

**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
FACULDADE DE DIREITO  
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* - MESTRADO ACADÊMICO DE DIREITO**

**CESAR LUIS DE ARAÚJO FACCIOLI**

**Democracia e corrupção, conexões, tensões e condicionantes: o  
enfrentamento às práticas corruptivas como condição de consolidação da  
democracia no Brasil**

**PORTO ALEGRE  
2018**

**CESAR LUIS DE ARAÚJO FACCIOLI**

**Democracia e corrupção, conexões, tensões e condicionantes: o  
enfrentamento às práticas corruptivas como condição de consolidação da  
democracia no Brasil**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa  
de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de  
Direito da Fundação Escola Superior do Ministério  
Público.

Orientador: Prof. Dr. Francisco José Borges Motta

**PORTO ALEGRE  
2018**

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

De Araújo Faccioli, Cesar Luis  
Democracia e corrupção, conexões, tensões e condicionantes: o enfrentamento às práticas corruptivas como condição de consolidação da democracia no Brasil / Cesar Luis De Araújo Faccioli. -- Porto Alegre 2018.  
120 f.  
Orientador: Francisco José Borges Motta.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Democracia. 2. Constitucionalismo. 3. Dworkin. 4. Condição Democrática. 5. Corrupção. I. Borges Motta, Francisco José, orient. II. Título.

**CESAR LUIS DE ARAÚJO FACCIOLI**

**Democracia e corrupção, conexões, tensões e condicionantes: o enfrentamento às práticas corruptivas como condição de consolidação da democracia no Brasil**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

**Aprovado em 24 de maio de 2018.**

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Francisco José Borges Motta

---

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

---

Prof. Dra. Têmis Limberger

## **AGRADECIMENTOS**

À Coordenação do Mestrado,

A todos os Professores do Mestrado da FMP, pelos conhecimentos e pela convivência.

Ao meu Orientador, professor Francisco Motta, pelas aulas inesquecíveis, pela segura orientação e pela indulgência sem limites com minhas dificuldades.

A meus assessores Bruno, Karin e Rute, pela amizade e apoio,

Este trabalho é dedicado a Lisandre, minha esposa e meu amor, e a meus filhos Paola, Francesca e Giordano.

## RESUMO

No presente trabalho, desafiado pela necessidade de explorar as relações entre democracia e corrupção, busca-se investigar o tema tendo como moldura de orientação o pensamento jus-político de Ronald Dworkin e sua concepção de democracia comunitária ou em parceria. A partir da observação crítica dos modelos de Estado da modernidade, pretende-se apontar, sustentando argumentativamente, a excelência do Estado democrático de direito como arquétipo adequado, discorrendo, ainda, sobre suas principais características e elementares, especial tratando da convivência tensional entre democracia (como dimensão majoritária) e constitucionalismo (como dimensão contramajoritária na perspectiva de garantia dos direitos fundamentais). A dissertação também abordará, em sequência, a concepção dworkiniana de democracia comunitária e, em diálogo com os autores base da pesquisa, tentará justificar sua conformidade constitucional com a cena brasileira contemporânea. Ademais, a pesquisa tratará da corrupção como categoria e fenômeno, bem como identificará, fundamentadamente, a necessidade de reconhecimento do enfrentamento institucional e resolutivo das práticas corruptivas como condição democrática, destacando, por fim, ser imprescindível a afirmação/reconhecimento de um núcleo central de moralidade pública, fonte de direito fundamental ao governo honesto.

**Palavras-chave:** Democracia. Constitucionalismo. Dworkin. Condição democrática. Corrupção.

## ABSTRACT

This paper, which is challenged by the need to explore the relations between democracy and corruption, seek to investigate the theme having the orientation frame the jus-political thinking of Ronald Dworkin and his conception of community democracy or in partnership. From the critical observation of the modern State models, it tries to indicate, argumentatively, the excellence of the democratic state of law as an adequate archetype, reasoning, still, about its main characteristics and elementary, specially dealing with tensional coexistence between democracy (as majority dimension) and constitutionalism (as counter-majority dimension in the perspective of guaranteeing fundamental rights). The dissertation also will approach, in the sequence, the Dworkin conception of community democracy and, in dialogue with the base authors of the research, will try to justify its constitutional conformity with the contemporary Brazilian scene. In addition, the research will deal with corruption as a category and phenomenon, and also will identify, groundedly, justifiably, the necessity of the need to recognize the institutional and resolving of corruptive practices as a democratic condition, emphasizing, finally, to be essential the affirmation / recognition of a central nucleus of public morality, source of fundamental right to the honest government.

**Keywords:** Democracy. Constitutionalism. Dworkin. Democratic condition. Corruption.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 ESTADO, DIREITO, DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>7</b>
<b>2.1 Os Modelos de Estado na Modernidade: do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. ....</b>	<b>14</b>
<b>3 A TENSÃO DEMOCRACIA X DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROBLEMA OU VIRTUDE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO? .....</b>	<b>26</b>
<b>4 CONCEPÇÃO COMUNITÁRIA DE DEMOCRACIA ADEQUADA. ....</b>	<b>59</b>
<b>4.1. As condições democráticas na teoria de Dworkin.....</b>	<b>77</b>
<b>4.2. O Enfrentamento à Corrupção como Condição de Consolidação da Democracia.....</b>	<b>85</b>
<b>4.3 A cena brasileira contemporânea. ....</b>	<b>91</b>
<b>4.4. A corrupção como predadora dos direitos fundamentais e da democracia. ....</b>	<b>96</b>
<b>4.5. Da afirmação constitucional da jusfundamentalidade do direito ao governo não-corrupto.....</b>	<b>103</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>107</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>110</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A dissertação, através do método indutivo monográfico, buscará analisar, problematizando, algumas perspectivas e diversos matizes do tema central do trabalho, ou seja, as conexões entre democracia e corrupção.

A pesquisa seguirá o procedimento bibliográfico e documental e será baseada na análise hermenêutica das informações angariadas com a leitura da bibliografia recomendada pelo orientador, bem assim das informações já apropriadas. A técnica de pesquisa adotada neste trabalho é a abordagem indireta. Foram utilizadas fontes primárias e secundárias.

A pesquisa, cujo referencial teórico básico é o pensamento de Ronald Dworkin, inicia explorando a formulação de uma linha do tempo analítica envolvendo os modelos de Estado da modernidade, enfatizando o Estado constitucional e democrático de direito como arquétipo teórico e como modelo aplicado no Brasil contemporâneo.

Seguirá o trabalho pela análise das relações tensionais entre democracia e constitucionalismo, com verticalização no debate sobre a viabilidade democrática do *judicial review*, que será sustentada, argumentativamente, e o arranjo institucional brasileiro proposto pela Constituição Federal de 1988.

Na sequência, o trabalho aborda a categoria central do modelo – e conceito - de Estado democrático de direito, a própria democracia, fazendo-o, especialmente, a partir da perspectiva dworkiniana de contraponto entre o modelo procedimentalista e o sustancialista, culminando pela adesão, também argumentativamente justificada, à posição de Dworkin.

Na última parte do trabalho, a centralidade é o estudo da corrupção como condição de consolidação da democracia brasileira e da correlata necessidade de afirmação/reconhecimento (por extração hermenêutica de fonte constitucional) de um princípio geral de eticidade (ou moralidade pública, na perspectiva de Dworkin) como propostas de fechamento.

O tema desta dissertação, cumpre informar, vincula-se à linha de pesquisa do orientador, Professor Francisco Motta, notadamente nos seus trabalhos acerca da democracia e, mais especialmente, de suas lições sobre a democraticidade das decisões jurídicas, obras que fazem parte do referencial teórico deste trabalho.

## 2 ESTADO, DIREITO, DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

Nenhuma pesquisa científica – ou que tenha esta pretensão –, mesmo nos rigorosos limites metodológicos e finalísticos de uma dissertação de mestrado, consegue ser exclusivamente descritiva, compilatória e eticamente neutra. Tampouco logrará se libertar, totalmente, de alguma influência da ou inserção na historicidade. Os próprios recortes temáticos determinados pelo seu autor e que definem, limitando, o objeto da investigação, por si só revelam bem mais do que apenas um lugar de fala ou ponto de observação ou, ainda, um interesse pessoal, também indicam, inevitavelmente, escolhas de categorias e modelos a partir dos referenciais teóricos utilizados e, assim, um avanço, mesmo que tímido, na dimensão normativa, no plano deôntico, no mundo do “dever ser”.

Neste primeiro capítulo em especial, o presente trabalho não fugirá desta contingência (gize-se que, a par de ser uma inevitabilidade, é, também, sempre um desafio instigante) e, assim, buscará identificar, com e a partir dos autores pesquisados -, os modelos de Estado que melhor atendam, à luz desta doutrina base, as demandas humanas por civilidade instrumental e que possa(m) garantir a interdição permanente da barbárie e, conseqüentemente, a conservação das condições de possibilidade e melhoria da vida coletiva relacional, civilizada, produtiva e digna (palavra que se usa na múltipla possibilidade semântica consagrada e facultada pela Constituição Federal vigente). Em outras palavras, trata-se da tentativa de identificação do modelo de Estado que contenha as maiores possibilidades – e virtudes <sup>1</sup> - para dar conta das promessas ainda incumpridas da

---

<sup>1</sup> “O vocábulo *areté*, comumente traduzido como virtude, entre os gregos tinha aplicação mais ampla que a moderna concepção derivada da tradição cristã ocidental, significando, em verdade, a excelência ou perfeição alcançada ou alcançável pelo desenvolvimento de alguma capacidade natural, seja de caráter ético, seja de caráter dianoético, em uma visão antropológica (Samaranch, *Cuatro ensayos sobre Aristóteles*: política, ética y metafísica, p. 230). (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 144. N. 10. Ainda, sobre a ética política de Aristóteles: “se fazer com que as pessoas sejam boas é a principal tarefa que o político precisa realizar, então é óbvio (como Aristóteles afirma) o estudo da virtude, ou seja, ter clareza sobre em que consiste a bondade, deve ser ao menos um dos principais ingredientes do esforço intelectual que o político faz ao preparar-se para a sua atividade – deve ser assim se ele quer agir com base em seu conhecimento, e não em preconceitos. A *EN* é uma obra diretamente destinada a fornecer esse conhecimento. Ela é dedicada, em especial, ao tratamento da virtude em geral e de cada uma das virtudes particulares. O próprio título expressa esse foco na virtude como uma boa *disposição de caráter (ethos)*”. (SCHOFIELD, Malcom. A ética

modernidade tardia em terras brasileiras, quase todas enunciadas – solene e positivamente - no texto da nossa ainda jovem Constituição. De modo ainda mais claro, o trabalho tenta contribuir com reflexões – construídas sempre no diálogo com os autores pesquisados - que fundamentem a identificação e escolha do arranjo institucional mais apto a concretizar, em todas as suas dimensões, o proto valor da dignidade da pessoa humana, num mundo complexo, plural e tensionado.

Ainda no âmbito destas referências preliminares e, de algum modo, metodológicas, também cumpre informar, esclarecendo, que o título deste capítulo está redigido em forma de enumeração (lista, arrolamento) de categorias exatamente para destacar a importância de entendê-las como expressões (e conteúdos) com autonomia ontológica <sup>2</sup> e que podem e devem (e o são, notadamente pelas ciências jurídicas e políticas) ser estudadas autonomamente. Contudo, este trabalho tem como chão sobre o qual se construirá a reflexão a ideia central do modelo de Estado que agrega e contém em sua definição as quatro categorias, vale dizer, o Estado democrático de direito constitucional(izado). Este modelo, sobre o qual se discorrerá e por cujo aprimoramento se propugnará, repita-se, é, a um só tempo, objeto de conhecimento e do exercício crítico nesta pesquisa.

Neste primeiro eixo do trabalho, portanto, não se evitará algum conteúdo valorativo, optativo e prescritivo, ao menos pela adesão expressa, em alguns casos, aos posicionamentos dos autores que integram a doutrina base desta dissertação. E aqui se fala, notadamente, de Ronald Dworkin e sua perspectiva de uma democracia constitucional em parceria. E destacar esta questão (das escolhas assumidas no trabalho) é especialmente relevante porque a pesquisa também se detém, em vários momentos, em outras relações tensionais como entre direito e moral, direito e política, decisão e escolha, democracia e corrupção, contrapontos críticos cujo enfrentamento (com ou sem escolhas) servem à tentativa de identificar o melhor padrão democrático (a qualidade da democracia – e não só ela como categoria substantiva -, por isso, há de entrar também na agenda da pesquisa – e na agenda

---

política de Aristóteles. In **Aristóteles**: a ética a Nicômaco. Ricard Kraut [et al.]. Tradução de Alfredo Storck [et al.]. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 281.

<sup>2</sup> “Com Parmênides, pode-se dizer, se inicia a *onto-logia* (Nietzsche chegará a afirmar, em *A filosofia na época trágica dos gregos*, que na filosofia de Parmênides “preludia-se o tema da ontologia”), o estudo do ser, este que é considerado eterno, uno, único, imóvel e indestrutível e pleno”. (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 91).

pública) a ser incorporado ao estado de direito, considerado o arranjo – e o ambiente - institucional brasileiro contemporâneo, assim compreendido o que tem como fonte, chão e moldura o texto da Carta de 1988.

Desta forma, neste primeiro capítulo se transitará entre o reconhecimento (ato descritivo) do modelo de Estado que temos (incluído, com ênfase, o estudo da democracia que lhe constitui, define e qualifica) e o que deveríamos ter (como meta de qualificação e, ao mesmo tempo, como ato de conformação e cumprimento do projeto constitucional posto e textuado no corpo normativo de nossa Carta) tendo como perspectiva central a democracia, como categoria e como busca de sua melhor versão.

Assim, o tema atinente aos contornos e conteúdos democráticos de um Estado é mobilizado pelo desafio de rastrear definições, notadamente, a definição da própria democracia, de pontuar suas modalidades (reconhecimento, pois, da possibilidade de democracias, no plural) e, ao fim e ao cabo, pela constatação de que a impostergável resposta à pergunta “porque democracia e não outra alternativa?” tem como premissa uma escolha, uma opção por uma dada perspectiva democrática, descartando outras possíveis, até para que não se continue usando - e abusando - da palavra democracia como uma palavra sem coisa, uma referência genérica e performativa que se adapta às razões e finalidades estratégicas de quem a manejar no debate, especialmente no debate público/político.

Claro que esta escolha por um modelo de Estado democrático (opção por “uma” democracia, portanto) não desconhece a procedência da reflexão/afirmação do sociólogo T H Marshall, segundo o qual a democracia é um processo aberto, sempre em construção, porque é de sua essência criar as possibilidades para permanentes mudanças e expansão da cidadania <sup>3</sup>.

Logo, toda esta reflexão e sua construção argumentativa parte da prudente afirmação de que não se pode enunciar a palavra democracia no singular, nem desconhecer sua natureza polissêmica e, tampouco, olvidar que a única

---

<sup>3</sup> Na sua obra *Citizenship and Social Class*, Marshall faz interessante vinculação entre a expansão da cidadania, direitos fundamentais e democracia, destacando, por exemplo, como a cidadania e outras forças externas alteraram o padrão de desigualdade social (“I have tried to show how citizenship, and other forces outside it, have been altering the pattern of social inequality”) MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and Social Class**. Cambridge. 1950. p. 1-85.

singularização viável pressupõe – mesmo que tacitamente - uma escolha entre vários padrões teóricos possíveis, alguns ainda em processo histórico vivo de formulação e sedimentação em várias nações nos diversos continentes. Por outro lado, ela – a reflexão a que se propõe neste trabalho – parte da serena admissão da inexistência de um modelo puro, tampouco pronto de democracia, não havendo nesta confluência nenhuma contradição com o que se afirmou até aqui. Em verdade, o debate acadêmico (descritivo, vivencial ou prescritivo) acerca das experiências juspolíticas aplicadas de democracia, especialmente no mundo ocidental (aqui mais um recorte do objeto de estudo), instrumentalizam e agregam valor e maior densidade ao processo permanente de evolução e aperfeiçoamento desta categoria (que também é – ou deveria ser - um ideal compartilhado), bem como a busca contínua por uma identidade democrática (e respectiva regência adequada) que, enfim, melhor a conforme com os imperativos de uma civilização que realmente possa ser nomeada humanista, e com os compromissos de nossa Constituição.

Com isto se afirma, com boa convicção, que, não apenas a luta por democracia marca a evolução da nossa civilização, especialmente após a segunda grande guerra e o holocausto, mas, também, a luta por qualificação da(s)democracia(s), lutas complementares e perenes, assim como perene deve ser a vigilância diante dos riscos – sempre presentes, mas nem sempre perceptíveis – de retrocessos e reincidências trágicas de experiências autoritárias pretéritas. A expressão “Auschwitz nunca mais!”<sup>4</sup>, tão repetida, é, em verdade, um alarme e um antídoto contra o esquecimento dos fatos que não podem nunca ser esquecidos, pois é esta memória e mobilização contínuas que impulsionam e justificam a demanda pela “melhor democracia”.

Aliás, no caso do presente trabalho estas escolhas (especialmente pelo “melhor” padrão democrático) se orientam pelo propósito de destacar a dimensão ética e moral da democracia (e aqui se adota, também, a orientação e a

---

<sup>4</sup> “Constituição é norma. Não por capricho. É norma porque, no direito “Auschwitz nunca mais”, a democracia só se faz no direito e pelo direito. Política e moral (principalmente estes dois predadores) devem ser controlados. Caso contrário, o direito se transforma em política ou moral. Simples: se não há controle sobre a política, então não há mais direito. Quem acha que vale, excepcionalmente, dar um dribble no direito, está dizendo que política e moral valem mais do que o direito.” (STRECK, Lenio Luiz. Cuidado: o canibalismo jurídico ainda vai gerar uma constituinte. **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-09/senso-incomum-cuidado-canibalismo-juridico-ainda-gerar-constituente/>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2018).

classificação de Dworkin que separa a dimensão de moralidade política, pública, dos espaços éticos de escolhas pessoais) <sup>5</sup>. Este destaque, é bom que se esclareça, pretende construir as pontes deste com os demais capítulos – e temas – da dissertação, assim lhe emprestando racionalidade sistêmica.

Mãos à obra, então.

No prefácio do livro “A Essência do Estado de Direito”, este uma instigante e alentada crítica à discricionariedade judicial no âmbito do Estado democrático de direito, David M. Beatty sumaria o processo histórico-dialético que produziu o entendimento majoritariamente compartilhado e argumentativamente consolidado acerca da indispensabilidade do Estado como estrutura (o melhor modelo, talvez o único) com aptidão para instrumentalizar as instâncias de mediação viabilizadoras dos consensos possíveis, mínimos e indispensáveis para a ordenação social e para a vivência humana, ou melhor, para a convivência de nós humanos. E nesta síntese inicial, Beatty já agrega à palavra Estado a expressão (no caso com função adjetiva) “de direito”, antecipando o arranjo institucional que será tratado com centralidade no referido livro e que, da mesma forma, também é o epicentro da pesquisa que se pretende fazer na presente dissertação, ou seja, o Estado de direito, constitucional e democrático e, nele, as tensões entre as categorias representadas por estas expressões, especialmente entre democracia e constitucionalismo (ou soberania popular e direitos contramajoritários).

De certa forma antecipando, descrevendo e limitando o objeto principal de sua observação, ou seja, o Estado de direito, o professor canadense assevera que se trata:

[...] de uma maneira de solucionar disputas e equilibrar diferenças. Tanto os especialistas em direito quanto os leigos a conhecem como “Estado de direito”, embora estas duas palavras tenham se transformado numa expressão técnica que parece incapaz de resumir-se numa definição única e abrangente”. Não obstante as ambiguidades, o Estado de direito passou a

---

<sup>5</sup> “Dworkin enfrenta, aqui, a recorrente questão do conflito entre lei e justiça (que fazer diante da lei injusta?). Para elaborá-lo, o autor descreve um conceito de Direito não como um sistema de regras que pode, por vezes, conflitar com a moralidade, mas sim como um verdadeiro ramo da moralidade (A branch of morality). Para ilustrar essa tese, Dworkin sugere que a moralidade em geral tem a estrutura de uma árvore: o direito seria um galho da moralidade política; a moralidade política seria um galho de uma moral pessoal mais abrangente; e essa moral pessoal seria por sua vez um galho de uma teoria ainda mais abrangente do que seja bem viver.” (MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017. p. 31).

representar um ideal em torno do qual os sistemas de governo devem se organizar [...]<sup>6</sup>

Beatty já inicia sua obra (e aqui está também um ponto de partida para o presente trabalho) identificando o Estado como um espaço de interdição da barbárie e de chave de acesso à determinada perspectiva histórica e evolucionista que denominamos, adjetivando, ‘civilizada’, como, de resto, o fizeram outros grandes pensadores<sup>7</sup>, mesmo que esta seja uma apertadíssima síntese do seu (de Beatty) processo de construção reflexiva e argumentativa desta relevante e seminal categoria conceitual, com igual importância para a política e para o direito.

Claro está que essa formulação-síntese não desconhece - ao contrário, parte dele - o fato de que o Estado de Direito é produto de um processo histórico complexo, dialético, não linear e cumulativo de experimentação, formulação e desenvolvimento de muitos conceitos, categorias e modelos organizacionais de Estado, de variados desenhos institucionais e mesmo de diferentes arquiteturas sociais, tradições e culturas. Tal dado se revela ainda mais importante em face da dinamicidade tensional dos elementos políticos, econômicos e sociais envolvidos na análise deste processo histórico.

Não há, portanto, nesta empreitada inicial em que se busca definir, ao fim e ao cabo, o Estado brasileiro que temos, a menor possibilidade de se desconsiderar as experiências anteriores, pois elas serviram e servem para parametrizar e orientar a formulação de novas modalidades, projetos e experiências políticas, sendo todas, de alguma maneira, fontes e causas, constituintes e instituintes dos modelos que se operam na atualidade, inclusive e especialmente o proposto no projeto (minuta, croqui, rascunho? depende do ponto de vista!) de Estado (e também de nação) contido no texto (no original, sobremaneira) da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>6</sup> BEATTY, David M. A essência do Estado de Direito. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. Prefácio.

<sup>7</sup> Sobre o ponto, destaca-se a celebre obra “O Contrato Social”, na qual Rousseau inicia o Capítulo intitulado “Do Pacto Social” da seguinte forma: “Suponho os homens chegados a um ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza vencem, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Esse estado primitivo, então, não pode mais subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 32. No mesmo sentido Hobbes, que vê no Estado a forma (contratualista) de superar o “estado de guerra”, uma vez que “o estado 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” (HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 . p. 35).

Significa dizer, de outro modo, que qualquer ideia, concepção ou conceito de Estado Democrático constitucional do Direito (e aqui a expressão ampla remete ao modelo complexo que a contemporaneidade nos legou e que é, como já se disse, a cena de fundo das reflexões contidas no presente trabalho) conterà, necessariamente, elementos e atributos categoriais dos modelos anteriores. Não há, pois, um modelo puro, tampouco definitivo de Estado. Logo, nenhum modelo está infenso às mutações e adaptações determinadas por variadas intercorrências d(n)o seu manejo, em várias dimensões, notadamente nas jurídica e social, nas experiências políticas concretizadas. E assim deve ser mesmo, considerada a perspectiva (a que se adere) segundo a qual se experimenta um fluxo contínuo de progresso e aperfeiçoamento da convivência humana, ponto focal e, ao mesmo tempo, meta estratégica de todos os debates das ciências sociais.

Assim, partindo-se da afirmação de que a busca de um modelo ideal de Estado é uma obra aberta, contínua e inconclusa, um mergulho na historicidade dos principais modelos e concepções de Estado formulados a partir da modernidade<sup>8</sup> mostra-se oportuno para nossa empreitada, talvez imprescindível sem olvidar, à evidência, a importância histórica – e a influência - de outras experiências anteriores a este período e, especialmente, da Magna Carta, a histórica Carta de João Sem Terra, de 1215, para muitos, documento que seria a pedra angular da formulação da democracia moderna<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Como destaca Sérgio Resende Barros, “o Estado, que assim nasceu como Estado nacional, Estado-nação, no contexto de uma nova idade histórica, que foi à sua época chamada moderna”. BARROS, Sérgio Resende. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millennium, 2008. p. 12.

<sup>9</sup> Leciona Comparato que “o sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele” e acrescenta que “aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados”.(COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 92). Em semelhante sentido o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que sustenta ser a Magna Carta a “peça básica da constituição inglesa, portanto de todo o constitucionalismo”, uma vez que “se essa Carta, por um lado, não se preocupa com os direitos do homem mas sim com os direitos dos ingleses, decorrentes da imemorial *law of the land*, por outro, ela consiste na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia”, importando “numa clara limitação do poder, inclusive com a definição de garantias específicas em caso de violação dos mesmos”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 12 e 13).

Esse documento, aliás, é apontado, com acerto, como fonte do princípio do devido processo legal, como leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Note-se que na Magna Carta aponta a *judicialidade* um dos princípios do Estado de Direito. De fato, ela exige o crivo do juiz relativamente à prisão de homem livre. Está no seu item 39: “sem julgamento leal dos seus pares, de conformidade com a lei da terra (*law of the land*)”, nenhum homem livre será detido ou preso, ou despojado de seus bens, exilado ou prejudicado de qualquer maneira que seja.<sup>10</sup>

O que se afirma, portanto, é que, para identificar o Estado que temos, e para nomeá-lo (e, com isso, enquadrá-lo em determinada categoria ou tipo-espécie), impõe-se percorrer a sucessão e evolução dos modelos de Estado moderno e, pari passo, visitar, para compreender, com absoluta atenção, seus principais traços designativos. E neste recorte sumariamente, merece especial atenção a mudança (mutação, movimento, migração) da centralidade decisória no Estado (e sua correspondente mudança na fonte de validação/legitimação democrática) e as respectivas (e relacionadas) mudanças de titularidade (protagonismo), aqui considerados os três Poderes tradicionais. Vale dizer, para melhor compreensão dos sucessivos modelos de Estado de Direito que a modernidade ocidental nos deixou, há que se observar, com especial atenção, a preeminência decisória em cada um deles, ou seja, identificar o epicentro do poder, que se modifica em cada estrutura de Estado, seus princípios formadores, metas e principais compromissos com a sociedade. Para tanto, importante o conhecimento da modelagem e contornos de cada um deles, tarefa que se cumprirá no próximo capítulo do trabalho.

## **2.1 Os Modelos de Estado na Modernidade: do Estado Legislativo ao Estado Constitucional.**

Como primeiro marco (teórico e também início cronológico de uma quadra histórica), logo após a revolução francesa (como reação aos absolutismos em geral e às autocracias europeias em especial), formulou-se – e instalou-se - o modelo de Estado liberal de direito (sim, de direito, lembrando que esta definição de Estado pressupõe organização estruturada a partir de uma ordem jurídica estatutária básica,

---

<sup>10</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 12.

que a todos vincula, inclusive os dirigentes do próprio Estado, seja ele o Monarca ou outro) <sup>11</sup>, marcado pelo absentéismo estatal e por compromissos de interdição ou, pelo menos, de severa limitação da intervenção estatal nos espaços privados e mercantis, modelo que cultuou o valor liberdade como sua ideia força e síntese ideológica. O Estado seria, em suma, garante das autonomias privadas e curador da segurança jurídica das relações mercantis, sem esquecer que se está descrevendo o modelo produzido pelas revoluções burguesas.

Sobre o tema, leciona Manuel Calvo García:

Segundo a ideologia liberal, a intervenção do Estado na economia e na organização da vida social deveria limitar-se a garantir as regras de jogo “espontâneas” que determinam as leis da razão econômica. O Estado só teria funções negativas, de mera arbitragem do jogo social. Deveria deixar fluir a vida sem tornar iniciativas sociais ou econômicas. Melhor dizendo, tomar apenas as iniciativas necessárias para garantir a plena realização das leis ‘naturais’ da ordem social. [...]

O Estado, por meio do Direito, limitar-se-ia, em síntese, a oferecer um marco de interação puramente formal ou racional-formal, dentro do qual a sociedade poderia viver sua própria dinâmica espontânea. [...] As funções que se atribuem ao Direito e ao Estado na ideologia jurídica liberal teriam como único fim a consolidação e a garantia da segurança de um marco racional-formal de *autonomia protegida*. [...] <sup>12</sup>

Neste primeiro modelo (e primeiro estágio do período moderno), o protagonismo era do Legislativo, o Poder político por excelência, assim proclamado enquanto ungido e legitimado pelo escrutínio, fonte de produção das leis, garante da regularidade dos processos alusivos a escolhas dos governantes e curador primário dos direitos civis, arquétipo que é, em boa dose, a síntese da democracia majoritária representativa e expressão original da soberania popular.

