controle jurisdicional. Portanto, deve ser reconfigurada a atuação dos atores jurídicos, principalmente a máxima instância judiciária de interpretação constitucional, adequando esta ao paradigma que se implementa.

i) A atribuição da imputação de crime por parte da política que torna válida a caracterização de crime de responsabilidade não é discricionária. Há necessidade de respeito aos princípios regentes do direito penal, principalmente o princípio da legalidade e taxatividade, não podendo ser aplicados *analogia in malam partem*, tão pouco utilizadas interpretações extensivas para a caracterização do crime;

j) Ocorrendo violação de índole constitucional no impeachment, como a infringência da caracterização do crime de responsabilidade ou ao devido processo legal cabe ao Judiciário por meio da sua mais alta Corte realizar a invalidação do processo. Essa atividade não coloca o Poder Judiciário como Poder maior do que o Poder Legislativo, mas sim realiza sua atividade constitucionalmente atribuída pelo poder popular;

k) Não há como *a priori* elencar em quais casos teria intervenção judicial, pois cada caso deve ser interpretado de forma a contabilizar a decisão a Constituição, visto ser hermeneuticamente impossível dar respostas antes das perguntas, como já pretendia o método moderno que indica a ideia de certeza e segurança próprias da

matematicidade do pensamento moderno, uma vez que o direito é um conceito interpretativo.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988.
- ALVES, Adamo Dias, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Carl Schmitt: um teórico da exceção sobo estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 105, jul./dez. 2012.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. 2. ed. Companhia das letras, 1989.
- BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Orgs). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Jorge Zaher Editora, 2008, .
- _____. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zaher Editora, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 378. Brasília, . Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF378LRB.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 46. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2368>>. Acesso em: 05 dez. 2016.
- BROSSARD, Paulo. *Impeachment*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. Direitos fundamentais e democracia: Um diálogo entre Habermas e Nino. *Direitos fundamentais & justiça* -ano 5, nº17, p.244-270, out./dez. 2011.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. Direitos fundamentais e democracia:Um diálogo entre habermas e Nino. *Direitos fundamentais & justiça* -ano 5, nº17, p.244-270, out./dez. 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. Entrevista a Juarez Guimarães. In: Juarez Guimarães: Leituras da Crise – Diálogos sobre o PT, a democracia brasileira e o socialismo. Marilena Chauí,

- Leonardo Boff, João Pedro Stedile, Wanderley Guilherme dos Santos entrevistados por Juarez Guimarães. 1ª edição. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, Crise e Cidadania*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.
- GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol I.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol II.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1984.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1984.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Tradução de Jorge Eduardo Rivera. Madrid: Trotta, 2003.
- HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática - Os Limites da Dominação Totalitária - Col. Invenções Democráticas*. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Petrópolis: Vozes, [s.n]., p. 72. Livro Digital disponível em: http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf
- LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, v. 2.
- MACEDO JR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. In: Guest, Stephen. Ronald Dworkin. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A reorientação do princípio republicano a partir da solidariedade*, Brasil. 2011. 376 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-

Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2011.

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

MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEQUETE, Lenine. *O escravo na jurisprudência – Magistratura e ideologia no Segundo Reinado*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 1988.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes: 2008.

NUNES, António José Avelãs. *As Voltas que o Mundo dá*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. *Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. *Consultor Jurídico*. 30.04.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>. Acesso em: 9 de ago. 2015.

RIBEIRO, Renato Janine. Democracia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

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

RICOEUR, Paul. *O Justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 2.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). *Direito e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Sociedade contra o Estado – duas ondas de democratização radicais no Brasil (1988 e 2013): uma interpretação à luz de Franz

- Neumann. In: STRECK, L.L.; ROCHA, L. S., ENGELMANN, W. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Ed. Ridendo Castigat Mores. Edição eletrônica. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>
- SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. In: *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 20, n. 20, p. 253-299, jul./dez. 2016.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de La Constitucion*. Madrid. Editora Tecnos, 1983.
- SERRANO, Pedro. *Autoritarismos e golpes na América Latina*. São Paulo: Alameda, 2016.
- SILVA, Virgílio Afonso; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a Jurisdição Constitucional, In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). *Direito e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROS, Renata Furtado de. Limites Constitucionais do Ativismo Judicial. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coords). *Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.
- STEIN, Ernildo. Novos caminhos de uma filosofia da constitucionalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 12.
- _____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- _____. O que é isto, o ativismo judicial, em números? *Consultor Jurídico*. 26.10.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em: 11 de ago. 2016.
- _____, Marcelo; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. *Não há elementos jurídicos para impeachment de Dilma, rebatem juristas*. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2015-fev-04/nao-elemento-juridico-impeachment-dilma-dizem-advogados>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Estado de nações: Hobbes e as relações internacionais no século XXI*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da Modernidade*. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999.

VITALE, Denise; Melo, RÚRION Soares. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). *Direito e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.