Este primogênito arquétipo, identificado pela expressão Estado liberal de direito, propõe-se a criar ambiente indutores do individualismo, da livre iniciativa, da autonomia privada emancipacionista e das liberdades públicas. É marcado por

---

<sup>11</sup> Como assevera Cezar Saldanha "O Estado Nacional Moderno, concentrando o poder, já havia construído, no século XVI, a esfera política pública autônoma. Vai demorar ainda dois séculos (até o final do XVIII), para que, no Estado Liberal nascente, essa esfera política pública fosse subordinada ao Direito, gerando o Estado de Direito" (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 62). Para Alexandre de Moraes, "o Estado de Direito é consagrado com o constitucionalismo liberal do século XIX" (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 Ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 3).

<sup>12</sup> CALVO GARCÍA, Manoel. **Transformações do Estado e do Direito**: do direito regulativo à luta contra a violência de gênero. Tradução de Paula Pinhal de Carlos e Marcelo Henrique Gonçalves Miranda. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007. p. 15 e 16.

solenes compromissos estatais de abstenção, de prestações negativas do Estado que significam, em suma e na prática, deferência quase plena às aludidas liberdades públicas do indivíduo, do sujeito de direito, notadamente do sujeito burguês contratante. E estas categorias de deveres estatais de não intervenção são os contrapontos aos direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão), são compromissos públicos cujo conteúdo central é o dever de não embaraçar o exercício pleno dos direitos privados (ou dos privados), aqui designados como liberdades civis ou liberdades públicas. Neste ponto, cumpre lembrar que esta interdição da barbárie, dos excessos e desvios de poder próprios dos totalitarismos, no modelo liberal dá-se, também, pela afirmação e culto à legalidade estrita e formal, em clara aproximação ao positivismo como doutrina de proteção das liberdades e da segurança jurídica dos cidadãos, notadamente os burgueses.

Surgido como mera contraposição a modelos arbitrários, fundado no valor central da legalidade formal, também importante pontuar que o Estado Liberal de Direito era indiferente a compromissos morais, como se depreende das lições de Zagrebelsky:

[...] El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. [...]

[...] Luego, en otro contexto, pudo darse de él una definición exclusivamente formal, vinculada a la autoridad estatal como tal y completamente indiferente a los contenidos y fines de la acción del Estado. [...]

[...] El calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. [...] Llegaba a ser irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se la hiciera coincidir con la voluntad de un Führer, de un Soviet de Trabajadores o de Cámaras sin libertades políticas, en lugar de con la de un Parlamento libre; que la función desempeñada por el Estado mediante la ley fuese el dominio totalitario sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos.

[...] De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.

<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 21-23.

O Estado liberal, como projeto, portanto, identifica-se com a expressão símbolo do liberalismo econômico, o *laissez-faire*, que prescreve a não interferência do Estado no mercado, na dimensão econômica que deve, neste cenário, operar livremente e se autorregular <sup>14</sup>.

O Estado liberal é, assim, sobretudo na experiência ocidental, associado aos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão. Lembra-se, por oportuno, que o desenvolvimento da luta por reconhecimento dos direitos fundamentais, ao longo da história, foi categorizada através da ideia das gerações (ou dimensões) de direitos, tendo cada onda uma específica diretriz moral e uma especial meta política.

Segundo Sarlet:

Os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental.<sup>15</sup>

Os direitos de primeira geração, identificados (com) e identitários/identificadores (do) modelo liberal, foram, pelas razões já sintetizadas, chamados de direitos de liberdade, consistentes em direitos civis e políticos, conquistas do Estado liberal do Século XIX e que nascem como proposta/resposta aos arbítrios das monarquias absolutistas europeias e como regência organizadora dos limites necessários ao poder estatal. Diz-se, a propósito deles, que são direitos negativos porque facultam ao cidadão exercer a resistência legítima às interferências do Estado.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> A expressão é creditada a Vincent de Gournay (1712-1759) e significa "deixe as pessoas fazerem o que quiserem sem a interferência do governo" (BRUE, S.L. **História do Pensamento Econômico**. São Paulo: Thomson, 2005. p. 35). Outrossim, também é comumente associada a Adam Smith, filósofo e economista britânico do século XVIII. Nesse sentido, Heilbroner assinala que "era inquestionável que a teoria de Smith abrigava a doutrina do *laissez-faire*. Para Adam Smith, com certeza, quanto menos o governo interferisse, melhor: os governos são perdulários, irresponsáveis e improdutivos" (HEILBRONER, Robert L. **A História do Pensamento Econômico**. Tradução de Therezinha M. Deutsch e Sylvio Deutsch. Editora Nova Cultural Ltda. p. 67).

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

<sup>16</sup> Anota Bonavides que "os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado" (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 563-464) Ainda sobre a tutela das liberdades, destaca Manoel Gonçalves

O modelo liberal, portanto, representa, consolida e unifica, uma espécie de direito geral de bloqueio das ações estatais interventivas, ideia fundamental do liberalismo (e da própria concepção norte-americana de democracia) <sup>17</sup>. O Estado liberal é, portanto, uma concepção minimalista (fala-se aqui do chamado Estado mínimo), quase residual, subsidiário da sociedade e respeitador das dinâmicas próprias do mercado (perspectiva burguesa), provedor exclusivamente dos serviços básicos e estimulador da autonomia, do empreendedorismo e da iniciativa privada. Um Estado que, em suma, deve garantir as condições para que o cidadão (sujeito de direitos) defina e execute seu próprio plano individual de vida, a partir de um também individualizado ideal de vida boa. <sup>18</sup>

O Estado de Direito Liberal, surgido, como já se afirmou, como contraponto ao absolutismo, buscava na generalidade e na abstração da lei conter os excessos outrora praticados pelos monarcas <sup>19</sup>.

Tais valores estruturantes deram azo à visão *positivista* do Direito, como destaca Zagrebelsky:

La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el 'positivismo jurídico' como *ciencia de la legislación positiva*. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. [...]

---

Ferreira Filho que são “poderes de agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado. Constituem o que Constant iria denominar de ‘liberdade dos modernos’, numa fórmula que se tornou famosa”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 23).

<sup>17</sup> Conquanto volver-se-á ao tema posteriormente, válido, desde já, o destaque à afirmação de Bandierci, de que “la democracia moderna es esencialmente norteamericana en su contenido y desarrollo” (BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: Un Mal Casamiento? p. 333/363. in **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes”, coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012. p. 357.)

<sup>18</sup> Segundo Habermas, “o direito de escolha, que é interpretado como liberdade positiva, transforma-se no paradigma dos direitos em geral, não somente por ser constitutivo para a autodeterminação política, mas também porque se pode ler em sua estrutura o modo como a inclusão numa comunidade de indivíduos com iguais direitos está unida à autorização individual para tomadas de posição próprias e contribuições autônomas”. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 336).

<sup>19</sup> “El Estado de derecho es enemigo de los excesos, es decir, del uso ‘no regulado’ del poder. La generalidad de la ley comporta una ‘normatividad media’, esto es, hecha para todos, lo que naturalmente contiene una garantía contra un uso desbocado del propio poder legislativo.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 29)

Una 'ciencia del derecho' reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo. [...]"<sup>20</sup>

Interessante constatação feita pelo jurista italiano é a de que mesmo atualmente essa concepção está presente:

Pero esta vocación de la ciencia del derecho es la que ha sido mantenida por el positivismo acríptico en el curso del siglo XIX – aun cuando existe distancia entre esta representación de la realidad y la realidad misma – y todavía hoy suele estar presente, como un residuo, en la opinión que, por lo general inconscientemente, tienen de sí mismos los juristas prácticos (sobre todo los jueces). Pero es un residuo que sólo se explica por la fuerza de la tradición. El estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental.<sup>21</sup>

E na sequência desta linha do tempo (repita-se, novamente, mera simplificação reducionista de um complexo processo histórico, jurídico, político e cultural), após o Estado liberal de direito, sobreveio o modelo de Estado social de direito, também denominado 'estado de bem estar social' (do inglês, *Welfare State*) ou, apenas, *Estado social*. Esse modelo passa a se solidificar no primeiro pós-guerra mundial, com a Constituição de Weimar (1919), inspirando o texto de outras constituições, que passaram a prever "a consagração dos direitos sociais e a previsão de aplicação e realização por parte das instituições encarregadas dessa missão"<sup>22</sup>.

Para alguns doutrinadores, o Estado Social é apenas um estágio evolutivo do primeiro. O professor Alexandre de Moraes, hoje também Ministro da Suprema Corte, v.g., referindo-se às novas constituições surgidas no (período do) Estado Social de Direito, ressalta a ideia de complementação às garantias previstas nas constituições anteriores:

Verifica-se a inclusão de conteúdos predominantemente programáticos nos textos constitucionais, complementando o constitucionalismo nascido com o Estado Liberal de Direito com normas relativas aos direitos sociais e econômicos, passando a existir expressamente normas programáticas político-sociais, além do tradicional estatuto político, contendo os princípios e normas sobre a ordenação social, os

<sup>20</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 33.

<sup>21</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 33.

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 Ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 4.

fundamentos das relações entre pessoas e grupos e as formas de participação da comunidade, inclusive no processo produtivo.

Crê-se, todavia, que, a rigor, a formulação deste modelo trata-se de um movimento reativo e inevitável aos equívocos, às omissões, às insuficiências e, nomeadamente, aos abusos/excessos do Estado liberal de direito, tendo este segundo modelo (ou estágio histórico) a igualdade (ou a luta contra as desigualdades) como valor preponderante, objeto de culto e de proteção jurídica prioritária do Estado. Neste segundo arquétipo organizacional, o Estado é atuante e intervém de forma positiva para tentar igualar os cidadãos ou, ao menos, reduzir as desigualdades graves entre eles, sendo, por isso, marcado pela elaboração e implementação de políticas públicas, mais especificamente pela produção e operacionalização de políticas de bem estar social.

O Estado, nesta concepção social, intervém diretamente na economia, regulando-a, fazendo-o especialmente por intermédio de processos e de ações mitigatórias e/ou compensatórias, enfim o Estado Social provê, o Estado age, o Estado presta, o Estado fornece, o Estado atua, na sociedade e no mercado, sempre, repita-se, com o propósito de reduzir desigualdades substanciais históricas e contingenciais, e produzir igualdade de oportunidades. O fomento passa a ser política comissiva, não mais apenas uma postura de permissão. Fala-se, então, não mais de prestações negativas mas, ao contrário, de deveres prestacionais positivos, obrigações cujo objeto é um dar ou um fazer, especialmente através de programas públicos, deveres concretizáveis em obrigações jurídicas mensuráveis e, outrossim, exigíveis, inclusive em postulações diretas contra o Estado. O protagonista deste segundo modelo, pois, é o Poder Executivo enquanto articulador, formulador e executor de políticas públicas de inclusão, de busca de isonomia, de acesso igualitário a serviços públicos e ao mercado de trabalho, de saúde, de educação e de assistência social. Em certos casos, políticas de desigualação (ditas afirmativas) buscando reparações históricas de discriminações contra grupos vulneráveis.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Para Sarlet, esses direitos fundamentais se caracterizam “por assegurarem ao indivíduo direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.” (SARLET, Ingo Wolfgang;

Fazendo-se, aqui também, o espelhamento comparativo com a temática dos direitos fundamentais e suas ondas de implementação, e valendo-se da lição atemporal do Professor Paulo Bonavides <sup>24</sup>, o Estado social de direito é associado aos direitos de segunda geração (ou dimensão), que surgiram e dominaram o Século XX, vinculados, como se disse, ao princípio e/ou valor da igualdade, sendo reconhecidos, afirmados e nominados como direitos sociais, culturais e econômicos, bem como direitos coletivos ou de coletividades, positivados nas Constituições promulgadas no ocidente após a Segunda Guerra Mundial.

Ocorre que as mudanças engendradas no Estado Social, a par de positivas, enquanto pretensão de atendimento a demandas por isonomia e equidade, proporcionaram, de outro prisma, a chamada *crise legislativa*, nomeadamente diante da redução da generalidade e abstração dos textos normativos, como leciona Zagrebelsky:

Sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las características 'clásicas' de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el 'mercado de las leyes'.

Dichos grupos dan lugar a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, sea como implicación empírica del principio de igualdad del llamado 'Estado social' (para cada situación una disciplina adecuada a sus particularidades), sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador. De ahí la explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad.

[...] Cada uno de los actores sociales, cuando cree haber alcanzado fuerza suficiente para orientar en su propio favor los términos del acuerdo, busca la aprobación de nuevas leyes que sancionem la nueva relación de fuerzas. [...]

En estas circunstancias, se reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación. Mas bien expresa un desorden al que intenta, alo sumo, poner remedio *ex post factum*. <sup>25</sup>

Na visão do referido autor, à pulverização da lei se acrescenta a heterogeneidade de seus conteúdos, advinda do pluralismo de forças políticas e sociais que moldam as legislações <sup>26</sup>. Isso implica, ainda de acordo com o

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 275).

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 263/265.

<sup>25</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 37.

<sup>26</sup> "A la pulverización de la ley se añade la heterogeneidad de sus contenidos. El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales en liza, admitidas todas a la competición para que puedan afirmar sus pretensiones en las estructuras del Estado democrático y pluralista, conduce a la heterogeneidad de

mencionado jurista, que “la ley – en este punto de su historia – ya no es la expresión ‘pacífica’ de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social”<sup>27</sup>.

Ainda na esteira da escurreita lição de Zagrebelsky, é de se ver que o enfraquecimento da generalidade da lei por esta multiplicação de legislações específicas, setoriais, quase *ad hoc*, destinadas a normatiza microssistemas de direitos de determinados segmentos - muitas vezes concorrentes entre si na luta por reconhecimento e inclusão -, também debilitou a lei para o atendimento de uma de suas funções tradicionais, a de garantir coerência sistêmica ao direito. Aqui, portanto, uma característica ou efeito do Estado social: a multiplicação dos guetos ou microssistemas legislativos não mais mediados pelos Códigos (que perderam sua centralidade).

No seguimento desta linha do tempo e no aprendizado com o “laboratório da história”, temos, então, o terceiro modelo, conceito, desenho ou projeto de Estado, aquele que se acredita seja, até aqui (confirmando que se trata da fotografia de um momento em processo em curso), o vértice evolutivo, o ponto mais alto, o ápice desta marcha progressiva em direção ao melhor modelo, a síntese (aqui numa perspectiva dialética), ou seja, está-se falando do Estado democrático de direito constitucionalizado ou, ainda, Estado democrático e constitucional de direito ou, apenas, Estado democrático de direito (talvez a expressão mais encontradiça na doutrina, no debate público e no discurso político). Neste modelo de Estado, o valor preponderante seria a própria democracia enquanto afirmação e materialização da soberania popular. Claro está que esta é uma redução conceitual minimalista.

Destaca Têmis Limberger que, no Estado Democrático de Direito, há a redução do hiato formado entre Sociedade e Estado, proveniente do Estado Liberal<sup>28</sup>.

---

los valore se intereses expresados en las leyes.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011). p. 37.

<sup>27</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 38.

<sup>28</sup> Afirma a referida autora que “a separação entre Estado e sociedade é fenômeno que desponta com o surgimento do Estado Liberal de Direito”. Acrescenta, no entanto, que “as experiências constitucionais modernas (no que tange à maioria dos países europeus e da América) são no sentido de implementar a democracia por meio da participação popular”. (LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público**: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 35 e 37).

A tendência que se nota com a efetivação do Estado Democrático de Direito é o desenvolvimento de novos mecanismos de controle da sociedade sobre o Estado. E em contrapartida, quanto mais se desenvolvem os mecanismos de controle por parte da sociedade com relação ao Estado, na mesma proporção se dá o aprimoramento e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Estes institutos são inerentes à democracia, e não se coadunam com o Estado autoritário. [...] <sup>29</sup>

A propósito, Bolzan de Moraes descreve o Estado Democrático de Direito como um “Estado Social” qualificado. Novamente aqui a concepção de um modelo que se aprimora, que evolui, que progride. E o faz, o Professor, afirmando que:

O arranjo político-jurídico que se convencionou chamar 'Estado Social' ou 'Estado de Bem-Estar Social', surgido no transcurso da primeira metade do século XX e impulsionado após a Segunda Guerra Mundial, é o resultado do reconhecimento e da positivação dos direitos relativos às relações de produção e seus reflexos. [...] Contemporaneamente, há autores que sustentam ter ocorrido, inclusive, uma espécie de complexificação nesse modelo estatal, o que o teria deixado com um perfil ainda mais interventor, em função de um 'aprofundamento/transformação da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do Welfare State'. Dizendo-o de outro modo, ao mesmo tempo em que a tradicional questão social permanece central, 'há como que a sua qualificação pelo caráter transformador que agora se incorpora'. Esse seria, pois, o formato do atual Estado Democrático de Direito, ainda qualificado como "Social", mas aprimorado por uma espécie de autoimposição de um 'conteúdo utópico de transformação do status quo' rumo a uma sociedade menos desigual, com maior justiça social. <sup>30</sup>

Embora sem tratar exatamente da mesma perspectiva, tem-se por pertinente citar lição de Habermas que, ao discorrer sobre a construção de um terceiro paradigma do direito – o paradigma da intersubjetividade discursiva - assevera que, embora as diferenças estruturais do Estado burguês liberal e do Estado social, este terceiro modelo também absorverá elementos de ambos:

[...] O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. [...] <sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público**: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 26 e 27.

<sup>30</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. A&C: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016. p. 109 e 110.

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 242.

A conclusão razoável, sob esse prisma e agregando a reflexão de Habermas, é a de que a noção de ordenamento jurídico não pode mais ser considerada tão somente um conjunto de leis, como antes era vista <sup>32</sup>. A unidade do ordenamento passa a depender, assim, de uma leitura valorativa das normas, vistas através da lente constitucional, como esclarece Zagrebelsky:

[...] He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio. El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese a la diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, haya una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda discusión y ser consagrados en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ella.

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad. <sup>33</sup>

Ademais, nesse novo modelo de Estado Constitucional, ao lado desta inédita (até então) centralidade constitucional, altera-se, também, o paradigma hermenêutico na aplicação do Direito, visto que as Constituições democráticas passam a ser permeadas de inúmeros valores e princípios, trazendo novos desafios ao interprete diante de texturas abertas, especialmente a partir da afirmação destas novas normatividades.

Nesse sentido, destaca Zagrebelsky, ao tratar do fenômeno que denominou “ductilidade constitucional”:

Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de

---

<sup>32</sup> “Según lo que se acaba de describir, hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un ordenamiento – como podía suceder en el siglo pasado.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 39)

<sup>33</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 40.

unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. [...]

Los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional de la que aquí se habla son la coexistencia y el compromiso. La visión de la política que está implícita no es de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido del amigo-enemigo hobbesiano y schmittiano), sino la inclusiva de integración e través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo.<sup>34</sup>

A mudança estrutural do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, com este protagonismo e centralidade da Constituição, bem como a nova exigência de relação de adequação (pertinência, conformidade) da lei a esta nova concepção do fenômeno jurídico deferente à soberania da Carta Política que passa, por ser agora normativa e dirigente, a se também e especialmente jurídica, é explorada, com agudeza, no magistério do precitado jurista italiano:

Quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración.

[...] La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. [...] Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.<sup>35</sup>

Mas, como se disse alhures, para se sustentar a primazia/preferência do modelo democrático de Estado de direito, dois principais planos de questionamento não de ser desafiados, respondidos e, se possível, superados: primeiro, o das razões pelas quais se sustenta que o padrão democrático de Estado é melhor do que todos os outros modelos (ou, como na celebre afirmação de W. Churchill, “a democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as demais”<sup>36</sup>) mesmo

<sup>34</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 14-17.

<sup>35</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 33 e 34.

<sup>36</sup> “[...] Many forms of Government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed, it has been said that democracy is the worst form of Government except all those other forms that have been tried from time to time [...]”

se levando em conta o chamado problema contramajoritário da democracia constitucional; segundo, a definição de democracia ou, melhor, da democracia de que se fala (lembra-se que se cogitam plurais concepções e possibilidades) e que se afirma seja a melhor, com Dworkin sobremodo, no caso a democracia comunitária ou em parceria de natureza substancialista. Na sequência deste texto, então, a tentativa de boas respostas (adequadas à Constituição) ou, ao menos, respostas alicerçadas em bons argumentos recolhidos de boa doutrina.

### 3 A TENSÃO DEMOCRACIA X DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROBLEMA OU VIRTUDE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO?

Este paradigma democrático de Estado, a par de ser reconhecido pelo pensamento majoritário da doutrina (reconhecimento que é, também, premissa argumentativa e enunciado prescritivo desta dissertação) como o melhor modelo formulado até este momento (ou o patamar mais elevado no processo de ascensão civilizatória que se espera prossiga em sua marcha), é, por outro lado, definido e particularizado por uma (aparente?) dificuldade estrutural, por um (aparente?) problema, talvez, até mesmo por uma (aparente) contradição, mas, certamente, é ele marcado por uma permanente tensão que, sem dúvida, é um dos grandes temas – e perene desafio - da Ciência política e do Direito Constitucional contemporâneos. Está-se falando, como o leitor certamente já intuiu, do assim chamado problema contramajoritário! O que Lenio Streck denominou “dilema do constitucionalismo”<sup>37</sup>.

A seu turno, Bandieri, tratando do que denominou *paradoja democrática, dificultad contramayoritaria y posdemocracia*, afirma que “la custodia, por parte de la justicia constitucional, de un santuario indisponible y expansivo, como presupuesto

---

(Fala de Winston Churchill na "House of Commons", em 11 de novembro de 1947. 206–07. **The Official Report, House of Commons (5th Series)**. 11 November 1947, vol. 444, cc. Disponível em: <[https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1947/nov/11/parliament-bill#column\\_206](https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1947/nov/11/parliament-bill#column_206)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2018.)

<sup>37</sup> STRECK; Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 84

para el ejercicio democrático, ha llevado a lo que Juan Carlos Bayón llama ‘la paradoja de las precondiciones de la democracia’”.<sup>38</sup>

Nesse modelo de democracia, surge, necessariamente, a noção de *jurisdição constitucional*, contemporânea e aproximada à de Estado constitucional, impactando e alterando o paradigma até então prevalente da supremacia do Poder Legislativo, como bem assinala Cláudio Ari Mello:

A associação entre um extenso catálogo de princípios e direitos fundamentais e um complexo e abrangente sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis sinaliza para um modelo constitucional no qual o Poder Legislativo não goza de uma supremacia incontestável, nem é o representante de uma soberania popular absoluta e ilimitada e, por consequência, não dispõe de total liberdade na definição de fins e valores no plano legal. [...] <sup>39</sup>

Discorrendo sobre o mesmo tema, expondo seu entendimento acerca do que seja a *justiça constitucional* e ferindo, com agudeza, o tema – central - do controle da constitucionalidade do produto legislativo, Bandieri afirma:

[...] La función de control judicial corriente, consistente en que, durante el juzgamiento del un caso concreto, el juez, si hay normas contradictorias de igual o diferente nivel, prefiere la que entiende más acorde con el orden constitucional, dejando de aplicar la otra, no resulta un ejercicio de justicia constitucional – cuyo núcleo es la potestad invalidante – ya que aquella selección de la norma no trasciende del caso decidido y la norma prescindida no sufre menoscabo formal, ya que no ha sido enjuiciada ni el pronunciamiento va contra ella. [...] Sus decisiones, que junto con el mismo bloque de constitucionalidad se convierten en fuente capital de derecho, se encuentran, por lo tanto, en una posición superior a las decisiones de los demás poderes constituidos.

[...] La justicia constitucional, entonces, como ejecutora y protectora de aquella supremacía, jurídica y política, aunque sus decisiones se tomen en un proceso constitucional y bajo la forma técnica de una sentencia, se convierte en una suprema instancia política. [...] La “soberanía” de la constitución, entonces, expresa la voluntad de quien quiere y puede decidir en su nombre; en este caso, el tribunal constitucional. (O, si se quiere, la voluntad de cuatro ministros sobre siete en la actual composición de la Corte Suprema de Justicia argentina, de cinco sobre nueve en el caso de su similar norteamericana, o de seis sobre cinco en el Supremo Tribunal Federal brasileño).<sup>40</sup>

<sup>38</sup> BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: ¿Un Mal Casamiento? p. 333/363. (“in” **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes”, coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012.) p. 361.

<sup>39</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 175

<sup>40</sup> BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: ¿Un Mal Casamiento? p. 333/363. (“in” **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes”, coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012.) p. 334 e 335.

Pari passu, neste cenário de um Estado constitucional de direito, neste contexto de afirmação de um novo constitucionalismo, ocorre, como consequência compulsória, o fortalecimento e a expansão do Poder Judiciário que, além de ter como missão institucional garantir o cumprimento das regras do jogo democrático (e sua deferência à lei e ao protagonismo do Poder Legislativo), assume, também, o papel contramajoritário de assegurar o respeito aos direitos fundamentais constitucionalizados, nomeadamente quando desatendidos ou desrespeitados pela legislação ordinária. Descrevendo esta aparentemente contraditória ordenação, Barroso explica este novo concerto, esta nova ordem em que avulta a expansão do Poder Judiciário, advertindo, todavia, sobre os riscos democráticos de um crescente “ativismo judicial” que pode, além de outras eventuais ameaças, reduzir ou até, no limite, suprimir o debate público. Assim leciona o Professor e Ministro de nossa Suprema Corte:

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. [...] <sup>41</sup>

A vagueza e imprecisão semântica das normas, a complexidade da sociedade, aliada à exigência de um papel mais atuante do Estado na defesa dos direitos fundamentais desafia, por outro lado, questionamentos e dúvidas acerca da legitimidade democrática e dos limites (ainda os democráticos) da atuação do Poder Judiciário na interpretação constitucional. Nesse sentido, o ensinamento e as lúcidas ponderações de Cláudio Ari Mello:

[...] Os direitos fundamentais exercem uma função negativa ou restritiva quando proíbem a prática de determinadas condutas ao Estado e a particulares, e exercem uma função positiva ou diretiva quando impõem, principalmente ao Estado, a prática de outras condutas. [...] A relação entre direitos e democracia é tão rica quanto complexa.  
[...] os direitos fundamentais são pré-comprometimentos escolhidos pela própria soberania popular, no exercício do poder constituinte originário, e

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. Capítulo XVI. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 367/406. ("in" **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 405.

convertidos em direitos constitucionais atribuídos aos indivíduos, inclusive – e sobretudo – em face dos próprios órgãos governamentais criados pelo poder constituinte originário. [...]

[...] Já os direitos fundamentais são dotados quase invariavelmente de uma estrutura normativa materialmente imprecisa, construída com elementos linguísticos que remetem a categorias da ética, da justiça ou de outra dimensão da moralidade, ou a categorias do domínio econômico ou político. [...]

[...] Evidente que em uma democracia constitucional essa liberdade de conformação legal dos conteúdos constitucionais pelas instâncias democráticas não é em absoluto livre, no sentido de consistir em uma discricionariedade constitucionalmente irresponsável [...] É esse equilíbrio tão delicado e assim mesmo tão indispensável que está em jogo na relação entre a tutela judicial dos direitos fundamentais e a autodeterminação democrática da comunidade. Uma teoria da justiciabilidade dos direitos fundamentais, tanto dos direitos liberais, como dos direitos sociais, não pode ser indiferente às implicações democráticas para o sistema de direitos que resulta do paradigma da democracia constitucional.<sup>42</sup>

Especial sublinha há de ser fazer, nesta lição, à referida assertiva sobre a fonte democrática e majoritária da “seleção” dos direitos que receberão a chancela de fundamentalidade na lei maior. São, assim, os representantes da maioria que definirão, no pacto seminal, os direitos morais (expressão de Dworkin) das minorias. Ainda fazendo referência ao Professor norte-americano, é a própria Democracia representativa que impõe se levem os direitos a sério. De lembrar, nesta toada, que a inserção na Constituição de direitos gravados com o atributo da jusfundamentalidade é decisão do povo que, por maioria, elegeu representantes constituintes e submeteu-se voluntariamente ao império da lei (no caso da Constituição) que, através deles, escreveram.

Ainda assim, nesse novel arranjo passa-se a questionar a legitimidade democrática da própria *jurisdição constitucional*. Bandieri é enfático nesse sentido, sustentando que “reconozcamos, en fin, que ni en el nacimiento ni en el desenvolvimiento, la justicia constitucional hizo buen matrimonio con la soberanía popular expresada en decisiones de la mayoría”<sup>43</sup>, em artigo cujo título (Justicia Constitucional y Democracia: ¿Un Mal Casamiento?) propõe instigante questionamento, ao qual volveremos ulteriormente.

---

<sup>42</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 143-147.

<sup>43</sup> BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: ¿Un Mal Casamiento? p. 333/363. (“in” **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes”, coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012.) p. 361.

Ao destacar o lugar e a relevância da jurisdição constitucional nos ordenamentos institucionais das democracias contemporâneas (ainda tratando da tensa relação aqui estudada), bem como, com a mesma razão de importância, a afirmação de seus limites (democráticos) e modo de legitimação, assim esclarece Barroso:

[...] Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de “contraponto e complemento”. [...] Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia.<sup>44</sup>

Tratando ainda e sempre sobre a tensa disjunção do direito e da política no modelo contemporâneo de Estado, Barroso ainda anota:

A separação entre direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e o respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. [...] <sup>45</sup>

Nesta mesma linha e em reflexão complementar, o mesmo doutrinador acrescenta e destaca o poder “genético” da Constituição, sua condição dúplice de fonte e conformadora do que por ela – e a partir dela - for constituído, lembrando que:

A Constituição é o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito. Cabe a ela transformar o poder constituinte originário – energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular – em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitas à legalidade jurídica, à *rule of law*. [...] Legislativo e Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias. [...] <sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. Capítulo XVI. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 367/406. ("in" **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 376 e 377.

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. Capítulo XVI. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 367/406. ("in" **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 378.

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. Capítulo XVI. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 367/406. ("in" **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord.

No mesmo texto, acentuou que o direito – e o Judiciário, em consequência – deve exercer uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política, sustentando o compromisso pétreo de proferir decisões por princípio e não por política. Neste sentido:

[...] juízes não inventam o direito do nada. Seu papel é o de aplicar normas que foram positivas pelo constituinte ou pelo legislador. Ainda quando desempenhem uma função criativa do direito para o caso concreto, deverão fazê-lo à luz dos valores compartilhados pela comunidade a cada tempo. Seu trabalho, portanto, não inclui escolhas livres, arbitrárias ou caprichosas. [...]<sup>47</sup>

Arrematando em qualificada síntese, e sublinhando a binária convivência da política com o direito, aduziu:

[...] A razão pública e a vontade popular – o direito e a política, se possível com maiúscula – são os dois polos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação. Dependendo do ponto de observação de cada um, às vezes será noite, às vezes será dia.<sup>48</sup>

Em semelhante e coerente sentido, destacando a relação quase circular entre direito e política, tendo por centro a jurisdição constitucional, pontua Bandieri:

[...] La Justicia constitucional resulta el custodio indispensable de la democracia y la democracia, a su vez, no se concibe sin la protección judicial de su fundamento constitucional. [...] Podría afirmarse que transcurrimos hoy un estadio posdemocrático, donde el papel protagónico se ha trasvasado del pueblo soberano a la justicia constitucional como instancia política suprema - ya veremos con qué insuperables límites.<sup>49</sup>

---

George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 379 e 380.

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. Capítulo XVI. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 367/406. ("in" **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 382.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. Capítulo XVI. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 367/406. ("in" **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 406.

<sup>49</sup> BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: ¿Un Mal Casamiento? p. 333/363. ("in" **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012.) p. 333

Acrescenta, ainda, no que tange à possível fragilidade democrática do sistema representativo decorrente da crise mundial de confiabilidade na política, relevante crítica acerca desta preocupante passividade da cidadania:

La crisis del sistema representativo es notoria a escala global. El pueblo, como presencia real del cuerpo política que porta el título de soberano, tanto en los niveles nacionales, provinciales o municipales, carece de vías auténticas de participación en la *res publica*, especialmente en la designación de los gobernantes y en la posibilidad cierta de revocarles sus magistraturas, así como tampoco la conducta de las dirigencias – el ejemplo, según Burke es el único argumento válido en la vida política – alienta las virtudes cívicas. Ha sido substituido por un público pasivo, medido en percentiles estadísticos por los encuestadores, cuyos análisis cuantitativos han ocupado el territorio antaño reservado a las reflexiones de la filosofía política. [...] El pueblo no participa de la vida pública por medio de la elección de representantes, sino que elige representantes que lo gobiernan por su propia cuenta. Los partidos políticos – que monopolizan la oferta de representantes – no están entre ellos en verdadera competencia. Puede describírselos como empresas de captación del voto del consumidor (ciudadano) hacia la imagen de un producto (candidato) cuya venta se promociona por los mensajes del marketing político, que se sirve como principal materia prima de las encuestas y tiene como objetivo maximizar los beneficios a través del acceso a las magistraturas públicas. [...] <sup>50</sup>

Assim sendo e considerando estes aportes críticos de doutrina, o Estado democrático de direito - e vamos convencionar o uso desta expressão no curso desta pesquisa por sua qualidade comunicativa e uso disseminado -, nos termos aqui balizados é, ou deve ser, a um só tempo, de um lado o fiador da democracia representativa e, por isso, deferente à soberania popular concretizada nas leis elaboradas por representantes legitimados pelo voto da maioria, e de outro, o garantidor (protetor e promotor) dos direitos fundamentais, nomeadamente das minorias, espaço específico de emergência e afirmação da jurisdição constitucional tutelar e contramajoritária. E, ademais, espaço de grande protagonismo (fala-se aqui da contingente e inevitável judicialização que, por vezes, desprega-se e migra para um ativismo em boa dose discricionário) do Judiciário, Poder de Estado que assume, neste arranjo, o compromisso institucional, especialmente através das Cortes Constitucionais, de suprir os eventuais déficits dos modelos antecedentes (liberal e social). É, numa figura de linguagem, como se as experiências (modelos) anteriores tivessem deixado dívidas para que o Estado democrático de direito as

---

<sup>50</sup> BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: ¿Un Mal Casamiento? p. 333/363. ("in" **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012.) p. 339 e 340.

quitasse, as chamadas promessas incumpridas da modernidade <sup>51</sup>. Para o já referido Professor Lenio Streck, trata-se do “plus normativo” do constitucionalismo contemporâneo <sup>52</sup> que cria, quase um imperativo categórico, a necessidade de mediação entre a democracia majoritária e os direitos fundamentais, notadamente na tentativa de redução dos riscos da discricionariedade judicial.

Na esteira de tudo que foi dito, importante refletir, como o fez Cláudio Ari Mello seguindo o pensamento e as orientações de Alexy, que os direitos fundamentais – centrais nesta discussão - possuem uma dupla dimensão, uma democrática e, paradoxalmente, uma ademocrática, e que esta tensão não é necessariamente um problema. Leciona, *verbis*:

É essa dupla dimensão da relação entre direitos fundamentais e democracia que permite compreender e conviver com o paradoxo que estabelece entre eles um vínculo ambivalente de recíproca dependência e de concorrência. Assim, vou utilizar basicamente a classificação de Alexy para propor a seguinte compreensão dos direitos fundamentais em relação à democracia: Os direitos fundamentais possuem uma dimensão democrática, por duas razões

*Os direitos fundamentais são democráticos*, porque estão sujeitos a uma *concretização preferencialmente democrática*, vale dizer, o processo de reconhecimento e de definição do seu conteúdo e da sua extensão pertence originariamente ao âmbito da política e, portanto, está adstrito às competências funcionais dos órgãos de direção política do Estado, através dos quais a comunidade politicamente ativa delibera, escolhe e decide sobre a concretização infraconstitucional dos direitos fundamentais.

*Os direitos fundamentais são democráticos*, porque funcionam como *pressupostos jurídico-institucionais da democracia constitucional*, porquanto são eles que asseguram ao processo democrático condições justas para um sistema de participação política e um regime de decisão fundados na liberdade e na igualdade entre todas as pessoas. Os direitos fundamentais veiculam posições jurídicas subjetivas, como a liberdade de expressão, de imprensa, de filiação partidária, de reunião, o direito de votar e de candidatar-se a cargos eletivos, a igualdade de sufrágio, o direito à informação, o direito à educação, que são “condições funcionais” para a existência, qualidade e legitimidade política do processo democrático.

Os direitos fundamentais são ademocráticos, porque exprimem posições jurídicas subjetivas que vinculam positiva e negativamente os órgãos do

---

<sup>51</sup> “Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos. Volume 8 – nº 2. Maio/agosto 2003. p. 257-301. Disponível em: <siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>. Acesso em: 06 jan 2017. p. 261.)

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos. Volume 8 – nº 2. Maio/agosto 2003. p. 257-301. Disponível em: <siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>. Acesso em: 06 jan 2017. p. 261.

Estado, inclusive as instâncias de representação democrática, impondo-lhes, ao mesmo tempo, limites e direção. Os direitos fundamentais protegem uma pluralidade de bens e valores que a comunidade determinou constitucionalmente como necessária e indispensável para assegurar a todas as pessoas uma existência moralmente digna. A constitucionalização desses bens e valores através de direitos fundamentais significa uma elevação relativa do núcleo de moralidade por eles representados para além da esfera de “decidibilidade” do processo democrático. [...] <sup>53</sup>

E a parte final deste trecho da lição de Cláudio Ari merece especial relevo. Não apenas pela qualidade da exposição do pensamento, mas, notadamente, pela conexão com as ideias centrais que serão expostas na sequência deste trabalho. Com efeito, como esclarece o autor, há um núcleo-base de eticidade (moralidade) na Constituição brasileira que, definido como diretriz teórica central do projeto de Estado, recebe, por isso mesmo, a marca da fundamentalidade, que lhe dá blindagem até mesmo diante das eventuais investidas do legislador ordinário, sempre bem escudado, impõe-se destacar, em sua legitimação democrática majoritária. E este é um ponto fundamental porquanto revelador de que este epicentro constitucional de eticidade (moralidade) é, de certa forma, imunizado pela representação (pelos representantes) da maioria contra intervenções do próprio processo democrático majoritário ou, de modo mais claro, foi no exercício da própria soberania popular (pelos constituintes eleitos) que se elegeu, definiu e consensuou este “núcleo de moralidade”, a que se refere Cláudio Ari, como estrutural e estruturante do Estado projetado e, em razão disto, protegido contra “ataques” quer da maioria, quer de minorias. Com isso se divisa que o Estado democrático de direito, sendo “amigo” dos direitos humanos, o é, também, da moralidade pública e, conseqüentemente, “inimigo” de seus predadores (e a corrupção, como se sustentará ao final, é um de seus maiores predadores).

Ainda sobre o tema das relações tensionais (mas necessárias!) entre a soberania popular e a soberania constitucional no âmbito do Estado democrático de direito, volta-se ao magistério Zagrebelsky, que assim assevera:

La primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el

---

<sup>53</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 148 e 149.

legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley.<sup>54</sup>

Quanto a este mesmo pretenso (ou real?) embate entre direitos humanos e a soberania popular no Estado Constitucional, em acréscimo reflexivo que dialoga, congruentemente, com as lições de Cláudio Ari e Zagrebelsky e os outros autores citados, acrescento a recorrente advertência sobre os riscos da ponderação de princípios sem limites epistemológicos sólidos, assevera e alerta Bandieri:

[...] Tal santuario vedado a la penetración de la soberanía popular, está constituido por los derechos humanos en su codificación constitucional y en los tratados del derecho posmoderno que conforman bloque con aquélla.

[...]

A través de sentencias “interpretativas” o “manipulativas”, busca adecuar las normas a la constitución cosmopolítica – en bloque de constitucionalidad – a fin de hacerlas compatibles con ella. [...] Los neoconstitucionalistas exigen jueces activos y vigilantes, que ante los casos difíciles, dilemáticos y trágicos, en que entran en colisión derechos humanos y principios igualmente valiosos al primer examen, procedan a la debida “ponderación” de los valores contrapuestos, según el criterio impuesto a partir del caso *Lüth*, juzgado por el Tribunal Constitucional Federal alemán (1954), lo que deja abierta la decisión judicial a la pura subjetividad del juez activista [...]<sup>55</sup>

E sem abandonar a reflexão sobre a delicada e tensa convivência da soberania popular com a jurisdição constitucional, complementa Bandieri:

El Estado de Derecho, como anotaba Carl Schmitt, aunque centrado en la legalidad – “el derecho es la ley y la ley es el derecho” – contenía, además, un elemento específicamente político, esto es, era aún un Estado, una forma política. Este elemento político se manifestaba en la “soberanía del pueblo”, limitada y contenida por los derechos fundamentales y la separación de poderes, y en la potencialidad del poder constituyente de la decisión política fundamental de darse una constitución “positiva”, en el sentido que el mismo Schmitt otorga a esta última expresión, propia de ese pueblo en particular.<sup>56</sup>

E sobre o onipresente perigo da discricionariedade judicial, que sobrevive, com outra roupagem (através de um ativismo moralizante), no Estado Constitucional – mesmo que, contraditoriamente, este seja orientado pela doutrina pós-positivista

---

<sup>54</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 47.

<sup>55</sup> BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: Un Mal Casamiento? p. 333/363. (in **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 341 e 345.

<sup>56</sup> BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: Un Mal Casamiento? p. 333/363. (in **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 341 e 346.

que busca combater esta mesma discricionariedade contida no positivismo - alerta, com especial acuidade crítica, o antes referido Beatty:

[...] Se os juízes são livres para definir palavras como “vida”, “liberdade” e “igualdade” como bem lhes apraz, a sua supervisão dos poderes eleitos do governo não faz o menor sentido.

[...]

Para conciliar a prática do controle judicial de constitucionalidade com a soberania do povo para governar a si mesmo, é preciso demonstrar que não é com base em suas opiniões pessoais sobre o certo e o errado que os juízes resolvem conflitos e julgam o modo que os governantes exercem os poderes do Estado. É preciso haver uma teoria sobre o modo com que os juízes devem exercer seu poder de controle de constitucionalidade. [...] <sup>57</sup>

Sem se afastar da crítica à discricionariedade judicial, Lenio Streck faz interessante analogia à teoria – metáfora - dos “dois corpos do rei”, relacionando-a com a impessoalidade republicana e com os deveres de eticidade que oneram o “Rei” (eticidade entendida aqui como o princípio de moralidade pública que, entre outras projeções fundamentais, é fonte de um dever gerencial de honestidade no manejo de recursos públicos que financiarão, ao fim e ao cabo, as prestações fundamentais – saúde, segurança, educação, etc. -, questões que serão tratadas no último capítulo deste trabalho):

[...] decisões devem ser por princípio. E não por políticas ou qualquer outra finalidade. Por isso um bom exemplo de decisão por princípio é o aeroporto. Todos têm de tirar o sapato. Todos passam pelo raio X. Até a senhora idosa que chegou atrasada. Vai perder o voo. O processo do aeroporto não é finalístico. O princípio é: não passa ninguém sem revista. Inclusive a velhinha. E os funcionários. Tire o cinto. E o relógio. E as moedas. Bingo. E se não fosse assim? Seria o caos. Porque a decisão de deixar passar sem revista seria... discricionária. Binguíssimo. E isso não daria segurança... nem jurídica, nem física aos usuários. Bingo de novo! Compreendem a minha insistência sobre a decisão por princípio e sobre os dois corpos do rei? Querem falar disso de outro modo? Pensem nisso como “republicanismo” e fairness (equanimidade). <sup>58</sup>

Ainda no que tange à discricionariedade judicial e seus riscos sempre presentes, notadamente no constitucionalismo atual, no Brasil ou alhures, leciona, adverte e exorta Lenio Streck, reportando-se ao magistério de Dworkin:

---

<sup>57</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 8.

<sup>58</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2018.

Outra questão central para a compreensão das teses aqui desenvolvidas é aquela atinente aos problemas emanados da discricionariedade judicial. Com efeito, a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da “descoberta” da *indeterminação do direito*. [...]

A discricionariedade judicial abre espaço para arbitrariedades, por isso é preciso entender mais de perto o problema envolvendo a crítica de Dworkin ao positivismo discricionário de Herbert Hart. Dworkin fala em três sentidos para o termo *discricionariedade*: um sentido fraco, um sentido forte e um sentido limitado. O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder de escolha daquela autoridade à qual se atribui poder discricionário é determinado a partir da escolha “entre” duas ou mais alternativas. Assemelha-se, portanto, à discricionariedade administrativa. A esse sentido, Dworkin acrescenta a distinção entre discricionariedade em *sentido fraco* e discricionariedade em *sentido forte*, cuja determinação é bem mais complexa do que a discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade reside, segundo Dworkin, no fato de que, em seu sentido forte, a discricionariedade implica a incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. [...] Nesse caso, *alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente*. Não se pode dizer que ele cometeu um erro em seu julgamento porque este está legitimado pela ideia de discricionariedade judicial.<sup>59</sup>

E acrescenta Lenio, reforçando a importância de uma teoria da decisão democrática como caminho para a afirmação do regime e redução dos riscos de retrocessos autoritários:

Daí a inegável importância da hermenêutica nesse novo direito exurgido no Estado Democrático de Direito. Há, visivelmente, uma aposta na Constituição (direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do direito para delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-as do constante perigo da exceção. Disso tudo é possível dizer que tanto o velho discricionarismo positivista quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito têm algo em comum: o déficit democrático, isso porque, se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, a esta altura da história e um retrocesso reforçar/accentuar formas de exercício de poder fundadas na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, circunstância que conduz, inexoravelmente, às arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição. É nesse contexto que se afigura imprescindível uma principiologia, ao mesmo tempo apta a “proteger” o direito e a concretizá-lo.<sup>60</sup>

Em aprofundada análise do pensamento de Dworkin e da “construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática”, Francisco

---

<sup>59</sup> STRECK; Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 48-53.

<sup>60</sup> STRECK; Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55.

Motta discorre sobre a objetividade dos juízos morais e a doutrina da discricionariedade judicial:

[...] A defesa de Dworkin a respeito da objetividade dos juízos morais, recebe ataques de todas frentes: argumentos que questionam, desde a sua possibilidade (Leiter), até a sua relevância (Hart e Waldron). Ambos os ataques acabam servindo de base à doutrina da discricionariedade judicial. Se não é possível que se encontrem respostas corretas para problemas morais, então, quando o juiz articula um juízo moral, ele está simplesmente expressando sua opinião pessoal, ou fazendo uma escolha. Se, por outro lado, sendo possível que haja respostas corretas para problemas morais, não é possível que se demonstre essa conclusão, de forma irrefutável, então a discussão seria irrelevante. De um outro modo, chega-se à discricionariedade judicial. [...] <sup>61</sup>

E adita, quanto à possibilidade de se alcançar a verdade no domínio moral:

[...] Estamos com Dworkin quando este afirma que é possível, sim, que se chegue à verdade no domínio moral - contanto que se a conceba como um domínio independente das ciências naturais; e, também, quando este demonstra, mediante uma epistemologia da responsabilidade, como é que se deve justificar, num contexto intersubjetivo, uma reivindicação desse tipo (de que determinado juízo moral é correto). [...] <sup>62</sup>

E essa percepção de uma dimensão objetiva d(n)os juízos morais (de moralidade pública, especialmente, como destaca Dworkin e reverbera Francisco Motta), da vinculatividade legitimante das decisões jurídicas a partir de um acervo relativamente rígido de princípios constitucionais é, mais uma vez necessário o destaque para que se tente construir as amarras lógicas deste trabalho,

Seguindo na reflexão acerca de um dos problemas vitais de pesquisa, verifica-se, no direito constitucional contemporâneo, duas tendências em princípio contraditórias e diretamente vinculadas à relação tensional entre direitos e democracia, vale dizer: o ativismo judicial engajado na concretização dos direitos sociais, de um lado, e a doutrina da autocontenção judicial, que prestigia a legitimidade democrática da legislação e do legislador, de outro. A respeito, novamente com magistério de Cláudio Ari Mello, destacamos o seguinte trecho de sua obra aqui mais uma vez referida:

[...] A doutrina e a prática do direito constitucional encontram-se hoje pressionadas por duas tendências gerais contraditórias e aporéticas: uma

---

<sup>61</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017. p. 166.

<sup>62</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017. p. 166 e 167.

delas propõe o ativismo judicial para assegurar as conquistas sociais cristalizadas nas constituições; a outra busca conter a atuação jurisdicional para favorecer o processo democrático. Essa segunda tendência obtém na doutrina da auto-restrição judicial (*judicial self-restraint*) um fundamento enraizado nas mais antigas tradições do constitucionalismo ocidental. [...] <sup>63</sup>

O mesmo autor, ademais, a respeito das muitas perplexidades oriundas da revisão judicial das leis (*judicial review*), instrumento que marca e, de certo forma, define o Estado Constitucional, propõe os seguintes e oportunos questionamentos:

[...] 1) Os juízes podem controlar e dirigir a concretização da constituição pelos órgãos de direção política do Estado?; 2) Por que os juízes têm esse poder em um regime democrático?; 3) Quais são os limites dos juízes no exercício desse poder em uma democracia constitucional? [...] <sup>64</sup>

E ele mesmo oferece as respostas e as soluções para o aparente dilema. Para Cláudio Ari, a solução dessas questões passa pela necessidade de um “equilíbrio reflexivo entre o processo democrático e a justiça constitucional a legitimar a atuação do Poder Judiciário como guardião final dos valores constitucionais substantivos tutelados pelos direitos fundamentais” <sup>65</sup>.

Neste momento da exposição, é mais um vez muito importante pontuar, sublinhar e explorar este tema (a relação tensa entre democracia e os direitos fundamentais). E esclarece-se o porquê. Ocorre que ele é estruturante da construção argumentativa que se seguirá. Com efeito, mais do que útil, é essencial que se abordem as relações do constitucionalismo com a democracia (ou da democracia com o constitucionalismo, respeitada a ordem histórica de surgimento/consolidação destas categorias ou, ainda, da democracia com a possibilidade da revisão judicial da legislação pelo Judiciário) como componente integrativo e definidor do modelo de Estado democrático de direito, passando-se necessariamente por definições – não exaurientes, é claro! – das duas tipologias base (democracia e constitucionalismo).

Este componente particular e peculiar (fala-se ainda da tensão entre democracia e garantia de direitos na matriz de constitucionalismo aqui tratada), de resto, não é apenas uma elementar do Estado democrático e constitucional de

---

<sup>63</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 22.

<sup>64</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 22.

<sup>65</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 23.

direito mas, outrossim e especialmente, é uma característica básica, uma inerência e uma imanência do modelo político/jurídico aplicado no Brasil atual a partir e por conta do texto (ou textos) da Constituição Federal promulgada em 1988. É assim, também, além de objeto de debate e pesquisas acadêmicas (relevantes, registre-se), um achado empírico do país de hoje, um dado da faticidade de nossa ainda jovem democracia (nascida da mesma promulgação de 1988), um fato de nossa realidade, de nossas rotinas, um assunto que se pode encontrar, com alguma facilidade e sob diversas facetas, repercutido nas mídias de hoje, e aqui a referência pode ser mesmo ao dia de hoje, provavelmente tratando de alguma decisão impactante de uma de nossas Cortes de vértice, especialmente a Suprema Corte <sup>66</sup>. Aliás, fenômeno interessante acontece em nosso país nos dias de hoje, um inédito interesse pelas decisões judiciais sobre temas de relevância social e política, às vezes nem tanto, especialmente as decisões das nossas Cortes de Vértice. Circunstância notável que leva alguns articulistas célebres a afirmar, entre atônitos e instigados, que hoje as pessoas comuns do povo conhecem mais a “escalação” do Supremo Tribunal Federal, do primeiro ao undécimo Ministro, do que a da seleção brasileira que está em preparação para uma Copa do Mundo da Rússia <sup>67</sup>. Este é um efeito da judicialização da vida <sup>68</sup> que impacta a nova cidadania que se forja no Brasil, vitaminada pela superexposição midiática dos julgamentos e pelas novas plataformas digitais em redes abertas.

Sobre o tema das plataformas digitais, de resto, tratando especificamente do fenômeno da *cibertransparência* e a democracia no espaço virtual, assevera Têmis Limberger:

---

<sup>66</sup> Nesse sentido, interessantes as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas nas ADIs 3.510 e 5.081, respectivamente, sobre a Lei de Biossegurança e sobre a regra de fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. Também relevantes os julgados da ADI 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, na qual foi reconhecida a possibilidade da união estável para casais do mesmo sexo. Por fim, destaca-se a ADPF 442, ainda pendente de julgamento, na qual é questionada a constitucionalidade de artigos do Código Penal que criminalizam o aborto.

<sup>67</sup> Antigamente todos sabiam de cor a seleção brasileira. Agora poucos têm ideia de quem sejam os convocados, mas sabem o nome de cada juiz do STF... Mas por que chegamos a tal situação? Tácito, historiador, orador e político da Roma Antiga resumiu em poucas palavras: “*Corruptissima republica plurimae leges*”, escreveu ele em Latim: “A república excessivamente corrupta precisa de muitas leis.” (coluna de Augusto Nunes, VEJA, 17/9/17).

<sup>68</sup> A expressão é utilizada por Barroso em diversas obras, tendo recebido especial destaque em: BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

A democracia representativa que se instaurou a partir das ideias dos pensadores Iluministas, nos parlamentos contemporâneos, atualmente é acrescida de mecanismos da democracia participativa (referendo, plebiscito, iniciativa popular legislativa, etc.) e encontra novas perspectivas com o advento da comunicação em rede.<sup>69</sup>

Aduz a referida jurista que, nesse contexto, “a democracia eletrônica significa um fórum de participação cidadã que fortalece o controle social, e pode influir na democracia representativa, tudo sob a égide das novas tecnologias e o ciberespaço”<sup>70</sup>. E arremata, enfatizando o papel das novas tecnologias na democracia contemporânea, sublinhando a importância da informação pública:

[...] a informação pública disponibilizada pelos sítios estatais é uma das manifestações da Administração eletrônica. Existe, porém, uma conexão entre a administração eletrônica e a democracia eletrônica, uma vez que, estando as informações em rede e efetuando o cidadão este acesso, há um fortalecimento desta, pois permite uma apropriação de informação, que servirá para melhor deliberação democrática. Outra consequência, que daí pode advir, é, a partir da informação pública, disponibilizada em rede, a organização cidadã para criação de fóruns de discussão virtual, a respeito dos assuntos públicos.<sup>71</sup>

Não é demais alertar, assim, que já se está tratando, nesta altura do trabalho, do chamado novo constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo ou constitucionalismo pós-bélico ou, ainda, constitucionalismo discursivo/argumentativo, dentre outras possíveis denominações manejadas na doutrina)<sup>72</sup>. Este arranjo institucional que teve origem no tribunal constitucional da Alemanha (criado em 1951), marcado pela superação do positivismo clássico, também chamado exegético-primitivo<sup>73</sup>, e aqui as contribuições de Dworkin são mais uma vez valiosas (mesmo que ele não se defina como neoconstitucionalista ou antipositivista, ele, na verdade, se autodesigna um não

---

<sup>69</sup> LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 89.

<sup>70</sup> LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 91.

<sup>71</sup> LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 91.

<sup>72</sup> “A doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo.” (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59).

<sup>73</sup> Lenio sublinha a pretensão do positivismo clássico de igualar direito e lei (texto e norma estariam colados), no prefácio do livro *Levando o Direito a Sério*, de Francisco Motta (Livraria do Advogado. 2ª edição, Porto Alegre, 2012).

positivista) especialmente acerca do papel dos princípios morais como fontes do direito e, mais do que isto, como normas jurídicas.

A propósito, reportando-se ao mesmo Dworkin, Barroso transcreveu trecho em que o Professor norte-americano referiu-se ao “fórum de princípios”, aduzindo que:

[...] Em uma sociedade democrática, algumas questões decisivas devem ser tratadas como **questões de princípios – morais ou políticos** – então como uma questão de poder político, de vontade majoritária. São elas as que envolvem direitos fundamentais das pessoas, e não escolhas gerais sobre como promover o bem-estar social. [...] <sup>74</sup> (grifo nosso).

Com efeito, na ordem constitucional surgida no mundo ocidental no período do segundo pós-guerra, contundentes críticas são dirigidas à (suposta) neutralidade atribuída ao Direito, desafiando-o a intervenções mais proativas, especialmente no âmbito dos processos de monitoramento da constitucionalidade das leis.

Neste item é necessário pontuar que Beatty, buscando o melhor entendimento sobre o funcionamento do controle constitucional das leis, abordou três linhas de pensamento: primeiro, a posição dos “originalistas” ou teoria do contrato (destacando Antonin Scalia e Roberto Bork), para quem o intérprete da Constituição deve examiná-la como o faria fosse um contrato, buscando o respeito à tradição e à intenção dos celebrantes; em segundo, analisou, também, a teoria do processo (destaque para John Hart Ely, Cass Sustein, Patrick Monahan e Jürgen Habermas), cujos defensores sustentavam, em suma, que o Poder Judiciário deveria ser o curador da integridade do processo social de tomada de decisões, que há de ser democrático e acessível a todas às pessoas e grupos, sem adentrar em análises morais ou axiológicas (estas seriam da atribuição do povo soberano); por fim, a chamada teoria moral, que tem em Ronald Dworkin seu principal expoente. Segundo esta posição, os juízes não estão apenas autorizados, mas têm o dever de fazer uma leitura moral da Constituição, sendo este modo interpretativo ínsito ao controle judicial de constitucionalidade. Beatty reconhece a importante contribuição que as três teorias ofereceram ao debate, que busca, em última instância, entender o que é o próprio Direito. Afirma que, ao fim e ao cabo, todas elas falharam em parte na

---

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. Capítulo XVI. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 367/406. (“in” Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais - **Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes**”, coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 383.

tentativa de “explicar e justificar convenientemente nossa decisão de conferir tanto poder aos tribunais”<sup>75</sup>.

Todavia, identificando maior mérito argumentativo na última (a teoria moral), assevera Beatty, tratando da democracia sob a ótica da teoria moral, valendo-se, ainda e concomitantemente, das lições de Dworkin e Habermas, que:

[...] Adequação e valor, e não um ideal intangível de neutralidade, são, na concepção de Dworkin, tudo o que se pode exigir de uma teoria.

[..]

[...] O conjunto de suas obras pretende oferecer uma teoria do direito que supere o impasse que dominou os debates da filosofia jurídica durante centenas de anos, entre os que encontram a essência do direito nos procedimentos e instituições por meio dos quais ele é promulgado e declarado (os “jus positivistas”) e os que encontram seu verdadeiro cerne na justiça e na moral que ele garante (os “jusnaturalistas”).

[...]

[...] O conceito de direito de Dworkin, assim como o de Habermas, nasce de uma filosofia política que rejeita a ideia de que a democracia pode ser reduzida à simples fórmula do domínio da maioria.<sup>76</sup>

Uma vez mais, portanto, na reflexão destes pensadores, a crítica consistente e persistente ao indevido reducionismo da democracia à dimensão meramente formal e censitária está presente. E o diálogo entre estes autores, vê-se, conduz, quase que inexoravelmente, a ideia de democracia substancial centrada em princípios e valores e à leitura moral da Constituição (novamente a remissão ao pensamento de Dworkin, onipresente nesta pesquisa) e sua preocupação com noções de justiça e equidade como pressuposto validatório da dimensão democrática de qualquer Estado.

Há que se lembrar, a propósito, que já Kelsen propugnava pela imprescindibilidade de um mecanismo constitucional que protegesse as minorias dos excessos das majorias, a fim de garantir a existência de democracia que se constitua substantivamente justa:

“Por cierto, la puntada decisiva en el tejido del control constitucional fuerte la dio Hans Kelsen, con la propuesta del Tribunal Constitucional, que se plasmó en la Constitución austríaca de 1920. El jurista de Praga consideraba su creación como el eje del mecanismo constitucional y medio de poner en acto lo esencial de la democracia, esto es, la transacción

---

<sup>75</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 61.

<sup>76</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 46 e 47.

constante entre los partidos representados en el Parlamento. Por medio de este supertribunal, las minorías podrían protegerse de los excesos de las mayorías y se pondría coto, también, a las demasías de las burocracias estatales, por su tendencia a modalidades autocrática en el proceso de aplicación de la ley. Democracia y control constitucional por un tribunal concentrado formaban, a juicio de Kelsen, un matrimonio indisoluble.<sup>77</sup>

Nada obstante, seu contemporâneo (de Kelsen), Carl Schmitt, como destaca Bandieri, irresignado com esta possibilidade de controle, censurava que “los tribunales constitucionales desvirtúan y tergiversan la función judicial. La función judicial consiste en juzgar según las leyes y no en juzgar las leyes”<sup>78</sup>.

De resto, as origens estadunidenses desta perspectiva (e modelo institucional) que prevê a sindicabilidade (decorrente de um dever de *accountability* em face da Constituição) dos atos da política em sentido estrito (as leis) pelo Judiciário são indicadas por Cláudio Ari Mello, ao referir que:

[...] a doutrina da limitação do governo pelo Direito, esboçada no *Bonham's case*, é a gênese do constitucionalismo que se afirmaria posteriormente, sobretudo a partir da adoção de constituições escritas, desde a Constituição norte-americana de 1787. [...] <sup>79</sup>

E continua o doutrinador rio-grandense, agora analisando o histórico e paradigmático julgamento festejado como embrião do constitucionalismo moderno. Expõe Cláudio Ari:

[...] *Marbury v. Madison* não é apenas a origem histórica da justiça constitucional e do controle de constitucionalidade das leis: a decisão de 1803 institucionalizou um princípio político-jurídico que até então era pouco mais do que um ideal filosófico do liberalismo político. Foi a primeira afirmação concreta, no plano das instituições políticas do Estado, feita na primeira democracia constitucional que o mundo conheceu, de que a constituição era uma barreira jurídica efetiva e intransponível pelo poder político, ainda que a afronta adviesse do próprio corpo de representantes do povo.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: Un Mal Casamiento? p. 333/363. (in **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 354.

<sup>78</sup> BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: Un Mal Casamiento? p. 333/363. (in **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 356.

<sup>79</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 16 e 17.

<sup>80</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 17.

Ainda com Cláudio Ari Mello, é importante esclarecer que esta primeira onda do constitucionalismo norte-americano, porquanto liberal, foi marcada pela clara reverência à democracia e a seu princípio estrutural, deferente à legislação e à perspectiva majoritária. Seguindo nesta lição, vê-se o destaque – apropriado, aliás - que o autor dá ao compromisso de autorrestrição da intervenção judicial no exame de outra decisão, não menos paradigmática, da jurisprudência norte-americana:

[...] Marshall explicitará, em *McCulloch v. Maryland*, julgado em 1819, que o poder de declarar nulas as leis inconstitucionais deve ser exercido excepcionalmente pelo Poder Judiciário, apenas nos casos em que a inconstitucionalidade for evidente, sob pena de usurpação da esfera legítima do Poder Legislativo e, por consequência, do princípio democrático. [...] Durante todo o século XIX prevaleceu, na cultura jurídico-política norte-americana e na prática judicial da Suprema Corte, a adesão à doutrina da judicial *self-restraint*, que propõe justamente a retração do Poder Judiciário no exercício da função de controle da constitucionalidade dos atos dos demais poderes, como consequência de uma concepção que maximiza o peso do princípio democrático e minimiza o peso do princípio constitucionalista de limitação do governo.<sup>81</sup>

E acrescenta, em momento posterior do seu texto, conclusão que é fundamental para a reflexão em andamento neste trabalho, ou seja, a de que o assim chamado “problema contramajoritário” é, em verdade, um conteúdo necessário para os arranjos democráticos São, por assim dizer, elementos naturais – ou naturalizados, aculturados – do arquétipo de Estado constitucional. Neste sentido, assevera Mello, produzindo didática síntese conclusiva, que “a despeito da natureza supostamente antidemocrática ou contramajoritária da jurisdição constitucional, ela se converteu em um elemento fundamental das democracias constitucionais modernas”.<sup>82</sup>

Neste tópico do trabalho e considerando as referências doutrinárias invocadas, a pergunta básica é: afinal qual é o papel do direito no arranjo democrático consolidado pelo constitucionalismo contemporâneo?

E neste ponto, impende apontar, retornando à companhia e aos escólios de Beatty, aquela que é a função primeira do direito, ou seja, a de ser um contraponto ou uma defesa institucionalizada contra todas as formas de autoritarismos e

---

<sup>81</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 18.

<sup>82</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 20.

violências (inclusive as literais, físicas) <sup>83</sup>. A democracia, retome-se este pensamento, é o império da lei e aqui a referência é a soberania da Constituição.

E não se pode esquecer que este novo constitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo é, em verdade, um fenômeno global(izado), inclusive nos países de tradição do Common Law, e que teve – e tem - grande influência na América latina (e no Brasil em especial) <sup>84</sup>.

O processo de sedimentação deste modelo no velho continente (inaugurado entre nós, com grande atraso, em 1988), outrossim, é descrito com percuciência por Barroso, que assim escreveu:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. [...] Nesse ambiente vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. [...] Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. <sup>85</sup>

E acrescentou o mesmo Professor, flagrando outra faceta fundante deste constitucionalismo, a possibilidade de aplicação direta das normas (notadamente dos princípios) constitucionais sem intermediação legislativa, neste sentido aduzindo:

---

<sup>83</sup> Nesse sentido, interessante notar o conceito de direito como empreendimento coletivo, adotada por Dworkin, para quem “o Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas” DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 239

<sup>84</sup> Para Barroso, “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 nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Conjur**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil)>. Acesso em 10 de janeiro de 2018).

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. Capítulo XVI. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 367/406. (in **Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012. p. 366).

[...] Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.<sup>86</sup>

Tratando das características deste mesmo Direito Constitucional contemporâneo, Zagrebelsky destaca a fluidez da nova dogmática constitucional:

[...] La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten – los conceptos – mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un sólo componente pueda imponerse o eliminar a los demás. [...] El único contenido 'sólido' que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es de la pluralidad de valores y principios.<sup>87</sup>

Bem verdade, este padrão se difundiu, padronizando, com prevalência no ocidente através da profusão de novas constituições, como já se referiu, após a segunda grande guerra (como consequência de seus horrores e do fracasso do Direito como estrutura de interdição da barbárie). Aliás, este movimento de constitucionalização do direito e do Estado e a nova ordem estabelecida (especialmente, repita-se, no mundo ocidental) são analisados com percuciência pelo Professor Cláudio Ari Mello, que assim sintetizou este novo concerto globalizado e globalizante:

Portanto, o trinômio em torno do qual gravitam as constituições ocidentais modernas é formado por três elementos fundantes: **democracia, direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. A coexistência desses elementos nas democracias constitucionais parece significar um fator decisivo para o equilíbrio do sistema jurídico-político. [...] a identificação dos domínios específicos dos processos democráticos e da jurisdição constitucional e a definição dos limites das funções institucionais dos órgãos de direção política e dos órgãos judiciais tornam-se, por consequência, temas centrais da teoria constitucional contemporânea. [...] <sup>88</sup> (grifo nosso)

Lenio Streck, outrossim, aduz que “a globalização-pós moderna coloca-se justamente como contraponto das políticas do *welfare state*”. Acrescenta ainda o

---

<sup>86</sup> BARROSO, Luís Roberto. Capítulo XVI. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 367/406. (in **Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012. p. 367).

<sup>87</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 17.

<sup>88</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 20 e 21.

referido jurista, na esteira das lições de Boaventura de Souza Santos, que “esse Estado, também chamado de Estado Providência ou Social, foi a instituição política *inventada nas sociedades capitalistas* para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista”.<sup>89</sup>

Antes de retomar ao tema (do qual, a rigor, não se apartou a exposição) acerca da propalada tensão democracia x constitucionalismo, importa registrar, portanto, as principais características ou elementos conformadores deste constitucionalismo contemporâneo – o que nos interessa sobremaneira na pretensão de amarração racional entre os capítulos do presente trabalho. Em primeiro lugar, é necessário esclarecer que a doutrina identifica e proclama a compatibilidade desta forma de Estado, ao mesmo tempo democrático e constitucional de direito (o cenário que é fundo das reflexões contidas nesta pesquisa)<sup>90</sup>. Outrossim, este novo constitucionalismo que da Europa se expandiu se positiva, em regra, através de Constituições rígidas, extensas, analíticas, e que contenham um catálogo com extensa enumeração de direitos fundamentais, e que, ademais, seja um documento de matriz prevalentemente ética e de origem iluminista (a nossa Constituição cidadã de 1988, aliás, se acopla a esta moldura arquetípica com perfeição quase geométrica).

Por outro lado, este constitucionalismo contemporâneo atua através de uma Jurisdição Constitucional forte e guardiã dos valores e princípios constitucionais. Neste tópico, vê-se que o modelo – e o caso brasileiro em especial – opera em uma dimensão claramente substancialista, como se verá melhor adiante, consagrando, pela acolhida e explicitação constitucional, uma dimensão ética inafastável.

Esta ordenação baseada no império da Constituição tem como consequência potencial – e no caso do Brasil de hoje, real – a expansão da atividade judicial (com produção judicante de diversas naturezas: interdital, revisional, nulificatória e,

<sup>89</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 20 e 21.

<sup>90</sup> Como destaca Sarlet: “[...] convém alertar que, sob o rótulo de Estados Constitucionais, é possível identificar determinados modelos, que, em termos gerais e de acordo com difundida tipologia, podem ser reunidos em pelo menos três grupos, designadamente, o Estado Constitucional Liberal (Estado Liberal de Direito), o Estado Constitucional Social (o Estado Social de Direito) e o Estado Democrático de Direito, que, na versão aqui privilegiada, assume a feição de um Estado também Social e Ambiental, que pode, mediante uma fórmula-síntese, ser também designado como um Estado Socioambiental, ou mesmo um Estado Socioambiental e Democrático de Direito. [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 55).

notadamente, criadora) sobre espaços tradicionalmente reservados ao Parlamento ou ao Executivo (Poderes eleitos).

E aqui o problema central, ou um deles, ao menos! Há, nesta estruturação, uma clara transferência dos centros de poder, mudança do epicentro decisório, notadamente do poder político, que se desloca para o Poder Judiciário e demais agências do sistema de justiça (aqui, destaque para o Ministério Público e seu singular perfil constitucional demandista, inclusive como legitimado coletivo universal ao manejo da ação civil pública). A emergência, ascensão e o inédito protagonismo da atividade jurisdicional (e do Poder Judiciário, em consequência), especialmente no campo do controle de constitucionalidade da legislação, é um fato e, mais do que isto, um processo em contínua marcha e expansão, no Brasil em especial.

Cuida-se, pois, de uma nova cena institucional claramente permissiva e, mais ainda, indutora da judicialização e, mesmo, do ativismo judicial <sup>91</sup> (considerada a missão amplificada pela Constituição de garantir os direitos prestacionais concretizadores das promessas sociais fundamentais que não tenham sido adimplidos pelos poderes políticos tradicionais), nova ordem que vem produzindo, também, o que se poderia chamar de processo de empoderamento dos juízes constitucionais, que tem recebido, ademais, a outorga de grande fidúcia social, com elevados índices de confiança e reconhecimento, inclusive da mídia, créditos direcionados ao Poder Judiciário e ao sistema de justiça como um todo (neste, o Ministério Público surge, novamente, com especial protagonismo) e, de outro lado (quase um contraponto nesta gangorra simbólica), experimenta-se, em razão proporcionalmente inversa, um grande desalento em relação ao poder político oriundo do sufrágio eleitoral, seja o Executivo, seja o Legislativo.

Sobre o tema, Ran Hirschl assim se refere ao fenômeno da “judicialização da política”:

“Judicialização da política” é um termo “guarda-chuva”, comumente usado para abranger o que, na verdade, são três processos inter-relacionados. De forma mais abstrata, a judicialização da política se refere à disseminação de

---

<sup>91</sup> Segundo Barroso, “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em 22 de março de 2018. p. 6).

discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas. A predominância do discurso jurídico e a popularização do jargão jurídico são evidentes em praticamente todos os aspectos da vida moderna. Talvez a melhor ilustração dessa predominância seja a subordinação, em comunidades modernas organizadas como estados de direito, de quase todo fórum decisório a normas e procedimentos quase judiciais. Temas que antes eram negociados de maneira informal ou não judicial, agora são dominados por regras e procedimentos jurídicos.<sup>92</sup>

Tratando desta judicialização da política e das relações sociais, em âmbito mundial, Barroso assim informa:

[...] Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster -, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. [...] <sup>93</sup>

E pontua, especialmente quanto ao caso brasileiro atual:

[...] No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. [...] Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. [...] <sup>94</sup>

Ainda o mesmo Barroso, cuidando deste processo de assunção, pelo Poder Judiciário, destes novos espaços, atribuições e poderes, como consequência e desafio da dimensão normativa e prestacional da Constituição de 1988, assevera que:

Com a promulgação da Constituição de 1988, teve início a luta teórica e judicial pela conquista da efetividade das normas constitucionais. Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 envolveram o esforço da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel e

---

<sup>92</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de direito administrativo**. V. 251. Maio/agosto 2009. p. 142.

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. Capítulo XVI. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 367/406. ("in" **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012.) p. 368.

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. Capítulo XVI. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 367/406. ("in" **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012.) p. 370.

desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição.<sup>95</sup>

Neste novo cenário, formal e solenemente inaugurado pela promulgação da Carta de 1988, são consolidados elementos de cultura jurídica que lhe dão identidade e solidez institucional, além de lhe garantir coerência sistêmica. Dentre eles, com certeza, um merece especialíssimo destaque e iluminação, neste trabalho: o princípio (dogma, mantra, compromisso, diretriz teórica, outras designações são possíveis) da supremacia da Constituição diante de toda a legislação, máxima orientativa do contemporâneo sistema de justiça (e deste novo constitucionalismo aqui pesquisado) que impactou, fortemente, a teoria das fontes do direito (e aqui o recorte brasileiro é evidente), afirmando, neste novo contexto, a normatividade e a centralidade da constituição, ou seja, a proclamação que define que o conteúdo das normas constitucionais passa a condicionar e conformar o conteúdo e a validade de todas as normas infraconstitucionais da ordem jurídica. É a qualidade/poder que se denominou força normativa da Constituição<sup>96</sup>, ou ainda constituição dirigente<sup>97</sup>, atributo que consagra, ainda, a normatividade dos princípios constitucionais (quebra do modelo da velha Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942), hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (redação dada pela Lei nº 12.376/2010 e Lei nº 13.655/2018), que apontava os princípios gerais do direito como ferramentas assessórias, subsidiárias e contingentes de integração de lacunas do direito positivo, outrora compreendido como um sistema de regras.

Neste novo cenário (neo)constitucional, como antes se referiu, uma das questões mais marcantes, identitárias e sensíveis é exatamente esta possibilidade de aplicação de normas (regras e princípios) constitucionais sem intermediação legislativa. Dir-se-ia, com razão, decretou-se, assim, o fim do juiz boca da lei e o início de um tempo de judicância criativa, inovadora, construtiva (aqui, com certeza,

---

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 23-50. Acesso em 16/09/2017. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. p. 27.

<sup>96</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

<sup>97</sup> "A teoria da constituição assume-se como teoria da constituição dirigente enquanto problematiza a tendência das leis fundamentais para: (i) se transformarem em estatutos jurídicos do Estado e da sociedade; (ii) se assumirem como norma (garantia) e tarefa (direcção) do processo político social." (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 169 e 170).

o núcleo do aludido “problema democrático” deste modelo de constitucionalismo, de que já se tratou no presente trabalho e continuará a se tratar). Mas aqui vai uma advertência importante e necessária, o juiz que opera neste novo constitucionalismo não pode se colocar acima da Constituição, não pode ser o senhor dos sentidos da lei. Lembra-se, com ênfase quase marcial, que a observância da soberania da Constituição também significa a submissão das decisões jurídicas aos conteúdos da Carta. Aliás, neste sistema, ninguém deve estar acima da Constituição, tampouco livre de sua incidência e eficácia vinculante.

De resto, estas diretrizes teóricas básicas do constitucionalismo contemporâneo – a supremacia e centralidade das Constituições – são assinaladas por Beatty, quase como um louvor, quando afirma que “as Constituições são a autoridade suprema em todos os sistemas jurídicos – as mães de todas as leis”<sup>98</sup>.

Retorna-se, então, embora a rigor dela não se tenha saído, à reflexão sobre a relação tensional entre democracia majoritária e a jurisdição constitucional curadora dos direitos fundamentais que, em regra, tem natureza contramajoritária, vínculo permanente que dá identidade ao constitucionalismo contemporâneo e, via de consequência, ao Estado democrático de direito.

Na reflexão aqui proposta, outrossim, não se furtará do exame de dois ângulos, perspectivas ou pontos de observação da mesma forma muito importantes sobre esta temática das relações tensionais entre democracia e jurisdição constitucional: primeiro, a questão de sua inexorabilidade - ou não - e, segundo, a questão de se tratar – ou não - de um problema no sentido valorativamente negativo (o de ser algo maléfico, danoso, que se deva evitar) e portanto que demandaria um grande e articulado esforço acadêmico e institucional voltado a sua superação. Em suma, a questão que há de ser também enfrentada é: o denominado problema contramajoritário da jurisdição constitucional é mesmo um problema? É uma circunstância negativa, nociva à democracia e, portanto, indesejada? Ou, por outro lado, cuida-se de uma circunstância auspiciosa e benfazeja para o atingimento dos próprios ideais democráticos? E em o sendo, qual o papel do Poder Judiciário neste arranjo institucional? (esta uma subquestão da segunda!).

---

<sup>98</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 5.

De certa forma, os trechos de doutrina destacados até aqui neste trabalho já subsidiaram a resposta que se formulará ato contínuo.

Na linha do pensamento, dentre outros, de Lenio Streck, assevera-se que esta tensão entre democracia e os direitos (que remete, numa perspectiva reducionista, ao clássico contraponto entre direito objetivo e direitos subjetivos), ou entre democracia e constitucionalismo, é uma inevitabilidade, mais no sentido de ser uma circunstância inevitável por indefectível, do que propriamente um obstáculo a ser evitado, um problema, uma disfunção. E aqui, repita-se, está-se tratando este tema (a tensão) como um elemento presente, necessariamente, no âmbito do ‘Estado democrático de direito’, quer como categoria teórica, quer, ainda, e é o que mais nos diz respeito, como modelo consagrado – no texto, no espírito e na aplicação jurídica – da Constituição Federal brasileiro de 1988. Há uma importância prática nesta reflexão, portanto, considerando que o compromisso de respeito à Constituição não prescinde de um esforço prévio de compreensão de seus âmbitos, sentidos e propósitos.

Nesta trilha, Lenio Streck identifica este “paradoxo” ou aparente contradição – cujo cerne avaliativo é a legitimidade democrática da revisão judicial do produto legislativo – como um fenômeno intrínseco da história do constitucionalismo contemporâneo, questão a ser enfrentada em qualquer abordagem sobre o tema. Não por acaso, o título do item 2.1 do capítulo 2 da obra referida (Verdade e Consenso), antecipa e faz clara síntese do conteúdo que explora no capítulo. O título-epígrafe desta parte do livro é “A Constituição como um paradoxo e os “dilemas” do constitucionalismo – a tensão (inexorável) entre jurisdição e legislação”. Em imersão mais analítica, pontua o mencionado autor:

[...] a Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro destes caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> STRECK; Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 84

De outra banda, Amaral Júnior, abordando o artigo “Ronald Dworkin e a sua contradição majoritária”, sugere, valendo-se da lição do professor americano, que se está diante de um verdadeiro problema. Lembra, assim, que:

[...] em seu artigo *Equality, Democracy, and Constitution*, publicado na *Alberta Law Review*, n.º XXVIII, 1989-1990, p. 324-346, Ronald Dworkin fala sobre “a cobra no jardim”, “o problema desagradável” no centro do Direito Constitucional: o controle de constitucionalidade é antidemocrático? Isso porque, explica Dworkin “em graus crescentes no mundo democrático, juízes declaram inconstitucionais leis que foram aprovadas por legisladores eleitos por uma maioria ou pluralidade de eleitores”. Reconhece que isso acontece “mesmo quando as disposições constitucionais apontadas como violadas não são específicas e detalhadas ou autoaplicáveis, mas escritas em linguagem abstrata, cujo sentido razoável leva pessoas razoavelmente treinadas a discordarem violentamente.”<sup>100</sup>

Numa perspectiva sutilmente diversa, Claudio Ari Mello, a seu turno, descreve o modelo de Estado democrático de direito como uma categoria que integra simbioticamente (mesmo que de modo tensional muitas vezes) a democracia dita majoritária com um catálogo de direitos fundamentais estabelecido pelo mesmo poder político originário. Leciona, a propósito, o professor uruguaianense:

A democracia constitucional é o arquétipo de uma sociedade justa e organizada nos Estados modernos. De um modo geral e provisoriamente, podemos caracterizá-la como um modelo político relativamente homogêneo que combina o regime democrático com a garantia de alguns direitos julgados fundamentais no processo constituinte e colocados sob a proteção do Poder Judiciário. [...] <sup>101</sup>

Merece destacar, nesta brecha, que o Professor Cláudio Ari, na obra citada, faz alusão ao princípio e compromisso estatal com a justiça. Ele trata predominantemente a questão da tensão democracia versus direitos fundamentais como uma especificidade até bem quista, uma propriedade positiva, uma inerência dotada de utilidade, enfim um atributo tipológico estruturante – e portanto indispensável - do Estado democrático de direito que constitui, em verdade, uma importante funcionalidade, algo, pois, que não seria propriamente um problema – no sentido de inconveniente - mas, antes e pelo contrário, um eixo de equilíbrio e calibragem do próprio sistema que do modelo decorre. Seria, nesta trilha, um espaço

---

<sup>100</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Ronald Dworkin e a sua contradição majoritária*. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-fev-23/analise-constitucional-dworkin-contradicao-majoritaria>>. Acesso em: 17 jan 2018.

<sup>101</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 15.

de conexão e mediação que deve buscar a conciliação entre a legitimidade jurídica e política do endosso da maioria sem abrir mão da tutela de direitos básicos que garantam respeito e participação das minorias na comunidade política e, especialmente, nos resultados (produtos, políticas, entregas) comunitários da ação política.

Antecipa-se, neste ponto, que se concorda integralmente com esta abordagem do chamado “problema contramajoritário do constitucionalismo contemporâneo”, sustentando-se que este “casamento” aparentemente complicado (entre democracia e direitos fundamentais), mais do que possível, é desejável para a implementação do modelo democrático que se propugna(rá) na parte final deste capítulo, no qual o *judicial review* mais do que admitido, é muito bem vindo!

Aliás, no item seguinte desta exposição, este talhe argumentativo também será ponte para a análise do modelo de democracia brasileira, assim entendidos, a uma, o proposto pela Carta de 1988 e, a duas, aquele que se sonha (sonho como mote a ser perseguido pela comunidade política).

E neste estágio da reflexão, importa sobremaneira explorar o aludido ‘problema contramajoritário’ e, nomeadamente, pesquisar e explicitar as causas de justificação e afirmação da necessidade de limites ao poder político, mesmo reconhecida sua legitimação popular, sem esquecer, em momento algum, que a democracia representativa parlamentar majoritária nasceu, como ideia e modelo, exatamente para bloquear as tiranias imperiais e/ou oligárquicas. Em suma, a afirmação de que sequer a soberania popular é absoluta, ao revés é ela, por decisões e processos majoritários (notadamente o constituinte) deferente à soberania da Constituição, arranjo que se definiu como o melhor modelo interdito de todas as tiranias, inclusive aquelas exercidas por maiorias eventuais contra minorias social e/ou politicamente débeis.

Uma vez mais Beatty, abordando o risco da ausência de controles e balizas ao exercício do poder político, tratando, portanto, dos perigos do poder ilimitado, do poder discricionário, mesmo que ungido pela formal legitimidade de um mandato democrático adquirido por um processo eleitoral perfeito, assim ensina:

O reconhecimento da soberania do povo e a criação de formas democráticas de governo representaram, sem dúvida, melhorias imensas com relação as monarquias e teocracias de tempos remotos, mas estavam longe de ser uma solução perfeita, como atestam tragicamente as democracias fascistas e “populares” do século passado. As maiorias podem

abusar de sua autoridade [...] Os acontecimentos que definiram o século XX confirmaram a veracidade da observação de Blackstone, há mais de dois séculos, de que não há nenhum poder capaz de controlar os políticos inclinados a agir “em oposição à razão nas democracias em que a soberania da lei da maioria é absoluta e incondicional”<sup>102</sup>

Refletindo a partir de seu específico e geográfico lócus, do seu lugar de fala (os Estados Unidos, do século passado), Beatty ponderou acerca destes novos poderes (papéis, atribuições) do Judiciário, em especial da Suprema Corte, neste novo arranjo institucional constitucionalizado, especialmente destacando a função interdita em relação aos eventuais abusos dos Poderes eleitos (políticos, em sentido estrito), Com clareza, aduz o mestre canadense:

[...] No decorrer dos últimos cinquenta anos, cada vez mais os juízes receberam o poder de controlar o modo pelo qual os dois poderes de governo eleitos exercem a autoridade coercitiva do Estado. Passou a ser da alçada do Judiciário determinar se os políticos e demais autoridades ultrapassaram o limite. Espera-se que os juízes deem respostas aos dilemas morais e políticos mais polêmicos e controversos e digam ao povo quem está certo e o que se pode e não se pode fazer.<sup>103</sup>

E acrescenta, logo adiante:

[...] Nos Estados Unidos, onde pela primeira vez se proclamou o reinado do direito, o controle judicial de constitucionalidade era uma questão de lógica simples. Uma vez que se decidiu adotar uma Constituição escrita com estrutura federal e uma Declaração de Direitos forte, realmente não havia outra escolha. [...] <sup>104</sup>

E voltando ao precedente tido por muitos como pioneiro/inaugural do controle de constitucionalidade da legislação ordinária na América, Beatty, faz, como o fizera Cláudio Ari em lição antes destacada, justa reverência ao notável Juiz Marshall:

John Marshall, o primeiro grande juiz-presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, percebeu com muita clareza a responsabilidade da Corte. “É da alçada e dever do departamento judiciário”, escreveu Marshall no caso fundamental *Marbury VS. Madison* “dizer qual é a lei [...]. Assim, se a lei estiver em oposição à Constituição [...] A Corte deve determinar qual d[os] preceitos conflitantes rege o caso. Eis a própria essência do dever judicial”.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 2.

<sup>103</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 2 e 3.

<sup>104</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 4.

<sup>105</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p.4.

E, ademais, proclamando o protagonismo dos Estados Unidos como construtores e difusores deste novo constitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, acrescentou Beatty:

[...] à medida que novos Estados iam sendo construídos sobre as ruínas de regimes autoritários e ditatoriais, os povos se voltavam para o direito os tribunais a fim de garantir que os horrores de sua história jamais os assombrassem novamente. No final do século XX, as democracias constitucionais já haviam criado raízes em todos os continentes, o que conferiu crédito à afirmação de um de seus principais teóricos de que a ideia de controle judicial de constitucionalidade e de aplicação dos direitos humanos elementares é de longe a contribuição mais importante que os Estados Unidos deram à teoria política.<sup>106</sup>

Dessarte, ao cabo deste conjunto de reflexões acerca do “problema democrático” do constitucionalismo, a conclusão que com os autores citados se chega é a de que não se trata, propriamente, de um problema, antes pelo contrário. A relação tensional entre a política enquanto instância de afirmação da vontade da maioria e o constitucionalismo como sistema de garantias dos direitos fundamentais da cidadania em geral e das minorias em especial, inclusive em face da lei produzida pelo procedimento majoritário representativo não enfraquece a democracia, antes é o equilíbrio, mesmo que tenso, que lhe garante vitalidade. Democracia sem direitos fundamentais é o risco permanente da ditadura da maioria; já o constitucionalismo sem democracia é a ameaça da ditadura de pessoas ou grupos minoritários (minorias ocasionais).

E na observação desta ordem, cumpre registrar que a prerrogativa de o Judiciário dar a última palavra não é alternativa obrigatória, existindo experiências em que o Parlamento assume este papel, em outros lugares se designa um órgão autônomo, apartado do Poder Judiciário (os verdadeiros tribunais constitucionais). E o fato de tal missão não ser delegado a Juízes não torna o arranjo constitucional necessariamente antidemocrático. Não esta atribuição que define uma comunidade como democrática ou não.

Assim, reafirma-se, ao fim deste capítulo, o que antes se sustentou, com suporte na doutrina reproduzida neste trabalho, ou seja, o modelo de Estado democrático e constitucional de direito, chancelado pela Constituição Federal de

---

<sup>106</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 6.

1988, não é apenas o formato jus-político definido para o Brasil no artigo 1º da Carta magna, é, também e além, como categoria teórica e modelo, provavelmente melhor projeto de Estado, enquanto arranjo institucional, eis que interdita, mediante vigilância dos tensos equilíbrios entre instâncias majoritárias e contramajoritárias, os excessos da política e do exercício dos direitos, cumprindo, como desafio derradeiro, também controlar eventuais excessos do próprio Poder Judiciário enquanto curador, moderador e última monitoria (através da jurisdição constitucional) deste mesmo arranjo democrático. Neste pensamento, interessante destacar, está, modo resumidíssimo, a definição do papel e lugar do direito nesta ordem conhecida como constitucionalismo contemporâneo.

E nesta paragem do trabalho, é necessário dizer que o modelo brasileiro de ordenamento de Estado (contido no projeto de Brasil contido na Constituição Federal, notadamente em sua dimensão principiológica) não é original, tampouco há fundamentos científicos suficientes para afirmar, com pretensão de verdade, seja o melhor, como categoria teórica, ou o ideal para o arranjo brasileiro. Até porque, nos limites desta dissertação, não se fará uma pesquisa comparativa com outros países e outras ordens constitucionais. Mas o argumento que se busca solidificar nesta pesquisa é que, se não for perfeito, o modelo é perfectível, contanto que bem compreendido pela sociedade e pelos agentes públicos e responsabilmente concretizada..

#### 4 CONCEPÇÃO COMUNITÁRIA DE DEMOCRACIA ADEQUADA.

Neste ponto do trabalho, identifica-se a necessidade de, com alguma verticalidade e densificação conteudista, aportar e problematizar definições básicas acerca de uma categoria – talvez a principal - que compõe e orienta a reflexão aqui proposta, está-se falando da – e de – democracia, enquanto categoria teórica, mas com confesso interesse em analisar seus encaixes empíricos no âmbito do Estado brasileiro. Ora, como o trabalho pretende abordar, criticamente, a contemporaneidade brasileira, questionando o papel do estado democrático de direito nesta realidade (e, neste, o valor do enfrentamento institucional à corrupção no arranjo democrático e sua importância para a qualidade e consolidação da democracia) este pequeno e incidental ensaio se justifica e é quase uma prefacial, mesmo que já se esteja a falar de democracia no curso deste capítulo.

Francisco Motta, sempre conectado às iluminações da teoria dworkiniana, lembra e previne que a democracia se trata de:

Um conceito interpretativo e muito controverso: as pessoas discordam a respeito do que ela é. Nós escolhemos entre concepções concorrentes localizando algum valor, ou arranjo de valores, que melhor explicam o que há de bom em cada uma delas. Não há como fugir desta discussão.<sup>107</sup>

Realmente com integral razão o professor gaúcho. Não há como fugir do enfrentamento deste tema a partir desta perspectiva. Ainda mais nesta quadra da história brasileira. Em um Brasil conflagrado, partido e, de certa forma, polarizado e binário em que se multiplicam debates, com características de confrontos quase belicistas, em que o entrechoque de posições radicalmente opostas e que se autodeclaram inconciliáveis se multiplica em todos os espaços, em que grupos se arrostam e desafiam, diariamente, buscando não composição com os rivais, mas a extinção deles (às vezes, literal, física), embates estes amplificados em dimensão superlativa pelas redes sociais, onde teses vinculadas a tais linhas ideológicas subsidiam – e por vezes estimulam – estes enfrentamentos agressivos, disponibilizando e repercutindo argumentos que tornam ainda mais improvável a

---

<sup>107</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017, p. 30.

mediação destes desacordos, em um país em que o diálogo e os processos de construção dialética de entendimentos se reduzem e, em muitos casos, se inviabilizam e que, ademais, o debate público sincero, transparente (controlável, portanto) e participativo se empobrece até quase desaparecer, vê-se, nas brumas da intolerância ensurdecadora, um único e surpreendente consenso: os dois lados (em regra são dois) que controvertem e se acusam, grosso modo invocam e evocam o mesmo fundamento, a mesma bandeira de lutas é brandida, o mesmo argumento é insolitamente compartilhado na busca de intentos divergentes e opostos, os dois campos políticos repetem, como um mantra quase religioso. “lutamos pela democracia!”.

No que tange a esse ponto de divisão da comunidade política, em que se contrapõem argumentações desprovidas de fundamentos sólidos e/ou sem esforço dos participantes para que se alcance a verdade através de estratégias dialéticas dialogais, válida e atual a análise de Dworkin (inclusive para um exercício hermenêutico sobre o Brasil de hoje) acerca do contexto político norte-americano <sup>108</sup>, pensamento assim sintetizado por Francisco Motta:

Em 2006, Dworkin publicou um livro interessantíssimo e com um título provocativo: *Is Democracy Possible Here?* Nesse texto - que já veio servindo de subsídio à nossa pesquisa até aqui -, o autor observa que a política norte-americana teria chegado a um estado deplorável, no qual lados divergentes (na especificidade, *liberais* e *conservadores*) não se tratariam mais como parceiros de um autogoverno, mas como disputantes de uma guerra, sem qualquer demonstração de respeito um pelo outro. Em última análise, Dworkin percebe a falta de uma *argumentação* decente na vida política americana. Quer dizer, a falta de um debate sincero, entabulado por pessoas que compartilham algumas premissas a respeito de princípios políticos básicos (democracia e liberdade, por exemplo), a respeito das políticas concretas que mais bem os concretizariam. O quadro pintado por Dworkin, com efeito, é amplamente familiar. Difícilmente se vê um esforço genuíno, de parte a parte, mesmo no meio intelectual, para que se atinja uma espécie de *common ground*: pontos comuns que tornem a discussão entre pessoas que se respeitam mutuamente não apenas possível, mas também reciprocamente proveitosa. <sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

<sup>109</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017. p. 77.

Mas como assim? De que democracia se está falando no atual debate público brasileiro? O recente *impeachment*<sup>110</sup> de uma Presidente da República brasileira teria vulnerado a democracia (foi golpe?) e se revelado uma ameaça ao nosso arranjo institucional ou foi, ao revés, um episódio alvissareiro de afirmação da vitalidade democrática e, portanto, um alento e um indicativo de solidez de nossa ainda jovem e claudicante democracia (considerando a redemocratização que tem marco na Carta de 1988)?

E a recente prisão do ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva (baseada em uma condenação em segundo grau que ainda não transitou em)<sup>111</sup> é uma confirmação da estabilidade institucional de nosso sistema penal e de nossa democracia ou, ao contrário, é a evidência do enfraquecimento da dimensão democrática de nosso Estado de Direito pela relativização de princípio que não poderia, na perspectiva democrática, ser relativizado? No caso deste precedente se fala do princípio constitucional da inocência. O Poder Judiciário desrespeitou os limites semânticos do texto constitucional e “legislou”? Isto, se de fato ocorreu neste precedente, abala a democracia?

E pergunta-se, outrossim: de que democracia se cogita nesta dissertação? Respostas, portanto, se impõem, mesmo que não exaurientes, até para que a pesquisa não padeça de demasiada vagueza e esclareça (assuma, com responsabilidade) seus pontos de observação (de vista e de fala), informando a base de reflexão acerca de fenômenos tão complexos e de categorias polissêmicas como é, por exemplo, a democracia que aqui se estuda.

Daí ser importante o exame apartado, pontual, quase autônomo, desta categoria – sempre considerada, é claro, no ambiente e nos âmbitos do Estado de Direito Constitucional – e, além disto, o esforço inafastável de conceituar e classificar a democracia, inclusive pela sinceridade e lealdade que há de permear qualquer

---

<sup>110</sup> Denúncia por Crime de Responsabilidade (DCR) nº 1, de 2015, recebida e autuada pela Presidência da Câmara dos Deputados em 02 de dezembro de 2015. O processo de impeachment foi instaurado contra a Presidente da República no Senado Federal no dia 12 de maio de 2016. A sentença declarando que "o Senado Federal entendeu que a Senhora Presidente da República DILMA VANA ROUSSEFF cometeu os crimes de responsabilidade [...]" foi proferida em 31 de agosto de 2016 e está disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contra-dilma-rousseff>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2018.

<sup>111</sup> Ação Penal Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/RS, na qual foi proferido, pelo Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, decisão determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor do ex-presidente, em 05 de abril de 2018, conforme informação disponível no sítio eletrônico da Justiça Federal do Paraná.

trabalho acadêmico (validado, técnica e eticamente, por argumentos e pela explicitação das fontes deles). E exatamente por isso se optou por um recorte mais restritivo, demarcado pelo pensamento e definições desenvolvidas a partir da obra de Ronald Dworkin, nomeadamente em sua valiosa teoria do Direito e, nela, a formulação do modelo (tese) da democracia constitucional em parceria, também chamada comunitária ou coparticipativa, à qual se adere, como já anunciado, no presente trabalho, afirmando-a o modelo constitucionalmente adequado.

Não se descure, aqui, e seria imperdoável, da obrigação de olhar de modo panorâmico a vasta obra de Dworkin. O conceito de democracia é só uma parte da teoria política do mestre norte-americano. É claro, outrossim, que os diferentes ramos de seu pensamento (filosofia moral, teoria do direito, teoria da igualdade, etc.) estão todos interligados de modo sistêmico e racional, ao menos pelo ponto de observação nesta pesquisa.

Aliás, esta a clara proposta de Dworkin ao redigir seu livro de fechamento (não o último), no qual o professor norte-americano, já na introdução, anuncia seu propósito de investigação, ou seja, a busca por uma boa argumentação que valde, com solidez e força suasória, a ideia da unidade de valores éticos e morais, sustentando que os valores moralmente virtuosos e relacionados com o bem são interdependentes e se reforçam reciprocamente.<sup>112</sup>

Obviamente este é um resumo de tal sorte redutor que corre o risco de fissurar a mensagem original, mas suficiente e importante para este trabalho, levando-se em conta a pretensão de, na parte final, trabalhar-se a relação democracia e corrupção a partir de um núcleo ético constitucional que seja fonte de unidade e irradiador de isonomia política. Dá-se relevo e atenção, pois, na tentativa dworkiniana de responder a pergunta essencial, medular e seminal (básica para sua imensa e valiosa obra como, também, relevante para as reflexões pontuadas e propostas nesta pesquisa).

Esta pergunta compartilhada por Dworkin com seus leitores e com a comunidade política é: “afinal, o que é democracia?” O caminho aqui escolhido foi o de, revisitando o pensamento do filósofo americano, especialmente a sua formulação fracionária – ou em contraste - da democracia a partir da análise das

---

<sup>112</sup> DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco Espinho: Justiça e Valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Editora WMF Martins Fontes: São Paulo. 2014. p.1.

duas linhas (manifestações) contrapostas acerca dela, ou seja, a dimensão majoritária, de um lado, e o formato comunitário (ou em parceria ou denominada *partnership view* ou, ainda, *coparticipativa*), de outro. E nos seus textos, identifica-se a clara opção/recomendação de Dworkin pela última, sustentando-a como a mais apropriada ferramenta de luta moral pela democracia em sua dimensão substancial, assim entendida aquela comprometida e condicionada pela busca da decisão correta, em outras palavras, da decisão que implementa as condições democráticas de validade e justiça (justeza) e conformidade constitucional, instrumento que o jurista norte-americano aduz ser o mais eficiente para a mediação necessária entre as dimensões majoritárias e contramajoritárias do(n) ambiente de uma democracia constitucional, lembrando-se que se fala daquele que se entende e preconiza seja o melhor modelo até hoje pensado e testado, mesmo que sempre aplicado em realidades dinâmicas e cada vez mais “líquidas”<sup>113</sup>, “nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais (pós-verdade)<sup>114</sup>).

É o referido Francisco Motta, de resto, que nos informa, antecipando, que “a abordagem de Dworkin, dados os termos deste debate, é substancialista”<sup>115</sup>.

Faz-se, então, subseqüentemente, sempre nos passos de Dworkin, uma correlação aproximativa entre democracia majoritária e procedimentalismo, de um lado, e democracia em parceria e substancialismo, por outro. E nesta última (a democracia em parceria ou comunitária ou, ainda, coparticipativa) se busca destacar a sua dimensão prevalente, ou seja, a da moralidade pública, e o conseqüente esforço/compromisso de identificar, a partir deste marco, a decisão

---

<sup>113</sup> “O tipo de modernidade que era o alvo, mas também o quadro cognitivo, da teoria crítica clássica, numa análise retrospectiva, parece muito diferente daquele que enquadra a vida das gerações de hoje. Ela parece ‘pesada’ (contra a ‘leve’ modernidade contemporânea); melhor ainda, ‘sólida’ (e não ‘fluida’, ‘líquida’ ou ‘liquefeita’); condensada (contra difusa ou ‘capilar’); e, finalmente, ‘sistêmica’ (por oposição a ‘em forma de rede’)” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 33)

<sup>114</sup> Destaca-se aqui, também, o conceito de “pós-verdade” (“post-truth”), eleito pela Oxford Dictionaries a palavra do ano em 2016, empresa que dicionarizou o termo com a seguinte definição: “que se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais”. Informações extraídas de <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/11/16/O-que-%C3%A9-%E2%80%98p%C3%B3s-verdade%E2%80%99-a-palavra-do-ano-segundo-a-Universidade-de-Oxford>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2018.

<sup>115</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lenio Streck. Editora JusPODIVM, 2017, p. 14.

democraticamente adequada <sup>116</sup> através de compromissos claros, objetivos e férreos com ideias (talvez o próprio ideal) de justiça.

Ademais, este reconhecimento/afirmação da pertinência democrática do modelo proposto por Dworkin de democracia comunitária ou em parceria e, portanto, a conclusão, na companhia do autor norte-americano, de que é o (modelo) mais adequado em termos de conformidade constitucional (pede-se licença para uma adaptação da formulação dworkiniana à ordem brasileira contemporânea), segue, *pari passo*, quase numa relação de causalidade mecânica e racional, a outra e não menos relevante afirmação/conclusão, que é quase um imperativo categórico neste mesmo cenário, ou seja, a já afirmada (em tópico anterior) compatibilidade do *judicial review* com a democracia (esta mesma democracia que se identifica como a mais adequada, com as razões de Dworkin, Francisco e Lenio) e, mais do que isto, a sua utilidade, adequação e atualidade no âmbito do constitucionalismo contemporâneo (e brasileiro notadamente). E, outrossim, a identificação dos compromissos categóricos do Poder Judiciário (lamentavelmente nem sempre assumidos, no Brasil) em dar boas respostas (constitucionalmente adequadas), a melhor se uma única certa não for possível, assim entendidas as respostas democraticamente adequadas.

A propósito, sempre na esteira das lições de Dworkin, a dificuldade em se alcançar uma “resposta certa”, em regra, não decorre só da imprecisão dos termos empregados, mas normalmente da ausência de um parâmetro comum ao que seja certo (ao nosso ver, uma leitura moral constitucionalmente adequada):

Portanto, a objeção que estivemos discutindo pode ser posta de lado. Não há nenhuma razão para supor que não se pode encontrar nenhuma teoria geral da legislação que ofereça uma resposta para a questão do que acontece à lei quando alguma instituição usa linguagem imprecisa. Pode-se dizer agora, porém, que não existe tal teoria da legislação com aceitação

---

<sup>116</sup> Sobre o ponto, prudentes os questionamentos de Lenio Streck: “de que modo podemos reivindicar e defender a democracia se, no final do processo decisório, deixamos uma “margem de atuação” para a livre escolha do juiz? Isso é possível num Estado Democrático de Direito? Mas, se o constitucionalismo atua no plano do contramajoritarismo – e esse é o ponto de compatibilização a partir da discussão dos limites da jurisdição constitucional -, também é possível dizer que tal circunstância acarreta outro grande debate: como impedir que os juízes (ou os Tribunais Constitucionais) se substituam ao legislador? Isso implica, à evidência, discutir as condições de possibilidade de um efetivo controle das decisões judiciais. Enfim, trata-se de *discutir a validade dos discursos jurídicos e as condições de possibilidade de uma teoria da decisão.*” (STRECK; Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 481).

geral. Se examinarmos as decisões de tribunais chamados a interpretar leis contendo termos imprecisos, descobriremos que os tribunais ou discordam quanto às técnicas de interpretação da lei ou concordam apenas quanto a um conjunto de princípios que usam termos como "intenção" e "propósito", que são, à sua própria maneira, tão imprecisos quanto "sacrilego". Mas e daí? Mesmo que consideremos esses pronunciamentos dos tribunais como enunciados canônicos de Direito, tal como as leis, ainda deixamos em aberto a questão de como o direito é afetado pelo fato de os tribunais, nesses enunciados canônicos, terem usado termos imprecisos.

[...]

Enfatizo essa ressalva porque penso que a idéia geral, de que algumas questões jurídicas não têm nenhuma resposta certa porque a linguagem jurídica às vezes é imprecisa, não resulta da imprecisão, mas de razão diferente, que descrevo posteriormente, de que não pode haver nenhuma resposta certa para uma questão jurídica quando juristas sensatos discordam quanto ao que é a resposta certa. O conceito de contrato válido não é impreciso como o conceito de meia-idade, e, de fato, de que às vezes a linguagem da lei relativa à validade de um contrato seja imprecisa, não decorre que também seja imprecisa a questão de ser o contrato válido ou não. Isso, porém, torna mais provável que os juristas discordem quanto ao contrato ser ou não válido do que se a lei não contivesse termos imprecisos - não porque o significado de termos seja decisivo em questões de validade, mas porque os juristas realmente discordam quanto às técnicas de interpretação e explicação usadas para responder a tais questões.

A questão, portanto, de se existem casos sem nenhuma resposta certa em um determinado sistema jurídico - e se tais casos são raros ou numerosos - não é uma questão empírica comum. Acredito que tais casos, se é que existem, devem ser extremamente raros nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha.[...] <sup>117</sup>

Encerra-se esta parte do trabalho, sem se afastar do tema do modelo comunitário de democracia, destacando o caminho proposto (síntese ética) por Dworkin segundo o qual se teria que edificar – inclusive no plano relacional intersubjetivo da linguagem - um “common ground”, um compartilhamento de valores, princípios e argumentos como talvez a única forma de viabilizar um debate político sério e sincero no cenário de fricção (conflitos e, às vezes, confrontos) constante entre os interesses da maioria (e sua celebrada legitimidade democrática) e os pleitos de reconhecimento, defesa e afirmação das minorias (e sua justa posse/titularidade de direitos fundamentais que podem ser – e são – oponíveis – trunfos - ao Estado pela judicialização). Aliás, talvez a ordem de causa e consequência seja a inversa, ou seja, talvez só com o estabelecimento de condições de um debate público sério, sincero e indutor de confiança recíproca sobre os propósitos dos partícipes permita a formulação e posterior consolidação de um verdadeiro “common ground” e o fundamental ajuste sobre consensos

---

<sup>117</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 192-216.

compartilháveis, o que o já citado professor Lenio Streck denomina “a priori compartilhados”<sup>118</sup>.

Mas voltemos, pois, à pergunta que inaugura e propõe o debate neste tópico: o que é esta tal democracia? Na introdução de “O Direito da Liberdade”, Dworkin enfatiza que não há consenso conceitual. Textualmente, o autor assim compartilha sua dificuldade de apreensão do objeto estudado:

Democracia significa governo do povo. Mas o que isto significa? Nenhuma definição explícita de democracia se estabeleceu, em definitivo entre os cientistas políticos ou no dicionário. Muito pelo contrário, a realidade da democracia é objeto de profundas contraversas.<sup>119</sup>

Na citada obra, como já foi dito, Dworkin tenta conceituar democracia a partir da oposição entre duas visões possíveis e contrastantes do fenômeno democrático, de um lado a democracia majoritária e, de outro, a comunitária ou em parceria. E neste passo é importante registrar, novamente, que este último modelo, também denominado *partnership conception*, é uma tese de filosofia política proposta e advogada por Dworkin e que se acolhe neste trabalho como orientação.

Pela concepção da chamada Democracia Majoritária (*majoritarian view*), o governante deve ter como diretriz condicionante e validatória de sua gestão (no plano administrativo estrito, jurídico e político amplos) e, portanto, de suas deliberações (decisões), a vontade da maioria do povo. Esta (a vontade da maioria manifestada regularmente por seus representantes), nesta perspectiva majoritária, portanto, seria o critério de legitimação democrática da decisão. Uma espécie de aprovação no teste de pedigree<sup>120</sup>.

Neste ponto, eis que se falou em representação, pede-se licença para uma nova fenda incidental de meditação e, nela, poderíamos propor um recorte de

---

<sup>118</sup> STRECK; Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014. Em especial o posfácio.

<sup>119</sup> DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo. Martins Fontes. 2006, p. 23-4

<sup>120</sup> Segundo Dworkin, uma das características centrais do positivismo jurídico é a de que "o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com o seu conteúdo, mas com seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas". (SHAPIRO, Scott J. **The "Hart-Dworkin" debate**: a short guide for the perplexed. Social Science Research Network, 2 fev. 2007. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657)>. Acesso em 23 de fevereiro de 2018. p. 6).

sofisticação empírica ao debate e questionar a representatividade democrática no Brasil, sua atual legitimidade (em termos de acreditação, confiabilidade e acolhimento social) e a suficiência das ferramentas normativas e institucionais existentes para a veiculação da vontade e para a participação da cidadania no processo democrático. Dito de outra maneira e em forma de questionamento: a democracia se esgotaria no exercício solipsista e insindicável do voto? (cuida-se de visão reducionista, pobre e moralmente neutra da cidadania 'ativa', no sentir deste mestrand, tema que desafia nossas pré-concepções sobre democracia direta, indireta, representativa e os limites do controle social na perspectiva recomendatória da Constituição Federal de 1988, por exemplo...). A resposta de Dworkin, que aqui se reverbera e adota, é não! E este enunciado sobre a insuficiência democrática do modelo majoritário é um alicerce argumentativo relevante para a afirmação das teses reveladas no presente trabalho, por isso mais este destaque.

Fechada esta janela (que tem, se verá logo em seguida, relação estreita com o capítulo seguinte do trabalho), volta-se à abordagem da democracia majoritária, mormente através da lente crítica de Dworkin, apontando-se, na linha do seu ensinamento, um defeito grave, estrutural e insuperável deste modelo, ou seja, que nele não há qualquer garantia séria ou mensurável de justiça/justeza na decisão da maioria, e aqui se fala especificamente de justiça (e justeza) com as minorias, independente do nível de vulnerabilidade deste ou daquele grupo. Desta maneira, pois, chega-se à antessala de uma contradição ontológica de improvável superação, uma questão tão importante quanto repetitivamente presente no debate público: a possibilidade(?) de uma democracia injusta. Nesta hipótese, e por esta lente do pensamento ou dimensão majoritária de democracia, e desde que cumpridas as formalidades litúrgicas ordinárias (aqui, novamente, referência ao teste de pedigree, cumprimento de ritos do processo eleitoral regular, do sufrágio universal – ou quase -, da regência e intervenção de atores com atribuição e competência legal para fazê-lo nestes âmbitos, etc.), a eventual injustiça da deliberação da maioria, por seus ungidos e legítimos representantes, não desconfiguraria ou desqualificaria (invalidaria) a decisão enquanto manifestação democrática. A justiça, no marco da

democracia majoritária, não seria uma condição democrática, talvez sequer fosse uma questão!<sup>121</sup>

Como bem pontua Bandieri, “la voluntad general expresada hipotéticamente por la mayoría, no resulta siempre acertada”<sup>122</sup>, em face da possibilidade de “democracias totalitárias”:

“[...] La soberanía del pueblo es el mito fundante y núcleo dogmático de la democracia, sobre el que reposa la legitimidad de los gobiernos. “A través del sufragio, que es expresión de su voluntad, será [el pueblo] monarca puesto que la voluntad del soberano es el mismo soberano”, señalaba el mismo Montesquieu. [...] La mayoría implica la existencia y reconocimiento de una minoría, que acepta de antemano como válidas las decisiones tomadas de acuerdo con la regla mayoritaria, y espera ser la mayoría mañana. [...] Cuano la regla mayoritaria ya no se reconoce como una técnica para obtener la decisión, sino como un dogma que convierte a la mayoría en la expresión absoluta de la “voluntad general”, esto es, cuando se identifica a la mayoría con la presunción de unanimidad, se abre la posibilidad de una tiranía de las mayorías, o “democracia totalitaria”<sup>123</sup>

Adalberto Hommerding, por seu turno, aduz, a respeito da postura procedimentalista diante da democracia, que esta linha de pensamento concebe a Constituição como um mero conjunto de garantias de que o jogo político se dê com respeito à legislação vigente<sup>124</sup>.

Nesse sentido, as ponderações de Beatty quanto à concepção de Ely sobre as formas e os limites da interpretação constitucional:

[...] De acordo com Ely, os juízes deveriam tomar como exemplo o objetivo da Corte de Warren, isto é, garantir que as instituições políticas comuns funcionassem de maneira mais justa, permanecessem abertas à mudança e não excluíssem sistematicamente determinados grupos nem operassem em detrimento deles. [...]

Para ele, uma teoria processual do controle judicial de constitucionalidade “apoia inteiramente o sistema norte-americano de democracia representativa” [...] Determinar valores e sancionar o caráter moral de suas comunidades cabe ao povo, não aos tribunais. [...] Na concepção de Ely, a extraordinária contribuição que os tribunais podem dar ao governo, com

<sup>121</sup> Aqui é uma referência parafraseada da obra de Ronald Dworkin: *Is Democracy Possible Here?, Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 131

<sup>122</sup> BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: Un Mal Casamiento? p. 333/363. (in **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 337.

<sup>123</sup> BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: Un Mal Casamiento? p. 333/363. (in **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012). p. 336 e 337.

<sup>124</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017, p. 50, nota 96.

base no princípio da democracia representativa, é impedir que “os incluídos obstruam os canais de mudança política a fim de lhes garantir a permanência [no poder]” e que “sistematicamente ponham em desvantagem alguma minoria por mera hostilidade ou [...] preconceito.

[...] Ely compreendeu o problema e reconheceu que, numa democracia representativa em que “determinações de valores” são responsabilidade dos representantes eleitos do povo, o fato de um grupo se sentir lesado – mesmo intensamente – por uma lei que lhe nega um benefício ou de algum modo o prejudica não necessariamente significa mal funcionamento do governo nem que os tribunais devam intervir.<sup>125</sup>

Após, Beatty explicita a visão de Monahan sobre o tema:

[...] Como todos os processualistas, Monahan considera que o papel precípua do tribunal é “proteger a infraestrutura básica da democracia liberal”, que inclui direitos de associação, de debate e eleições livres, a fim de assegurar que a participação no processo político seja a mais igualitária possível. Para além disso, a autoridade do juiz encontra limite. Cabe ao povo, por meio de representantes que eleger, decidir quais serão o caráter moral e as normas de cooperação social de sua sociedade. “[P]ara que a moral coletiva da sociedade se torne cada vez mais informada”, conclui Monahan, “isso se alcançará com mais democracia, e não com menos”.

[...] Para Monahan, os direitos sociais e econômicos são ilógicos e indesejáveis. O reconhecimento desses direitos tornaria os juízes não eleitos, e não os políticos eleitos, os responsáveis por estabelecer orçamentos para o bem-estar social e o programa de impostos necessários para financiá-los. [...] <sup>126</sup>

Aduzindo que “os teóricos processualistas não conseguem sequer chegar a um entendimento comum sobre o caráter da democracia e os direitos que ela garante” <sup>127</sup>, Beatty conclui:

[...] na prática, o modelo processual é incapaz de definir princípios neutros que assegurem que os juízes não decidirão casos com base em seus pontos de vista pessoais (políticos). [...] Do mesmo modo que o originalismo, essa teoria pode ser usada para defender todo e qualquer resultado.

[...] Para Dworkin e outros, a lição a ser aprendida com o fato de que nem o originalismo, nem as teorias processuais podem satisfazer seus próprios critérios de legitimidade é a inutilidade de tentar resguardar os tribunais dos dilemas morais altamente intensos e não raro dolosos que estão no cerne de todos os casos difíceis que eles têm de resolver. <sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 28-32.

<sup>126</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 37 e 43.

<sup>127</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 43.

<sup>128</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 44-46.

Por outro lado, e invocando lição de Lenio Streck, Motta assevera que os substancialistas, ao contrário do pensamento procedural, sustentam que o Poder Judiciário, mais do que mediar, equilibrar e harmonizar os demais poderes e as relações entre eles, deve assumir o papel de intérprete que põe em evidência “a vontade geral implícita/explícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais e sobremaneira nos princípios, pré-selecionados por representantes (constituintes) com plena legitimidade.”<sup>129</sup>

De outro lado, a Democracia em parceria ou comunitária (*partnership view* ou *conception*) propõe um modelo participativo peculiar. Nele, cada cidadão é um parceiro integral (*full partner*) na construção de uma obra comum, um construído coletivo e um compartilhado em responsabilidades, ampliadas, tanto na ação/participação nos processos formais de interação, quanto nos resultados comunitários destas intervenções da cidadania. Há, neste padrão de teorização da prática política, uma clara pretensão – ou talvez um compromisso mesmo - de governança comunitária, participativa, no sentido mesmo que lhe confere o Mercado e sua percepção corporativa/empresarial de tomadas de decisão e respectiva implementação.

Neste padrão democrático, dessarte, emergem critérios de legitimação e validade das decisões marcadamente distintas em relação ao modelo majoritário. Surge, neste projeto, a categoria – muito relevante para as reflexões centrais deste trabalho - das condições democráticas ou condições de democraticidade, pressupostos que garantam, em suma, igual respeito e consideração a todos os atores do espaço político, o que não se confunde, é importante esclarecer, com o atendimento integral de todas as demandas das minorias, aliás meta que é uma impossibilidade fática, política, econômica e, especialmente, orçamentária.

Estas condições, em suma, exigem, como pressuposto, reconhecimento de todos, individual e coletivamente considerados, como parceiros integrais da empreitada comunitária e, portanto, merecedores de idêntica consideração e igual respeito. Em outras palavras, oferta de isonômicas oportunidades de participação esclarecida – transparência e seriedade no informar são essenciais! - no debate público, seja de inserção, de ação ou de fala, e que possa organizar, legitimar e

---

<sup>129</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017, p. 50, nota 97.

referendar as tomadas de decisões, na dimensão substancial, dos respectivos representantes eleitos (fala-se especialmente da produção legislativa mas, também, em menor escala, das políticas públicas produzidas pelo Executivo), decisões que, como se destacou, não serão necessariamente deferitórias de todas as pretensões, nem das maiorias, tampouco das minorias. Ou seja, o pacto viabilizador do debate público há de prever – e receber a adesão – o não atendimento integral das pretensões, calibrando as justas promessas sociais prestacionais da Constituição com a faticidade financeira do Estado.

Este modelo de democracia comunitária, pois, revela evidente confluência (em alguns pontos, coincidência) com o já referido constitucionalismo contemporâneo. Eles (tanto o modelo de democracia comunitária quanto o constitucionalismo) têm como chão empírico de aplicação um contexto complexo, plural, repleto de insuficiências – materiais e imateriais - e uma crescente demanda por satisfação destes direitos fundamentais das minorias (incluindo movimentos de expansão da própria dimensão objetiva de fundamentalidade constitucionalmente positivada, com a inclusão argumentativamente construída de direitos fundamentais não expressamente constitucionalizados). Logo, na democracia em parceria também se fazem escolhas e se administra a escassez <sup>130</sup>.

E neste tópico, tratando-se da máxima moral da ‘igual consideração e respeito’, acentua-se a circunstância de ser esta uma dimensão propositiva de grande centralidade no pensamento científico de Ronald Dworkin, conformadora de suas concepções especialmente sobre a liberdade, princípio ao qual devota inigualável prestígio em suas leituras de perspectiva liberal sobre os direitos, e com ênfase aos direitos individuais <sup>131</sup>.

O pensador americano, neste tema, consolidou seu modelo idealizado (mas, ao mesmo tempo, viável, praticável e operativo) de Estado democrático de direito, a

---

<sup>130</sup> Nesse sentido, sobre a crise do Estado contemporâneo, notadamente, a de caixa, leciona Bruno Heringer Júnior que “a desregulamentação, a abertura e a mundialização da economia retiraram dos Estados os principais mecanismos de controle macroeconômico de que dispunham, agravando sua crise fiscal, bem como, conseqüentemente, enfraquecendo sua política social. O resultado final foi a perda de centralidade da forma estatal e o acirramento das desigualdades – entre países, entre regiões dentro de países e entre grupos sociais dentro de regiões”. (HERINGER JÚNIOR, Bruno. **A crise constitucional do Estado contemporâneo**: Estado de exceção e repressão penal. Direito e Democracia, v. 10, n. 1, jan./jun. 2009. p. 157).

<sup>131</sup> Sobre o tema, vide: DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2006.

partir da perspectiva de democracia em parceria e considerando uma elementar constitutiva e definidora desta categoria (sempre considerado, num esforço contextualizador, o modelo do Estado liberal no qual se forma e transita o pensamento dworkiniano, vale dizer, o cenário dos Estados Unidos que lhe foi contemporâneo) que é, ao mesmo tempo, uma condição moral de possibilidade democrática, vale dizer, a disponibilização (distribuição, repartição) de igual respeito e consideração a todos os cidadãos submetidos à soberania estatal.

Seguindo-se na trilha do pensamento e ensinamentos de Dworkin e reafirmando sua diretriz, friza-se que um contexto democrático só encontra fundamento moral e político se garantir aos cidadãos (individual e coletivamente considerados), o mesmo status, representado pela outorga linear de consideração e respeito que, em resumo, poderia ser identificada, como já se referiu, por reconhecimento e oportunidade.

A propósito, contrapondo o procedimentalismo de Jürgen Habermas ao substancialismo “à brasileira” de Lenio Streck, Francisco Motta afirma que a visão – também substancialista de Dworkin – poderia ser acolhida, compatibilizada e em parte absorvida, sem traumas, pelo ideário da crítica hermenêutica do direito (linha teórica formulada e desenvolvida no âmbito da obra e do magistério de Lenio)<sup>132</sup>. De outra banda, mesma reconhecendo em Dworkin um substancialista, ele, é adequado anotar, não nega um importante ponto de compatibilidade entre as duas visões aparentemente conflitantes, assim asseverando:

Procuraremos demonstrar também, por outro lado, não apenas a dissintonia, mas também a existência de alguns pontos de contato entre as teses procedimentalistas e os propósitos defendidos por Dworkin. Ambos concebem a decisão judicial e o próprio conceito de Direito como uma questão de democracia<sup>133</sup>

Aliás, Habermas assim reconhece expressamente:

[...] o direito procedimentalista depende de uma fundamentação moral de princípios, e vice-versa, não é mera suposição sem fundamentos. A legalidade só pode produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão

---

<sup>132</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017, p. 14.

<sup>133</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017, p. 14.

jurídica permeáveis a discursos morais [...]. Os procedimentos oferecidos pelas teorias da justiça para explicar como é possível julgar algo sob o ponto de vista moral só têm em comum, o fato de que a racionalidade dos procedimentos deve garantir a 'validade' dos resultados obtidos conforme o processo.<sup>134</sup>

O mesmo Francisco Motta nos lembra, com acuidade, que este modelo (concepção) de democracia constitucional comunitária ou em parceria, advogado por Dworkin, não implica necessária oposição entre a soberania popular (visão majoritária) e o sistema positivado de direitos individuais fundamentais (em regra contramajoritários). Pelo contrário, afirma estabelecer vínculos harmônicos de interdependência e ajustes institucionais. Aduz Francisco, ainda tratando da perspectiva substancialista do jusfilósofo americano e em reflexão que merece total acolhimento, que:

Na sua visão, em Estado Democrático somente encontra justificativa moral e política a partir do dever de tratar as pessoas sob o seu domínio com igual consideração e respeito. Em outras palavras, a democracia é um sistema sujeito a determinadas condições, por meio das quais se preserva a igualdade de status dos cidadãos. Examinaremos estas condições democráticas, demonstrando a sua imbricação com os princípios da dignidade humana (estes, produto de uma interpretação construtiva, feita por Dworkin, do princípio da humanidade kantiano).<sup>135</sup>

Clara está, como elemento desta mesma linha que afirma e prescreve a democracia constitucional comunitária ou em parceria ou, ainda, coparticipativa, a diretriz que sugere não ser a soberania da maioria, pura, fria, estatística, matemática e numérica, sinônimo de democracia. Ao revés, recomenda que a busca pela decisão justa (adequada e conforme à dimensão normativa/ principiológica da Constituição, eventualmente até em sua dimensão contramajoritária) se faça como

---

<sup>134</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. p. 215-216.

<sup>135</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017, p. 14. Sobre o tema, discorre Kant: "todo o ser racional - existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim" e que "no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade". KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 58-85. O valor intrínseco da pessoa humana, preconizado por Kant, influenciou a despatrimonialização do direito brasileiro a partir da Constituição e de seu proto-princípio de respeito à dignidade da pessoa humana, tutelando valores existenciais em detrimento dos patrimoniais.

operação inafastável e pressuposto de validade democrática de qualquer deliberação pública. Para além do teste de pedigree, uma análise de compatibilidade e adequação com os valores e princípios constitucionais (em especial os do campo da moralidade pública, central na perspectiva deste trabalho), um teste de conteúdo e não apenas um exame de adequação formal/processual.

E como arauto do já dito, relembra-se que esta equação institucional que submeteu a vontade da maioria à “vontade” soberana da Constituição (incluindo os direitos fundamentais como trunfos oponíveis) foi elaborada exatamente pela maioria, através de seus representantes (os constituintes eleitos com e para tal missão).

Este entendimento, que também é uma relevante orientação (e advertência) de Dworkin, é o que ele mesmo denominou “leitura moral da Constituição”. Consoante esclarecedora interpretação de Francisco Motta sobre esta máxima dworkiniana:

Dworkin sugere que se leiam as cláusulas constitucionais que tratem de direitos individuais não como formulações específicas, mas como proclamações de princípios morais de decência e justiça. Trata-se de uma forma de inserir a moralidade política no âmbito do direito constitucional. Essa leitura considerada a **democracia** um empreendimento governado por princípios, e pretende honrar a promessa, feita aos cidadãos, de que suas controvérsias serão encaradas como **uma questão de princípio**. E essas exigências repercutem tanto sobre os conteúdos quanto sobre os procedimentos da democracia constitucional.<sup>136</sup>

Na mesma esteira, Cláudio Ari Mello, interpretando a obra de Dworkin, destaca este arranjo que busca garantir solidez à democracia através do respeito aos direitos fundamentais, inclusive e concomitantemente pelas instâncias políticas:

[...] o que Dworkin está ressaltando é que determinadas questões especiais envolvendo o conteúdo, os limites e a eficácia dos direitos fundamentais não estão à disposição da política legislativa e por isso devem ser protegidas por uma instituição contramajoritária encarregada da tutela dos direitos.

“[...] Ou seja, levar os direitos a sério significa que os direitos fundamentais não são imunes a política democrática, mas também que os órgãos políticos não possuem discricionariedade para concretizar o conteúdo dos direitos.  
[...]<sup>137</sup>

<sup>136</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lenio Streck. Editora JusPODIVM, 2017, p. 18. Grifos nossos.

<sup>137</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 160 e 163.

Referido autor explica tal conclusão a partir do questionamento: “se os direitos fundamentais são justamente limites externos ao funcionamento dos órgãos políticos, como os direitos podem ser garantidos se eles estão à mercê de decisões majoritárias?”<sup>138</sup>. E acrescenta:

[...] se rejeitarmos a proposta de eliminar a justiciabilidade dos direitos, mas aceitarmos os pressupostos teóricos de valorização da legislação como o procedimento mais adequado e respeitoso para a tomada de decisões sobre o conteúdo normativo concreto dos direitos fundamentais, teremos à disposição uma vigorosa defesa da compatibilidade entre democracia e direitos fundamentais. [...]<sup>139</sup>

E em sequência, acrescenta, como argumento de fechamento:

[...] Portanto, a deferência judicial à concretização legislativa dos direitos fundamentais é um elemento essencial para a legitimidade política de uma democracia constitucional. Mas a exaltação das virtudes democráticas do processo legislativo de concretização dos direitos fundamentais não pode determinar uma regressão ao minimalismo constitucional do positivismo jurídico. [...] A evolução do constitucionalismo contemporâneo consistiu exatamente no abandono da onipotência do legislador, inerente à concepção procedimental do constitucionalismo positivista. [...]<sup>140</sup>

A esta altura, quanto falamos de direitos fundamentais e humanos, é quase inevitável a lembrança do holocausto judeu (não apenas, mas prevalentemente judeu) e dos efeitos do nazismo durante a segunda grande guerra e sua fonte de validação (o voto da maioria dos cidadãos alemães em escrutínio regular) formalmente democrática. Lembremos todos – e o não esquecimento é um dever da humanidade como vacina contra os riscos da reincidência – que Adolf Hitler estava ungido, procedimentalmente, pela legalidade democrática do escrutínio, sua eleição foi, na liturgia do processo vigente, a expressão da vontade da maioria do povo alemão e, sob o ponto de vista da democracia representativa majoritária, legítima e justa (?).

Nesse contexto, lembra-se a clássica fórmula de Radbruch, prevista a fim de evitar a aplicação de leis manifestamente injustas e que, mesmo contestada, propôs (e continua o fazendo) atemporais meditações:

---

<sup>138</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 155.

<sup>139</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 156.

<sup>140</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 159.

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser resuelto en el sentido de que el derecho positivo, asegurado por la sanción y el poder, tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto o antifuncional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en cuanto 'derecho injusto', deba retroceder ante la justicia <sup>141</sup>

Este, aproveitando a referência à fórmula de Radbruch, é um ponto focal da exposição, há uma afirmação – uma máxima – que orienta e ilumina esta concepção de democracia constitucional: a democracia não pode ser injusta! Mais do que isto, a democracia pressupõe a busca da (e pelos princípios morais decorrentes da) justiça e, no caso brasileiro contemporâneo, o compromisso pela “justiça constitucional” que se legitima pela conformação à dimensão principiológica da Carta promulgada em 1988 e pela qualidade argumentativa das decisões que a concretizam (o que, dentre outras virtualidades, instrumentaliza o controle social sobre o Estado democrático de direito e sobre o trabalho dos juízes, em especial). Esta é, o registro solene é necessário, uma ideia-força que há de conduzir as reflexões contidas neste trabalho.

É muito importante registrar e esclarecer, contudo, que Dworkin reconhece prevalência do princípio majoritário, ao menos para garantir uma espécie de endosso autorizativo ou referendo da maioria, a quem, para tanto, deverá se disponibilizar informações bastantes e sérias e, outrossim, oferecer tempo suficiente para reflexão sobre elas (as informações) e para a adesão/referendo validatória das decisões que impactarão a vida de todos.

Também não se deve desconhecer, sem querer propor uma legitimação por critérios meramente estatísticos, que, de ordinário, as decisões atendem ou coincidem com as demandas da maioria. Este é um fato da vida e da política, independente dos modelos e sistemas. É a regra, no sentido de o fato ordinário.

---

<sup>141</sup> (“Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zu weichen hat” (GUSTAV RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, en *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1 [1946], pp. 105 y ss, en p. 107). *Apud* SODERO, Eduardo R. **La filosofía jurídica de Robert Alexy como punto de partida para una praxis racional y humanista del Derecho.** Disponível em: <[http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/02/Sodero\\_Alexy.pdf](http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/02/Sodero_Alexy.pdf)>. Acesso em 10 de março de 2018. p. 27. N.R. 27.

#### 4.1. As condições democráticas na teoria de Dworkin.

A partir desta reflexão e destes aportes básicos (bastantes limitados, considerando a magnitude e complexidade da obra do jus-filósofo americano mas essenciais para esta formulação) do pensamento dworkiano sobre democracia, propõe-se, sem fugir hereticamente dos ensinamentos do professor americano, problematizar e ampliar as meditações acerca da sua (dele) concepção Constitucional da Democracia, a partir do fenômeno do constitucionalismo (já trabalhado) e, neste palco, identificar a imprescindibilidade da submissão das decisões jurídicas (nelas incluídas, com centralidade, as decisões judiciais) a condições de validade democrática, refreamentos indispensáveis ao decisionismo subjetivista, solipsista e discricionário.

E esta reflexão, reafirme-se, há de se dar no marco constitucional brasileiro, sob os fluxos e influxos da nossa Constituição Federal de 1988, notadamente de seus princípios (e, com centralidade, os alusivos à moralidade pública e, também, administrativa) e do momento que se vive, de protagonismo inédito (entre a judicialização e o ativismo) do Poder Judiciário, um legítimo portador/delegado da missão de controlar o poder político (a afirmação da *judicial review* se faz evidente, neste cenário), mas, ao mesmo tempo, um poder em ascensão e constante esgarçamento de competências, que também necessita de (auto)contenção para que se submeta, em nome desta democracia que se invoca, aos ditames e limites da própria Constituição. Aqui, novamente, a alusão – sempre bem-vinda – do princípio matriz e diretriz central da soberania da Constituição. Veja-se que acabamos voltando, ao tema que é o cenário de fundo do trabalho, o constitucionalismo contemporâneo ou, como também se o denominou, neoconstitucionalismo. E a lembrança que se impõe: o Judiciário, nesta nova ordem, é o guardião da Constituição – atribuição que se mostra adequada, mas não o seu dono, também ele está a ela submetido, esta a base da ordem proposta em 1988.

Como se disse antes, a democracia, nesta concepção comunitária e substancial, pode ser identificada – e o é, em Dworkin - como o governo sujeito a condições democráticas, em especial as que garantam igualdade de status aos sujeitos integrantes de uma determinada comunidade política. Ora, então, nesta percepção, o descumprimento de uma condição democrática poderia configurar uma inconstitucionalidade? A hipótese há de ser, ao menos, considerada, mas a hipótese

neste trabalho levantada é mais aguda em se tratando do enfrentamento da corrupção (anotação que se faz, novamente, para ligar os pontos aparentemente soltos neste trabalho).

Assim sendo, é razoável afirmar que a jurisdição constitucional (tendo-se também em mira a estrutura do atual estado brasileiro) defende a democracia e, portanto, há de fazer a mediação entre a premissa majoritária (a vontade da maioria expressa na produção legislativa primária) e os direitos individuais e coletivos (fundamentais) contramajoritários. Nesta linha, anota-se que, para Dworkin, o Estado constitucional deveria reconhecer e absorver, na sua agenda normativa, os direitos morais contra ele, Estado, esta tese, aliás, da mesma forma é central no seu pensamento. A democracia, portanto, implicaria respeito pelos direitos, notadamente os direitos individuais morais oponíveis contra o Estado (baseados, em suma, na dignidade humana e na igualdade política, diretrizes teóricas básicas da Carta de 1988, a partir de sua ideia-força contida no inciso III do artigo 1º, vale dizer, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana).

Identifica-se, assim, ainda com o magistério de Dworkin como norte, a convenção seminal e conformativa do direito democrático: os compromissos da maioria em relação à minoria, o contrato (seria convênio, tecnicamente falando) original que constitui as dinâmicas sociais e a própria sociedade.

Logo, considerado o modelo de democracia majoritária como procedimentalista, há de se reconhecer, em consequência, que esta dimensão é autônoma e, mais (grave) do que isto, indiferente em relação à dimensão da moralidade e dos respectivos compromissos com a busca da justiça. De outro lado, a versão comunitária de democracia opera na dimensão substancial(ista), material e axiológica, não prescindindo dos aportes e fundamentos de princípios e compromissos de justiça, liberdade, igualdade e equidade.

Em nova síntese distintiva entre o modelo procedimentalista e a concepção substancial(ista), pode-se enunciar que o primeiro vê a Constituição mais como um documento que garanta, no plano procedimental/formal, que o jogo político se trave

com observância estrita do direito posto, da lei formal. Cumprido o procedimento, isto lhe conferiria validade.<sup>142</sup>

Já a concepção substancialista, de outra banda, processa entendimento divergente, quer em relação à Constituição quer, especialmente, em relação à função do Juiz, afirmando que, mais do que “equilibrar e harmonizar os demais poderes”, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência a “vontade geral implícita/explicita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente”.<sup>143</sup>

É claro que esse é um resumo demasiadamente simplificado dessas visões concorrentes. É possível que nenhum autor identificado como procedimentalista ou substancialista aceitasse o enquadramento de seu pensamento nos limites dessas definições reducionistas. De todo modo, a definição é útil para que se destaque aquele que é o traço distintivo mais marcante dessas visões em contraposição: as diferentes concepções a respeito do papel (e do lugar) que o Direito deve exercer em democracias constitucionais, isto sem negar que mesmo a acepção comunitária substancialista que marca nosso cenário constitucional reconhece a necessidade e importância do respeito às regras procedimentais dos processos públicos, mormente os eleitorais.

Com isto, iluminam-se cada vez mais as razões pelas quais se sustenta, neste trabalho, a opção brasileira pelo modelo substancialista. E as evidências são textuais e principiológicas (referência à Carta de 1988).

Sem embargo desta “escolha”, lembre-se, por oportuno, da lição de Habermas. O jusfilósofo alemão parte “da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito”<sup>144</sup>. Vejamos, brevemente, como e por que ele chega a essa conclusão. Conforme observa Streck, o paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas

---

<sup>142</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 27-8.

<sup>143</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 164

<sup>144</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. I), p. 242.

liberal/formal/burguês <sup>145</sup> e o do Estado Social de Direito <sup>146</sup>, utilizando-se, para tanto, da interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso <sup>147</sup>.

Sobre a teoria de Habermas, válido, outra vez, o magistério de Beatty:

Na concepção de Habermas de que o que vem a dar legitimidade ao direito, o papel do Poder Judiciário é garantir que todos desfrutem os direitos e liberdades necessários para que sejam “participantes de discursos racionais”. Os juízes aferem a legitimidade da lei examinando a racionalidade dos procedimentos democráticos pelos quais ela tem de passar. [...] [...] O direito é um meio de comunicação entre o moral e o empírico. Ele cria um espaço em que é possível efetivar a mediação social “entre fatos e normas”. [...] <sup>148</sup>

A seguir, assim esclarece o jurista canadense no que tange aos requisitos de uma teoria democrática do controle judicial de constitucionalidade, ainda sob a perspectiva do mesmo Habermas:

[...] O direito positivo e a democracia são pré-requisito e produto um do outro. A lei só satisfaz o princípio do discurso se for promulgada dentro de um processo democrático, que por sua vez só é legítimo na medida em que

---

<sup>145</sup> O constitucionalista português Jorge Miranda traz à luz as características conformadoras do Estado Liberal burguês implantado, ou revolucionariamente, ou por cedência régia, na primeira metade do século XIX, afirmando que “O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado liberal, assente na idéia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder público tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade). [...] Mas, apesar de concebido em termos racionais e até desejavelmente universais, na sua realização histórica não pode desprender-se de certa situação socioeconômica e sociopolítica. Exibe-se também como Estado burguês, imbricado ou identificado com os valores e interesses da burguesia, que então conquista, no todo ou em grande parte, o poder político e econômico”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, (Tomo I). p. 88.

<sup>146</sup> Jorge Miranda caracteriza o Estado Social de Direito – modelo de organização constitucional que sucede o Estado liberal ou que com ele parcialmente coexiste – como “um esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes sociais”. Ibid., p. 95. Vale dizer que, no rol das Constituições sociais que seguiram a mexicana de 1917 e a alemã de 1919, o constitucionalista inclui a Constituição Brasileira de 1988. Averte-se que, para o autor, crise do chamado Estado-Providência – que antecede o modelo do Estado Democrático de Direito – foi “derivada não tanto de causas ideológicas (o refluxo das idéias socialistas ou socializantes perante ideais neoliberais) quanto de causas financeiras (os insuportáveis custos de serviços cada vez mais extensos para as populações activas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso da burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra da competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de protecção social)”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, (Tomo I). p. 98.

<sup>147</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 157.

<sup>148</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 40.

opera dentro dos parâmetros da lei. A posição dos tribunais é singularmente adequada para controlar e supervisionar a dialética entre ambos.

[...]

Para Habermas [...] Segundo ele, a lógica de uma teoria democrática do controle judicial de constitucionalidade exige “que o poder econômico e a pressão social [...] sejam tão domados pelo Estado de direito quanto [...] o poder administrativo”.<sup>149</sup>

A outro turno, Cláudio Ari Mello, analisando o mesmo tema dos direitos fundamentais e dos limites entre democracia e jurisdição constitucional, propõe solução um tanto diversa da de Habermas:

Como se vê, a tensão entre direitos fundamentais e democracia transita por um delicado e inseguro equilíbrio. Por um lado, os direitos fundamentais são constituídos pela democracia; porém, uma vez criados, eles convertem-se em instrumentos de garantia da legitimidade moral do regime democrático. A democracia também é constituída finalisticamente para assegurar direitos fundamentais; no entanto, depois de instituídos os direitos, cabe à política democrática a definição sobre o seu conteúdo e a eficácia. É esse o fenômeno da co-originariedade de que trata Habermas. Contudo, o filósofo alemão resolve o paradoxo em favor da prevalência da liberdade de conformação democrática dos direitos fundamentais, ao passo que a opção que defendo dá à esfera política apenas uma preferência relativa na concretização infraconstitucional do sistema de direitos, preservando o caráter materialmente vinculante dos direitos fundamentais e, exatamente por isso, reservando ao Poder Judiciário a função relevantíssima de guardião do pluralismo moral individual e comunitário do sistema de direitos fundamentais. O problema passa a ser, então, como articular a coexistência dentre jurisdição constitucional e democracia. [...].<sup>150</sup>

Dworkin, e nossa pesquisa sempre retorna ao seu pensamento, afirma, enfaticamente, a plausibilidade e, mais ainda, a pertinência e conformidade democrática do *judicial review*, ou seja, esmiuçando a reflexão de fundo, anotando que o critério majoritário não confere certeza de justiça e que a democracia tem o justo como critério de legitimação, logo esta ordem constitucional não prescinde desta condição de democraticidade (que contém a estrutura de contenção e calibragem da atividade típica dos Parlamentos, vale dizer, a legislação). Dito de outra maneira, democracia e *judicial review* mais do que compatíveis, são complementares e reciprocamente necessários.

Vê-se, desta sorte, sem descurar da importância e atualidade extrema (e também a complementariedade sempre possível) do pensamento habermasiano

---

<sup>149</sup> BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 41 e 42.

<sup>150</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 152.

acerca dos espaços comunicativos garantidos na concepção procedimentalista da democracia, Dworkin afirma a centralidade da monitoria substancialista do Poder Judiciário (*judicial review*) no arranjo democrático por ele entendido como adequado e neste trabalho reconhecido como o figurino que se extrai da Constituição Federal, como “ser normativo” e como “dever ser prescritivo”.

Este capítulo começou com uma pergunta e está terminando como outra, apropriada para o tema aqui explorado: A moral tem caráter corretivo? Externo ou interno ao Direito? Que dimensão do direito deve ser privilegiada? A procedimental ou material? O constituinte fez, em nome do povo brasileiro, esta escolha? E respondemos, com Dworkin, que a dimensão material (substancial) há de ser prevalente, por seus compromissos com a moralidade pública (e o controle e sancionamento da imoralidade) e, respondendo a última indagação, sim, a dimensão material (substancial) é dominante na cena constitucional brasileira.

Não é demais repisar: um contexto democrático só encontra fundamento moral e político se garantir, aos cidadãos, igual consideração e respeito. Esta é, no entendimento de Dworkin, a diretriz de justiça democrática que pode – e deve – orientar o constitucionalismo brasileiro contemporâneo (inaugurado pela Carta de 88).

Sobre a proposta de constituição de espaços de produção de consensualidades possíveis na mediação de interesses entre maioria e minorias como marco de calibragem democrática necessário à estabilidade institucional, denominadas por Dworkin de “Common Ground”, preciosas são as contribuições do Professor Francisco José Borges Motta que, dentre outras importantes inflexões críticas, destaca que a ideia de uma comunidade de compartilhamento de valores pré consensuados adviria do compromisso universalizável (e constitucionalizado no Brasil) de respeito pétreo (ao menos na enunciação do texto constitucional) à dignidade humana.

Aduz o Professor, referenciando Dworkin e seu “Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate”, que:

“os princípios da dignidade têm substância suficiente para fazer com que um debate político seja possível e aproveitável – não apenas nos Estados Unidos, mas em outras democracias similares ao redor do mundo. Sua tentativa, nota-se, é de trazer as disputas políticas concretas a um nível mais filosófico, de modo a iluminá-las. Seria um grande avanço, para o autor, que os participantes do debate político vissem seus desentendimentos como controvérsias a respeito da melhor interpretação

de princípios que compartilham, ao revés de vê-los como simples confrontos entre visões de mundo distintas.”<sup>151</sup>

Sobre a proposta-síntese de Dworkin (seja ela retórica, simbólica, metafórica ou literal) da ‘única resposta certa’ (o Direito como integridade) e sua relação concêntrica com a temática tratada neste capítulo, cirúrgica é a lição de Lenio Streck, no seu relato, quase um desabafo intelectual acadêmico, um convite à reflexão da comunidade científica:

Venho defendendo, a partir de uma imbricação da hermenêutica filosófica (Gadamer) com a teoria da *Law as integrity* (Dworkin), que existe um direito fundamental à obtenção de respostas corretas (adequadas à Constituição). O que venho tentando dizer (e o que parece que está difícil de entender) é algo (que deveria ser) assustadoramente simples: que há um direito fundamental a que a Constituição (compreendida como explicitação do contrato social, como estatuto jurídico do político), seja cumprida. Afinal o Direito, no paradigma do Estado Democrático de Direito, passa – em razão das contingências históricas – a se preocupar com a democracia e, portanto, com a legitimidade do direito (o problema da validade, pois).<sup>152</sup>

Merece especial destaque na meditação de Lenio Streck, ora transcrita, o registro do encontro sinérgico e positivo do Direito com a democracia, não como uma “pororoca” amazônica a dividir (e colocar em oposição) as duas categorias mas, antes, como o registro de uma relação necessária de validado/validante, o encontro de mediação constitucional (mediação pressupõe e implica criar condições de diálogo!) em que o próprio Judiciário, num esforço de autolimitação e humildade, há de render loas e deferência ao protagonismo da lei maior, assumindo compromissos de concretização de seus princípios, rendendo homenagens, ao mesmo tempo, à sua coerência sistêmica e à sua integridade como, também, condição de democraticidade. Enfim, a consagração, valendo-se inclusive do pensamento dworkiniano, da fala confessional de todas as narrativas comprometidas com a busca da felicidade geral (da maioria e das minorias) com o espaço ativo (não ativista) da revisão judicial do produto legislativo, com o protagonismo judicial hermeneuticamente policiado nos (e pelos) marcos do constitucionalismo democrático e, ademais, da inadiável qualificação do debate político, neste momento de crises e fricções, com a construção de instâncias de consensualidade mínima (ou

<sup>151</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lenio Streck. Editora JusPODIVM, 2017. p. 80.

<sup>152</sup> Prefácio de ‘**Levando o Direito a Sério**. Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial’ de Francisco José Borges Motta 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado. 2012

de condição de escuta e fala), uma comunidade diversa e compartilhante, talvez o único caminho de pacificação civilizatória, o que Dworkin definiu como “Common Ground”.

Assim se conclui, ainda e sempre com Dworkin, mas também na companhia de Francisco Motta, que a democracia é sim possível aqui (fala-se no Brasil). O professor gaúcho lembra que o jusfilósofo americano construiu sua teoria da comunidade de princípios presumindo que “quase todos nós, a despeito de nossas diferenças, compartilhamos os chamados princípios de dignidade”<sup>153</sup>. Ora, é esta a exortação que se encontra no artigo 1º da Constituição e, assim, esta convicção acerca da possibilidade da democracia brasileira encontra bom e sólido leito constitucional. E esta ideia (ideal) de democracia delineada no texto base da nação é potencializada de modo superlativo (em convergência à visão dworkiana de atribuir valor intrínseco a toda vida humana) pelo protagonismo e centralidade da tutela de valores existenciais e imateriais, norte afirmado como diretriz teórica básica do Estado brasileiro, anunciada no inciso III do artigo 3º da Constituição da República.

Então, a resposta à pergunta-título da obra de Dworkin é: sim, a democracia é possível aqui no Brasil. Mas também orientado pela lição do professor norte-americano, há que se reconhecer, entretanto, que a consolidação de nossa jovem e possível democracia está subordinada ao implemento de condições democráticas, premissas que ofereçam garantia de igual status aos cidadãos, que garantam, a um só tempo, a livre, consciente e informada manifestação da vontade popular nos episódios políticos que, pelo sistema representativo, formam e consolidem a decisão da maioria e, de outro lado, a proteção e realização dos direitos fundamentais das minorias, garantidos através de uma jurisdição independente, forte e deferente à Constituição, esta sim a soberana no arranjo institucional proposto pelo constitucionalismo contemporâneo. Quanto às condições democráticas, em geral, e, em especial, o enfrentamento da corrupção como pré-condição democrática, este será o objeto central de estudo e reflexão no próximo tópico da exposição.

---

<sup>153</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017, p. 74.

## 4.2. O Enfrentamento à Corrupção como Condição de Consolidação da Democracia

Ambicionou-se, nos capítulos antecedentes, definir, argumentativamente, em diálogo com a doutrina que embasa a presente pesquisa, algumas conclusões e alguns marcos centrais deste trabalho, premissas necessárias para a construção lógica que se pretende formular. A pretensão é só uma: dar-se estrutura e estatura racional à exposição, ligando-se os pontos e os temas abordados em uma interação que, ao fim e ao cabo, produza uma visão totalizante e compreensível do trabalho e de sua proposição central, o estudo acerca da conexão entre democracia e corrupção. É disto, exatamente, que se trata no presente tópico da exposição, as relações entre democracia e corrupção, com as nuances já marcadas, com as escolhas já feitas e argumentativamente justificadas (fala-se da opção da democracia comunitária na concepção de Dworkin) e com as delimitações e razões a seguir apresentados.

Condensando o percurso do trabalho até aqui, vejamos a sequência de escolhas de categorias que se fez: primeiro se analisou a linha do tempo que historiou o surgimento dos modelos (e respectivas fases) do Estado moderno. E nesta análise se definiu, ao fim, o primeiro marco (premissa) essencial deste trabalho, ou seja, a afirmação do Estado democrático de direito e sua perspectiva constitucionalizada como o ponto mais alto do gráfico evolutivo nos critérios civilidade e humanismo, inclusive com absorção de elementos dos modelos anteriores (liberal e social), afastando-se a ideia de modelos puros.

Também se identificou o Estado democrático de direito como a opção brasileira, o modelo institucionalizado pela Constituição Federal de 1988, documento que, dentre outras virtualidades, restabeleceu a democracia no Brasil depois de mais um dos tantos períodos “não-democráticos”(aspas por se tratar de mais um conceito interpretativo) da história do país (aqui a referência é à ditadura militar implantada com o golpe constitucional de 64).

Na mesma toada, mas em tópico apartado, examinou-se a compatibilidade entre democracia e constitucionalismo, segundo marco (premissa) da pesquisa, afastando-se a versão de que a revisão judicial (*judicial review*) da legislação seria ou acarretaria um problema democrático. Ao revés, afirmou-se mais que sua

compatibilidade, a sua importância (sempre com a ressalva de uma mediação judicial, legítima mas também deferente à soberania da Constituição) e a sua utilidade para a consolidação e sustentação do arranjo institucional.

Por fim, tratou-se, também em item destacado, do terceiro marco (premissa), da categoria – ou elementar - principal do conceito analítico do Estado, daquela categoria que é o epicentro e que conforma a identidade conceitual do Estado democrático de direito, ou seja, a própria democracia, enquanto categoria jus-política, concluindo-se e proclamando-se, neste tópico, com e a partir de Dworkin (articulado em diálogos com os outros autores referenciados no trabalho), que a concepção constitucional de democracia comunitária ou em parceria, de matiz substancialista é a mais adequada (escolha que afastou outros modelos possíveis) porquanto, ao contrário da linha procedimentalista, é comprometida com a concretização dos valores de justiça e dos princípios definidos na Constituição como fundamentais, notadamente os da moralidade pública, centrais para a concretização (em prestações objetivas e reais) das promessas sociais do Estado brasileiro projetado na Carta de 1988, ou seja, a afirmação e confirmação da dignidade da pessoa humana como valor fonte e diretriz vinculante de todas as ações e políticas de Estado. Claro, não se desconhece a dramática distância entre este projeto de Brasil e a realidade que se vivencia, dramática.

Desta forma, então, define-se outro epicentro desta pesquisa, vale dizer, a afirmação da dimensão substancial do Direito constitucional brasileiro pós 88, ainda e sempre nos passos norteadores da teoria dworkiniana (aplicada e aqui adaptada à cena política brasileira) e da manifesta adesão (do autor deste trabalho) à sua proposta de uma “leitura moral” da Constituição, dever congruente à sua (de Dworkin) perspectiva democrática.

Nesta linha, sustentou-se que a Democracia não pode ser reduzida ao produto da decisão da maioria dos cidadãos, mesmo que, em tese, pessoas suficientemente informadas e dotadas de racionalidade, no bojo de um procedimento eleitoral com observância das liturgias legais, esta, de resto, a visão majoritária, representativa e procedimentalista que, na esteira do mestre norte-americano, refuta-se.

A democracia, ao contrário, há de se preocupar com a justiça na perspectiva constitucional, a democracia é uma questão de princípios, e estes são, a um só tempo, a garantia de respeito ao “contrato original” e aos trunfos fundamentais

outorgados aos cidadãos (também por deliberação dos “contratantes originais”). E tratando desta proposta de leitura moral da Lei Maior, importante esclarecer, valendo-se, novamente, dos escólios de Francisco Motta, que:

[...] no vocabulário dworkiniano, padrões morais prescrevem como devemos tratar os outros, ao passo que, os padrões éticos prescrevem como devemos viver por nós mesmos. Seu projeto está dirigido, neste sentido, a encontrar um padrão ético (alguma concepção do que signifique viver bem) que guie a nossa interpretação dos conceitos morais. Na sua visão, os princípios morais devem ser interpretados de modo que ser moral nos faça felizes – felicidade, aqui, no sentido próximo ao que Platão e Aristóteles tinham em mente (eudemonia)<sup>154</sup>

Contestando a concepção majoritária, definiu-se, como fundamento essencial para a articulação argumentativa principal deste trabalho, que a Democracia, nos termos da proposta de Dworkin, tem como finalidade “que as decisões sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e respeito”<sup>155</sup>, síntese dos compromissos condensados no princípio da moralidade pública.

Assim sendo, concluiu-se, neste colóquio em que se interage com, dentro outros, Beatty, Lenio Streck, Cláudio Ari Mello e Francisco Motta, que o Estado democrático de direito que temos, enunciado formal e textualmente em nossa Carta Constitucional (e aquele por cuja consumação deveremos lutar, especialmente nas arenas social, jurídica e política) não concebe a democracia a partir de sua dimensão meramente formal, estatística, censitária, quantitativa. Democracia não é, e não deve ser, uma questão de matemática. Tampouco se pode reduzi-la ao exercício solitário do poder-dever eleitoral de cada pessoa, individualmente exercido, em regra descompromissado e mal informado. Não, pelo contrário, concluiu-se, com os pensadores aqui trabalhados e, especialmente, no diálogo com o pensamento de Dworkin, que o modelo democrático que temos (ou devemos ter) é o comunitário ou em parceria, de matiz substancialista e comprometido com a realização dos princípios constitucionalizados pela soberania popular (e aqui se lembra a fonte política de todo o direito posto), de justiça, igualdade, equidade e moralidade.

---

<sup>154</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017. p. 74.

<sup>155</sup> Dworkin, Ronald, **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo. Martins Fontes, 2006. P. 26

Esclarecedora, neste ponto, a lição de Bruno Heringer Júnior, de resto alinhada com a exposição que até agora se fez. Ensina o citado professor, debruçando-se sobre este ponto específico da obra de Dworkin:

A concepção constitucional de Democracia pressupõe, assim, também uma concepção comunitária de ação coletiva, no sentido de que as decisões devem pertencer a todos os membros, mesmo aos que tenham divergido. Para tal atribuição de responsabilidade, é preciso que exista a efetiva “participação moral” de todos os cidadãos, o que implica algumas condições estruturais: a comunidade política tem que ter sido estabelecida no decorrer de um processo histórico que tenha produzido fronteiras suficientemente estáveis, seus membros têm de partilhar valores e cultura semelhantes, bem como falar a mesma língua, entre outras. Mas deve atender também as condições relacionais, ou seja, aquelas concernentes ao tratamento que deve ser dispensado aos indivíduos para que possam ser considerados membros morais de uma comunidade política verdadeira.<sup>156</sup>

O professor destaca, harmonizando-se com a lição de Dworkin, os pressupostos de inclusão na comunidade política, condições de participação substancial nos espaços democráticos de deliberação coletiva, sem os quais estará debilitada a dimensão democrática do Estado (desatendida a condição democrática, dito de outra maneira e forma a dar corpo à tese central desta trabalho).

Nesta linha de argumentação, ainda e sempre sob a iluminação do pensamento e da classificação formulada por Dworkin, analisou-se a democracia a partir de sua concepção constitucional condicionada ao implemento de condições de democraticidade, em especial a que exige do Estado democrático que conceda, objetivamente, a todos os integrantes da comunidade política, igual respeito e consideração (igualdade de status), em especial informação sincera (no momento atual em que se multiplicam as *fake news*<sup>157</sup> e se fala nas pós-verdades, este requisito ganha especial importância) e oportunidades reais de participação na comunidade política para além do momento do voto, especialmente na formação das decisões estatais e no controle da moralidade (lisura, honestidade) dos legitimados a operar as agências de Estado.

Pois bem, é neste ponto – e valendo-se desta categoria formulada pelo filósofo americano – a categoria das condições democráticas – que se adentra, com

<sup>156</sup> HERINGER JÚNIOR, Bruno. O Direito e a política na obra de Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**. Nº 06. Porto Alegre: Editora FMP, 2011. p. 251.

<sup>157</sup> De acordo com o *Cambridge Dictionary*, as *fake news* são “false stories that appear to be news, spread on the internet or using other media, usually created to influence political views or as a joke”. **Cambridge Dictionary**. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/fake-news>>. Acesso em: 22 de março de 2018.

alguma demora (o reconhecimento não afasta a necessidade do percurso cumprido), ao tema deste capítulo propriamente considerado, ou seja, o estudo das correlações entre democracia (e já se parte da dimensão comunitária pela pré-concepção construída nos itens anteriores) e corrupção.

Mais uma relação tensional, portanto, lembrando-se que, conforme tratado em capítulo anterior, a relação entre democracia e direitos fundamentais é inerente ao modelo comunitário em sua concepção constitucional. Agora, portanto, o estudo recai sobre esta nova equação e a relação entre seus dois fatores, sobre as duas categorias: democracia e corrupção. Por fim, a formulação base que se constrói: a do controle da corrupção como condição vital de consolidação da democracia!

E aqui mais uma janela e um recorte de sofisticação e delimitação do tema, nesta reflexão sobre as condições de possibilidade e consolidação da democracia no Brasil contemporâneo. Partindo-se de outro pré-ajuste semântico (acordo linguístico já realizado, tacitamente, no transcurso da exposição) e do consenso classificatório (limitado ao universo da doutrina manejada na pesquisa) que vem dirigindo as formulações aqui produzidas, afirma-se, pois, ser a democracia, enquanto valor central do Estado democrático de direito, um valor em si, ao mesmo tempo um direito e um bem público incondicionado, esta última, aliás, categorização ainda não consolidada na doutrina nacional mas de extrema importância no cumprimento da central obrigação da doutrina, ou seja, a de doutrinar, não apenas de modo descritivo/reconstrutivo mas, antes, construtivo/prescritivo. Quanto a este tema, que não será aprofundado nesta pesquisa mas, ainda assim, justifica-se a referência e o destaque pela importância (reconhecida pela própria definição desta categoria como objeto e linha de pesquisa do Mestrado da Instituição) , reproduz-se, para confirmar a relevância desta nova categoria e fomentar seu estudo, parte do texto de apresentação da citada obra coletiva da FMP, :

As reflexões travadas nos grupos de pesquisa evidenciaram a importância dos chamados Direitos Públicos Incondicionados, aqui entendidos os que envolvem o reconhecimento da existência de interesses e direitos da coletividade como um todo, para além dos direitos fundamentais individuais, inclusive multiculturais, dando-se destaque, entre outros, à questão da segurança pública, das políticas preventivas e curativas de enfrentamento da corrupção...<sup>158</sup>

---

<sup>158</sup> **Bens Jurídicos Indisponíveis e Direitos Transindividuais:** percursos em encruzilhadas. Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. Porto Alegre: FMP, 2015. Disponível

Ora, como se adiantou no final do capítulo anterior, e a partir do chão teórico já delimitado neste trabalho, trata-se de examinar a democracia brasileira (a enunciada no texto constitucional e a sua realização possível no Brasil real) e, nela, identificar o sentido e o papel do controle e combate aos atos corruptivos, que já se prenunciou, no título deste tópico da dissertação, tem-se como condição de consolidação (no limite, talvez até de possibilidade) de qualquer perspectiva democrática (em especial a comunitária, que se elegeu por adesão à proposição dworkiniana). Dito de outra maneira, o que se sustenta(rá), em suma, é que o enfrentamento institucional e sistêmico da corrupção é, num país com as características culturais e sociais do Brasil e seus índices de corrupção, condição de viabilidade, consolidação, aderência social, estabilidade, qualificação e sustentabilidade da dimensão democrática prometida na Constituição. Também o é, ademais, considerando os níveis de corrupção noticiados pela mídia e detectados pelo sistema de justiça.

Invocando novamente a classificação de Dworkin, este “bom e urgente combate” à corrupção é, portanto, uma condição democrática, esclarecendo, novamente, que o “lugar de fala” é o Brasil na instável quadra histórica que ora vivemos, marcada pela multiplicação superlativa dos atos corruptivos ou, na versão mais otimista dos fatos, pela expansão superlativa da informação sobre os atos corruptivos.

Se há mais corrupção ou mais notícia sobre ela, se a percepção da corrupção é maior ou menor que o fato corrupção, não se sabe e provavelmente não se saberá, com certeza científica, tão cedo. Mas o que se pode afirmar, com convicção, é que, em um país com estes elevados (escandalosos, catastróficos e outros tantos adjetivos pertinentes) índices de corrupção, não há mais do que uma democracia formal. Há que se reconhecer, e este é um ângulo promissor do tema, o país conta com uma estrutura normativa, administrativa e institucional conformada e potencialmente apta à democracia material, à democracia substancial que prevê e promete a Constituição. Todavia, e este o lado trágico da análise, não há

democracia real e consolidada se a nação vive e convive, como está vivendo e convivendo, com práticas institucionalizadas, difusas, aculturadas e endêmicas de corrupção, notadamente de atos corruptivos praticados por agentes públicos, políticos ou não . A condição de vital de consolidação (quicá de possibilidade) da democracia comunitária é, assevera-se, o combate institucionalizado e efetivo da - e à - corrupção.

E mais um esclarecimento útil e importante: neste capítulo se fará uma articulação entre o pensamento de Ronald Dworkin e sua formulação de democracia comunitária operacionável a partir de condições de democraticidade (igual respeito e consideração, em especial é a central e a síntese de todas as demais), com as lições do professor Rogério Gesta Leal e sua abordagem sobre o fenômeno da corrupção, especialmente sua enunciação acerca do papel da participação e deliberação pública como ferramenta de enfrentamento da corrupção, sustentando-se não apenas a compatibilidade mas, também, a complementariedade de suas proposições, bem como a viabilidade de utilização do produto (síntese) deste diálogo de fontes doutrinárias como fundamento do enunciado central e, talvez, o principal achado argumentativo deste capítulo e da própria pesquisa, ou seja, a identificação e afirmação do enfrentamento institucional da corrupção como uma condição democrática, senão de possibilidade de instalação da democracia (eis que já instalada, inaugurada formal e solenemente com a Carta de 1988 que “redemocratizou” o país) ao menos de sua sustentabilidade ética, política e institucional, com os efeitos, teóricos e práticos, desta formulação na aplicação do direito, em especial do direito penal e do direito administrativo sancionador, conjunto de normas (regras e princípios) que forma o sistema brasileiro de combate à corrupção que, como cediço, recebeu recentes e substanciais aportes, por exemplo com a edição da lei nº 12.846/2013. À evidência, não se está afirmando que a simples edição de leis – penais ou penaliformes – que contenham sancionamento dos atos corruptivos é a solução final para o problema. Mas não há como se negar a relevância de um bom acervo normativo a ser manejado.

### **4.3 A cena brasileira contemporânea.**

Em momento histórico de instabilidade política e de crises (assim mesmo, no plural, porque o são em várias dimensões mas, especialmente, na dimensão ética)

como o que ora se experimenta no Brasil, várias são as falas e demandas sociais e públicas que se apresentam sobre os temas aqui tratados e, especialmente, sobre a relação entre democracia e corrupção, o objeto final e central deste estudo.

Proclama-se, por todas as plataformas de comunicação, um desconforto difuso e profundo em relação à democracia que temos, no qual centenas de milhares de brasileiros, especialmente jovens, foram às ruas – nos chamados movimentos sociais de julho de 2013 – questionando o modelo representativo pátrio, suas insuficiências, deficiências, disfuncionalidades e, especialmente, seu caráter reducionista da própria Democracia, limitada ao exercício solitário do direito (dever?) do voto, ao cumprimento não engajado e desinteressante de uma liturgia procedimentalista sazonal que induziria à disseminação aculturadora de uma cidadania débil, ao induzimento quase irresistível à alienação da nação pela pouca e não relevante participação popular. Foi questionada a própria democracia, o que talvez seja a circunstância mais preocupante deste cenário, lembrando-se que há pouco mais de 30 anos experimentávamos o seu contrário, o modelo totalitário.

Este movimento, que a tudo questionou, parece remeter, como proposta ou alternativa, o caminho de uma certa desinstitucionalização ou, por outro, a identificação de outros espaços de debate público no âmbito democrático fora da institucionalidade. É, com efeito, uma expressiva e preocupante crise de confiança no sistema representativo. Aliás, desconfiança difusa na própria política e, pois, na democracia como método de concretizar o ideal de vida boa. Pois a questão que estes movimentos desafiam é: “que papel tem a corrupção – ou o não enfrentamento adequado dela – tem neste cenário de descrédito difuso?”

No que tange aos novos espaços de debate público, Têmis Limberger ressalta o papel da mobilização pelas redes sociais (destacando os recentes protestos dos “indignados brasileiros”) e da *cibertransparência* no regime democrático e no combate à corrupção:

[...] os direitos políticos encontram uma nova dimensão na praça virtual, o ativismo na rede prepara uma fase posterior representada por reuniões físicas entre as pessoas interessadas. Desta forma, as praças locais tradicionalmente esvaziadas devido ao isolamento urbano por muitas causas, voltam a encher-se devido ao papel desempenhado pelas redes sociais.

Portanto, a *cibertransparência* é importante, porque a partir da divulgação dos gastos públicos, pode haver a prestação de contas à população e provocar a diminuição da corrupção, possibilitando investimentos em direitos sociais, principalmente educação e saúde, tão importantes para o

desenvolvimento das pessoas e reivindicadas no âmbito do município, uma vez que os cidadãos saem às ruas nas cidades.<sup>159</sup>

Ferindo este tema, Gesta Leal faz fina abordagem crítica sobre o desajuste ético entre as finalidades públicas e os propósitos não públicos dos agentes políticos eleitos no sistema/modelo majoritário. Indicando que são fundadas as “suspeitas” de desvios morais, identifica a falta de um acordo prévio sobre valores compartilhados como causa fundamental desta dissociação entre eleitor e eleito. Esta jovem cidadania que ocupou as ruas em 2013 teria uma bandeira ética una e universalizável (entre eles pelo menos)? Os sinais são que não, até pela diversidade de ideários e alvos das manifestações.

Aqui este tópico, uma aproximação possível – e racionalmente sustentável - entre os pensamentos de Dworkin e Gesta Leal, na medida em que definem e defendem, cada um a seu modo e circunstâncias, a necessidade de uma moralidade pública compartilhada por força de uma pacto original de submissão voluntária e coletiva a certos valores vinculados à justiça e necessários à convivência que prestigia, de modo equilibrado, liberdade e igualdade. O paralelo com o “Common Ground” de Dworkin é quase inevitável. Senão vejamos, assim ensina Gesta Leal:

O problema é que a política, sob o ponto de vista das disputas eleitorais e de governança, é pautada, em regra, pela não razão teórica do homem virtuoso que está mais compromissada com a moral e a ética do dever ser, mas à razão prática e pragmática dos fins imediatos de projetos institucionais, pessoais e corporativos, o que contamina a virtude cívica dos cidadãos e vicia a legitimidade de determinados modelos e experiências da democracia representativa, haja vista a ausência de consensos em torno de valores e princípios que a sustentem.<sup>160</sup>

Todavia, o professor brasileiro em apreço (Gesta Leal) não vê nesta trilha tendencial de atuação política fora das instâncias tradicionais propriamente um problema democrático. Pelo contrário até, sustenta que o discurso político não deve ser limitado às agências de institucionalidade formal do Estado, ao revés, estas

---

<sup>159</sup> LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

<sup>160</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 22 e 23.

novas ágoras <sup>161</sup> de debate político deveriam ser fomentadas pelos próprios governantes. Assim expõe seu pensamento:

Tenho que a deliberação pública realizada fora do âmbito estatal constitui a base de legitimação para ações políticas de gestão do interesse público, e por isto deve permitir a todos os potencialmente envolvidos poder opinar e interagir comunicativamente antes que uma decisão seja adotada. Desta forma, a livre circulação da informação e do alongamento das oportunidades educativas erigir-se-iam em elementos nodais que explicariam a aparição desta esfera de autonomia, tendo como motivação a implementação de condições histórico-sociais que possibilitariam a emergência, expansão e transformação de esferas públicas centradas historicamente nas instituições tradicionais de representação política forjadas no âmago da experiência estatal moderna. <sup>162</sup>

E aderindo à perspectiva habermasiana do discurso comunicativo como ferramenta de articulação política mediada da sociedade cada vez mais complexa, plural e diversa na busca de consensos possíveis, anota Gesta Leal:

Segundo a perspectiva de Habermas, a qual me filio, um conjunto crescente de organizações e movimentos sociais sempre podem enriquecer a comunicação e o debate nas sociedades contemporâneas, revitalizando de forma substantiva a esfera pública. Estes novos âmbitos estariam a permitir a articulação de uma pluralidade de enfoques culturais e sociais, o que levaria a reforçar a ideia de crítica e controle do poder – e da corrupção – e aprofundar a democracia, fazendo surgir, por sua vez, fatores de integração social alternativos, baseados no diálogo e não na dominação (ora simulada, ora explícita). <sup>163</sup>

Acrescenta, ademais, que os integrantes desta cena do discurso público em um ambiente democrático devem implementar condições mínimas de esclarecimento e possibilidade de atuação, sob pena de continuarem reduzidos ao papel de eleitoras passivos. Aqui, percebe-se, claramente, outra vez, pontes de convergência entre a reflexão de Gesta Leal e o pensamento de Dworkin, suas condições democráticas e o convite à leitura moral das Constituições. Pode-se dizer, até, que

---

<sup>161</sup> “Esta “praça” pública se caracterizava como um espaço construído, permanente e fixo, que, tinha também um sentido político – era o lugar onde se deliberavam assuntos importantes para a vida dos cidadãos e da sociedade como um todo. Neste sentido, encontraremos uma contraposição entre os povos que tinham a *ágora* e os que não a tinham. Estes últimos eram considerados bárbaros, pois, na maioria das vezes, tinham como forma de governo a monarquia e, como tal, não deliberavam, pois, entendiam não ser necessária a discussão uma vez que apenas uma pessoa decidia por todas as outras.” CASTELLAN, Gláucia Rodrigues. **A Ágora de Atenas: aspectos políticos, sociais e econômicos**. Disponível em: <<http://www.klepsidra.net/klepsidra26/agora.htm>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2018.

<sup>162</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 206 e 207.

<sup>163</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 207.

ambos estão, de certo modo, e com os aportes de Habbermas, advogando o dever do Estado de oferecer igual respeito e consideração aos integrantes da comunidade política, notadamente na formação e informação que instrumentalize, concretamente, o exercício da cidadania por todos e de modo isonômico (igual tratamento e oportunidades de participação e controle da gestão do Estado).

Ainda nesta toada, aduz, em complemento, Gesta Leal:

Ocorre que a forma de gestão pública comunicativa de que estou falando exige um mínimo de condições subjetivas e objetivas dos seus interlocutores, sob pena das falas enunciadas e trocadas serem coartadas por circunstâncias exógenas e endógenas a comunicação, tais como as insuficiências formativas e discernimento dos homens comuns do povo associada com o alto grau de profissionalismo e burocratismo das elites dominantes que assaltam cotidianamente o Estado, ou, ainda, dos tecnoburocratas que instrumentalizaram ideológica e operacionalmente os aparelhos estatais, como mecanismo de alcançar projetos muito mais privados do que comunitários.<sup>164</sup>

Desta forma, o autor faz uma descrição, com conteúdos críticos, da realidade brasileira atual, um relatório (talvez uma autópsia) realista sobre os sombreamentos entre interesses públicos e privados que são agravados – ou facilitados- pela burocracia estatal.

E neste mesmo contexto (o Brasil, hoje) surge, outrossim, com força nunca vista, em todas as agendas, mas especialmente nas agendas política, jurídica e midiática, a preocupação com o fenômeno da corrupção, sua natureza sistêmica (adjetivação popularizada que talvez fosse melhor substituída por difusa) e, para muitos, atávica (fala-se até em uma corrupção brasileira por natureza, estrutural e inexorável fruto de uma possível “infeliz” formação antropológica, tese a qual se contrapõem muitos e bons argumentos).

E fala-se, outrossim, dos múltiplos impactos da corrupção, notadamente os impactos econômicos vinculados e inibidores do financiamento (melhor talvez fosse dizer subfinanciamento ou não-financiamento) das prestações estatais fundamentais (os direitos humanos básicos aqui incluídos) e, pari passo, da vinculação entre a corrupção brasileira desenfreada e uma possível baixa qualidade democrática. E os fatos e os números justificam, sobremaneira, este protagonismo

---

<sup>164</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 208.

do tema corrupção na agenda nacional. Apenas como exemplo, faça-se referência aos valores até aqui consolidados e objeto de reparação na grande operação nacional de enfrentamento à corrupção:

**Devoluções já realizadas pela Petrobras no âmbito da Lava Jato**

11/5/15 - R\$ 157 milhões (acordo de Pedro Barusco)

31/7/15 - R\$ 152,2 milhões (acordos de Pedro Barusco e Paulo Roberto Costa)

30/9/16 - R\$ 145,5 milhões (acordo de Julio Faerman)

14/9/16 - R\$ 2 milhões (acordo de Expedito Machado Filho)

23/10/16 - R\$ 754,3 milhões (leniência da SBM)

18/11/16 - R\$ 204,2 milhões (18 acordos de colaboração e três leniências)

2/5/17 - R\$ 8 milhões (acordo de Sérgio Machado)

19/7/17 - R\$ 45,8 milhões (acordo de Sérgio Machado)

4/9/17 - R\$ 18,8 milhões (acordo de Sérgio Machado)

30/10/17 - R\$ 87 milhões (acordos de leniência da Rolls-Royce e de colaboração de Nestor Cerveró e Sérgio Machado)

7/12/17 - R\$ 653,9 milhões (36 acordos de colaboração e cinco leniências)

Total: R\$ 1.475.586.737,77 <sup>165</sup>

Aqui, além da expressão econômica superlativa dos atos de corrupção, percebe-se a objetiva vinculação destes auspiciosos resultados com o uso de novos instrumentos legais, como a colaboração premiada e o acordo de leniência.

**4.4. A corrupção como predadora dos direitos fundamentais e da democracia.**

A corrupção, portanto, é, antes de tudo, um problema democrático, um grave problema democrático, e por duas razões fundamentais: 1. por ser a maior causa do crescente e justificado descrédito da – e na - política (e do próprio modelo majoritário

---

<sup>165</sup> Informação extraída da notícia *Força-tarefa Lava Jato devolve valor histórico para Petrobras. Ministério Público Federal*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/forca-tarefa-lava-jato-devolve-valor-historico-para-a-petrobras>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2018.

representativo e, no limite, da democracia) e o conseqüente enfraquecimento (desativação) da cidadania e 2. por seus impactos concretos determinantes de rupturas nas políticas públicas voltadas ao atendimento de direitos fundamentais que geram descapitalização do Estado, efeito dos bilionários desvios de recursos drenados através de atos corruptivos e sonegados dos respectivos programas sociais.

Em artigo escrito com Fábio Sbardello, Gesta Leal enfoca a conexão necessária entre corrupção e agressão a direitos humanos:

Não há dúvidas de que a corrupção encontra-se diretamente conectada à violação dos Direitos Humanos e Fundamentais, notadamente quando os atos corruptivos são utilizados como formas de violação do sistema jurídico como um todo (o caso de suborno de servidores públicos para agilizarem procedimentos burocráticos), o que afeta, por si só, a ordem jurídica posta, além de provocar impactos localizados na rede de direitos e garantias vigente (eis que, neste exemplo, outros expedientes podem ser atrasados ou deixados de lado). [...] <sup>166</sup>

Mas antes de examinar estes eixos, uma questão precedente e, de certa forma, prejudicial para a conclusão do trabalho exige ser enfrentada. Há que se buscar definir o que é corrupção ou, ao menos, reduzir a liquidez e vagueza desta expressão .

Fenômeno de causas múltiplas e de variada possibilidade de análise <sup>167</sup>, a corrupção aparece de forma geral como um entrave à consolidação da democracia e à fruição de direitos que ele promove. <sup>168</sup>

De antemão, reconhecendo-se a impossibilidade de apreensão conceitual única, acolhe-se a perspectiva de, entre outros, Rogério Gesta Leal para quem a corrupção é, antes de tudo, um fenômeno complexo (e a ideia de fenômeno é a mais significativa) que não pode ser restringido e confinado nas restritas (e reducionistas) tipicidades descritivas espalhadas por algumas poucas molduras legais de alguns

---

<sup>166</sup> LEAL, Rogério Gesta; SBARDELLOTTI, Fábio Roque. **A Lei Anticorrupção n.º 12.846/2013, um longo caminho percorrido. Bens Jurídicos Indisponíveis e Direitos Transindividuais**: percursos em encruzilhadas. Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. Porto Alegre: FMP, 2015. Disponível em: <[http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-book-BENS\\_JURIDICOS\\_INDISPONIVEIS.pdf](http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-book-BENS_JURIDICOS_INDISPONIVEIS.pdf)>. p. 121.

<sup>167</sup> POWER, Tmothy J. e GONZALEZ, Júlio. **Cultura Política, capital social e percepções sobre corrupção**: uma investigação quantitativa em nível mundial. In: Revista de Sociologia Política, Nov. 2003, nº 21, p. 51-69.

<sup>168</sup> LIMA, Marie Madeleine Hutyra de Paula. **A corrupção**: importante obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Revista de Direitos Difusos. São Paulo, vol. 2 nº 10. P.1297-332. Dez. 2001.

crimes e de outros tantos atos de improbidade administrativa ou, categoria recente, de atos lesivos ao patrimônio público. O professor Gesta Leal deixa claro este entendimento no item “2” do artigo “Da Urgente Necessidade de formatação de uma metodologia de mapeamento dos riscos da corrupção no poder judiciário”<sup>169</sup>. O tópico em apreço é intitulado “A corrupção é um fenômeno!” e no corpo do texto explica o porquê do título.

Heloisa Starling, por seu turno, pesquisando a origem da palavra corrupção, em instigante texto, lembra que,

Na sua origem, grega, a palavra corrupção aponta para dois movimentos: algo que se quebra em um vínculo; algo se degrada no momento dessa ruptura. As consequências são consideráveis. De um lado, quebra-se o princípio da confiança, o elo que permite ao cidadão associar-se para interferir na vida de seu país, de outro, degrada-se o sentido público. Por conta disso, nas ditaduras, a corrupção tem funcionalidade: serve para garantir a dissipação da vida pública. Nas democracias – e diante da República – seu efeito é outro: serve para dissolver os princípios políticos que sustentam as condições para o exercício da virtude do cidadão.”<sup>170</sup>

É de se destacar que, na parte final de sua asserção, Heloisa Starling sublinha a dimensão ética do fenômeno corruptivo, identificando, por assim dizer, os dois principais objetos que sofrem o ato ou efeito das rupturas provocadas pela corrupção, a confiança e as virtudes morais. Novamente, a referência gera pensamentos circulares e se encontra com o pensamento de Dworkin no que pertine ao compromisso (da democracia comunitária ou em parceria) de decidir por princípios (tradição, valores morais consolidados em uma Constituição) e não por motivações pessoais, corporativas ou políticas.

E neste diálogo virtual (mas concreto na dimensão argumentativa), volta-se ao ensinamento de Gesta Leal, por sua congruência com a linha de raciocínio que se percorre na “conversa” com os autores que são o suporte a esta pesquisa. Falando na dimensão axiológica e simbólica do objeto e dos efeitos dos atos corruptivos, lembra o aludido Professor que:

Há uma dimensão simbólica do que significa a corrupção em termos de valores democráticos que independe dos seus efeitos práticos e quantitativo-financeiros, ou mesmo os que dizem com sua consumação de benefício ou não – modalidade da tentativa -, pois estão em jogo as bases

<sup>169</sup> **Revista da Ajuris**, n. 128, dez 2012, p.282

<sup>170</sup> STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Ditadura Militar**. In: AVRITZER, Leonardo (org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 259.

normativo-principiológicas fundantes das relações sociais e da confiança nas instituições representativas públicas e privadas.<sup>171</sup>

O que se afirma, dessarte, é que a corrupção enfraquece o próprio caráter democrático da comunidade política, seu núcleo de moralidade. E quando se proclama a preferência (escolha e expectativa cívica) pela democracia comunitária substancialista, que pressupõe uma dimensão objetiva/pragmática de participação popular concreta e relevante (na formação do direito e na sua adequada aplicação), mais danosos se apresentam os resultados e impactos multissetoriais da corrupção, em doses endêmicas, como no Brasil.

E neste ponto se lançam luzes a um ângulo específico do quadro de efeitos deletérios da corrupção num ambiente que se pretende (a pretensão é, inclusive, constitucional) civilizado e humano(ístico): a redução dos aportes de recursos voltados ao financiamento da educação aprofunda a debilidade formativa e cultural do povo, produzindo, em larga escala, cidadãos de segunda categoria (na dimensão política por anaptidão cognitiva), alijados das informações básicas e sem condições de protagonizar, efetivamente, o processo coletivo de tomada de decisão pelo Estado, seja do Parlamento, seja do Executivo.

O professor Emerson Garcia, reconhecido especialista em combate à improbidade administrativa, quanto a esta temática, registra que:

O processo de formação da população brasileira, marcado, principalmente, por uma educação deficitária, certamente contribuiu para inviabilizar o aflorar da moral crítica a que se referia Hart, dificultando, ainda hoje, o desenvolvimento de uma democracia verdadeiramente participativa.<sup>172</sup>

E adita Emerson, tratando ainda da questão do estofo cultural de um povo como barreira que impede ou reduz a vulgarização (disseminação, normalização) da corrupção, fazendo-o com discreta dose de otimismo ao anotar que o processo de consolidação de uma cultura ética está inconcluso:

A democracia, longe de ser delineada pela norma, é o reflexo de lenta evolução cultural, exigindo uma contínua maturação da consciência popular. Não é por outra razão que a reconstrução democrática do país, levada a

---

<sup>171</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade**: causas, conseqüências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013 p. 18

<sup>172</sup> GARCIA, Emerson. **Repressão à corrupção no Brasil**: entre realidade e utopia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3.

efeito pela Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, ainda é um processo inacabado.<sup>173</sup>

Importante estabelecer, quanto aos impactos imateriais e simbólicos da corrupção, que uma cultura viva e compartilhada de intolerância em relação aos desvios éticos pressupõem um acordo linguístico simbólico (e prático) que produza uma certa dilatação semântica da própria expressão e de sua compreensão leiga. Lembrar, por exemplo, que não há – ou não deve haver - corrupção bagatela e que o desvalor da conduta corrupta não se pode medir em reais ou em outra moeda. A vulgarização dos atos corruptivos por sancionamentos deficientes é, também, uma forma de incentivo às práticas ilícitas. No tocante, assevera Gesta Leal:

O problema aqui é que também não se pode reduzir a corrupção à mera violação da legalidade, mitigando o seu aspecto de imoralidade pública e privada decorrente de vícios éticos recorrentes em vários âmbitos da vida cotidiana, sob pena de autorizar argumentos que defendam tratá-la como qualquer outro ilícito ou delito – inclusive para os efeitos de caracterizar situações corruptivas como de menor potencial ofensivo à sociedade e às suas vítimas (crime de bagatela, por exemplo), decorrendo daí impunibilidades.<sup>174</sup>

E acrescenta o mesmo autor, reproduzindo a seguinte reflexão:

É o que diz DOIG, Alan and THEOBALD, Robin. *Corruption and Democratisation*. London: Frank Cass, 2009, p. 31: *The phenomenon of corruption ranges from the single act of a payment contradicted by law to na endemic malfunction of a political and economic system. The problem of corruption has been seen either as a structural problem of politics or economics, or as a cultural and individual moral problem. The definition of corruption consequently ranges from the broad terms of “misuse of public power” and “moral decay” to strict legal definitions of corruption as an act of bribery involving a public servant and a transfer of tangible resources.*<sup>175</sup>

De modo esquemático e sintético, poder-se-ia dividir os impactos da corrupção em três eixos: o econômico (anticoncorrencial), social (o dinheiro apropriado ou mal havido por corruptos e corruptores falta para o custeio dos direitos sociais fundamentais) e democrático (interfere na vontade popular e no resultado do produto do trabalho legislativo).

---

<sup>173</sup> GARCIA, Emerson. **Repressão à corrupção no Brasil**: entre realidade e utopia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 6.

<sup>174</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013 p. 28.

<sup>175</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013 p. 28. N.R. 39.

Reproduzindo reflexão antes construída, é de dizer-se que a corrupção é “inimiga” do Estado Democrático de Direito na exata medida que este é “amigo” dos direitos fundamentais e da democracia. Neste passo, didática é a assertiva do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filhos, reportando-se ao magistério de Mirkine-Guétzé:

O Estado moderno – escreve ele – não pode contentar-se com o reconhecimento da independência jurídica do indivíduo; ele deve ao mesmo tempo criar um mínimo de condições jurídicas que permitam assegurar a independência social do indivíduo.<sup>176</sup>

A repressão à corrupção pública, em especial à improbidade administrativa, aliás, é denominada, por Fábio Medina Osório<sup>177</sup>, como “combate às inumidades irrazoáveis do poder político”, instigante eufemismo para definir este verdadeiro câncer que corrói, com indicativo de metástase, as fragilizadas entranhas antropo-éticas da ainda claudicante democracia brasileira aplicada.

Pois este encontro sinérgico do pensamento de Dworkin com Gesta Leal sinaliza a necessidade da reafirmação de acordos básicos acerca do Estado, em especial a partir do projeto de nação rascunhado nas páginas da Carta de 1988 e, neste, especialmente, um princípio fonte de moralidade pública (na concepção dworkiniana). Esta síntese dialógica remete à conclusão de que a corrupção é predadora da democracia por representar o grande ato hostilizador dos princípios centrais da República e, assim, o exterminador do Common Ground (o compartilhamento de valores morais básicos definido por Dworkin). Fala-se, pois, de identificar e afirmar um proto-princípio de moralidade pública (o objeto vitimado pelos atos corruptivos). O mesmo Fábio Medina Osório<sup>178</sup> denomina-o de “imperativo ético da boa gestão pública na pós-modernidade”.

De outra banda, consigna-se que a afirmação do direito fundamental à administração honesta também se reveste de importância e atualidade porquanto, cada vez mais, sopram no Brasil contemporâneo os ventos (marcadamente europeus) da pós-modernidade e sua compulsão pela eficiência administrativa, a

---

<sup>176</sup> *Apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 49.

<sup>177</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa** : má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

<sup>178</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa** : má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

partir de concepções prevalentemente econômicas (em detrimento de valores ético-normativos).

No Brasil, percebe-se claramente este movimento. Os parâmetros da gestão privada migram e são absorvidos como significantes e, por isso, estruturantes de uma nova ética pública balizada finalisticamente pelo atingimento de metas (produção de resultados economicamente expressivos).

Ora, neste contexto em que os entes públicos aplicam os famosos programas de qualidade total numa estrutura estatal já infectada pela patologia da corrupção, desconsiderar a fundamentalidade da observância deste núcleo constitucional de moralidade pública, deste direito (e o respectivo dever) de probidade no manejo, pelos gestores, de dinheiros e valores públicos é, com certeza, agravar a doença sócio-institucional, induzindo, senão endossando, a ideia de prevalência, quase “divinização” dos resultados e dos referenciais mercadológicos. Em outras palavras, nesta linha de pensamento, a probidade seria um dever meramente instrumental, sendo sua eventual violação quase insignificante nas hipóteses em que atingido o objetivo (ação, projeto do Governo, etc.), estaríamos, portanto, retomando e relegitimando o tristemente famoso aforismo “os fins justificam os meios” e realimentando a espiral da corrupção, praticamente institucionalizando-a, se é que ainda não foi.

Por isso, também, é imperioso reconhecer e afirmar esta jusfundamentalidade do princípio de moralidade (nele incluída a improbidade) como base da pirâmide que conforma a disciplina decisional, no Brasil. Não se poderá, sob o argumento da lógica empresarial privada, sacrificar a legalidade. Trocando em miúdos: “Abaixo a ditadura da economicidade”.

Aliás, este debate sobre um dever “genético” de honestidade no trato com a coisa pública remete o leitor, ainda, à sólida e atemporal ideia de “conaturalidade” do Direito e da moral (novamente com Habermas), significando que a noção de Direito nasce junto, na reflexão humana, com a ideia de boa fé e de confiança. Este princípio que impõe eticidade (expressão da tutela da confiança e/ou justa expectativa moral) é uma das projeções humanas fundamentais e deve impactar inclusive a administração pública. Por isso a necessidade de se afirmar uma eticidade republicana constitucionalmente genética a determinar a intolerância em relação a ataques à moral republicana e, o que se tenta fazer, timidamente, neste

trabalho, é afirmar a possibilidade de identificar estes sinais textuais e a coerência sistêmica na própria Constituição Federal.

A propósito, sobre boa fé, uma das principais projeções deste princípio de moralidade, mostra-se esclarecedora a lição de José Guilherme Giacomuzzi, sustentando que a eticidade é um legado do Estado social de direito absorvido em nosso constitucionalismo:

Uma das funções que me parece mais relevante atribuir-se à boa-fé como princípio veiculado pela moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988 é justamente o mandamento de proteção à confiança enquanto elemento componente do Estado de Direito Social. A confiança, que adquirira no âmbito privado especial relevância, tem-na, na órbita pública, redobrada.<sup>179</sup>

#### **4.5. Da afirmação constitucional da jusfundamentalidade do direito ao governo não-corrupto**

A par de os números de nossa realidade demonstraram que a corrupção endêmica e sistêmica é um importante predador da democracia brasileira, talvez o mais danoso, a honestidade gerencial já fora consagrada, constitucionalmente, como princípio que alberga e expressa o dever fundamental do administrador público brasileiro: o dever de probidade, o dever do bom uso, de uso honesto, não-corrupto, de boa-fé, enfim, de uso republicano da função pública. Nunca é demais lembrar que o princípio republicano traduz-se em uma tutelar afetação do patrimônio público. Daí o pedagógico alerta: a “coisa pública” é o patrimônio de todos e não coisa de ninguém.

Portanto, é prioridade (pelo menos na proclamação formal que se extrai do texto da Constituição Federal vigente) do Estado brasileiro o combate sistêmico e “oficial” à corrupção, e não apenas na administração pública. Aliás, este traço do DNA republicano do nosso país (pelo menos, repito, na dimensão declaratória do édito constitucional) é bem prospectado na lição do citado Fábio Medina Osório (2007, p. 115-116):

Todas as Constituições brasileiras republicanas (1891, art. 54, 6º; 1834, art. 57, f; 1937, art. 85, d; 1946, art. 89, v; 1967, art. 84, v e EC 1/69, art. 82, v; 1988, art. 85, v) contemplaram a improbidade administrativa como crime de

<sup>179</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 266.

responsabilidade do Presidente da República e dos altos funcionários do Estado, o que não deixa de ser significativo e marcante, porque os ilícitos de responsabilidade, por atingirem o mais alto mandatário da nação, revestem-se de uma gravidade peculiar. A improbidade administrativa era, e é, um ilícito funcional de responsabilidade dos altos mandatários da nação, transparecendo sua gravidade e os valores que lhe são subjacentes. Não é novidade, pois, o 'status' constitucional do dever de probidade, nem sua singular importância no direito brasileiro, visto que se trata de obrigação máxima do Presidente da República e dos altos mandatários da nação, com larga tradição no sistema constitucional. Essa espécie de constatação há de ser adequadamente valorada na teoria da improbidade.

Na vigente Constituição, outro sinal confirmatório, a revelação da vontade constituinte no sentido de afirmar a fundamentalidade do direito da cidadania a um governo honesto vem nos artigos 37, § 4º e artigo 85, V, da Carta Política <sup>180</sup>.

Retomando o diálogo entre Dworkin e Gesta Leal, mediado pelos autores que deram suporte a este trabalho, pode-se formular uma síntese possível e compatibilizadora, ou seja, a de que o enfrentamento qualificado, resolutivo e institucional da corrupção, consideradas as graves condições factuais da cena brasileira (tanto a política como a social) é uma condição de realização e manutenção da democracia, notadamente nos moldes (comunitários, delineados por Dworkin) em que projetada no texto constitucional, quer porque o bom enfrentamento garante que o processo de decisão e deliberação democrática tenha regularidade substancial (atendimento a preceitos de moralidade pública, qualificação de quadros, partidos políticos, etc.), quer porque se permitirá a instalação real de foros de debate público em que os integrantes da comunidade política tenham, por parte do Estado, iguais respeito, consideração e oportunidade de serem construtores (parceiros integrais) das decisões públicas que a todos vincularão (maioria e minorias), espaços de escuta e fala legitimados pelo compartilhamento prévio e consensuado de mesmos valores e/ou princípios.

E esta aproximação da reflexão de Gesta Leal com a proposta de democracia comunitária participativa de Dworkin, fica ainda mais visível quando o primeiro afirma:

---

<sup>180</sup> Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Alterado pela EC-000.019-1998).  
§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988)

Talvez uma Democracia mais participativa e deliberativa responda de forma legítima a este problema da corrupção, envolvendo a Sociedade Civil como protagonista primordial à sua ocorrência, isto porque, como quer Juarez Guimarães, *a corrupção do corpo político, significando impedimento, a restrição ou o desvirtuamento da vontade soberana do povo, introduz o reino dos privilégios ao acesso a direitos e a deveres e devasta o interesse público pela força do privatismo e do particularismo.*<sup>181</sup>

E acrescenta Gesta Leal, investindo doses alentadas de esperança nas possibilidades da democracia no Brasil:

Em verdade já se percebe existir no Brasil há alguns anos novos ciclos participativos por parte da cidadania, gerando o que se tem chamado de fóruns híbridos e interativos entre instituições públicas, privadas e movimentos ou representações sociais, levando o tema da corrupção para além das fronteiras burocráticas do Estado ou de arranjos corporativos, em direção às instâncias mais deliberativas da Sociedade Civil como ator e protagonista histórico – e sujeito de direitos e obrigações.”<sup>182</sup>

Em arremate, longe de se pretender dar ponto final a um debate que, pelo contrário, há de ser estimulado e expandido, crê-se fundamental que um consenso nacional acerca da inadiabilidade do enfrentamento, preventivo e sancionatório, dos atos corruptivos se estabeleça, e que ocorra sobre as bases propostas por Dworkin de um Common Ground, um acordo que reafirme e relegitime nosso arranjo institucional, com seu equilíbrio tenso entre democracia e direitos fundamentais e com a delegação desta mediação (garantidora de integridade do sistema) a um Poder Judiciário deferente, como todos os outros, ao princípio da soberania constitucional.

E nos termos e para os fins da dissertação ora projetada, relevante acrescentar questão fundamental acerca deste tema, ou seja, este pacto pelo enfrentamento da corrupção (partindo-se da premissa que nossa democracia ainda não está consolidada), há de considerar, como oportunidade ofertada pela própria ordem jurídica vigente, o esgarçamento expansionista do âmbito de responsabilidade pelo combate à corrupção, acolhendo-se nesta rede ampliada de enfrentamento sistêmico e horizontalizado, preventivo e sancionatório, o segundo (o mercado) e o terceiro setor (a dimensão participativa das organizações da sociedade

---

<sup>181</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 204.

<sup>182</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 205.

civil a que alude Gesta Leal), como parceiros integrais, corresponsáveis e possíveis agentes passivos, designadamente pelos efeitos da já citada Lei nº 12.846/13, também conhecida como lei anticorrupção empresarial. Em outra adaptação livre de Dworkin, a máxima democrática da igual consideração e respeito há de abarcar isonomia de direitos, acessibilidade às oportunidades e, também, de deveres, privados e públicos.

## 5 CONCLUSÃO

Partindo da análise dos modelos – teóricos e aplicados – de Estado no período histórico conhecido como modernidade, construiu-se a primeira conclusão e fundamento deste trabalho: a afirmação do Estado democrático de direito como um valor em si, na medida em que produto da acumulação de elementos, virtualidades e experiências (sucessos e malogros) dos modelos liberal e social e, outrossim, porquanto se cuida de categoria formulada como a mais avançada estrutura interdita contra qualquer tipo de tirania, seja da maioria, seja das minorias.

Afirmada a primeira “escolha” civilizatória – o Estado democrático de direito como o modelo mais adequado nesta linha evolutiva (com o reconhecimento imperioso de que se trata de processo em andamento, inconcluso e sujeito às interferências e aditamentos decorrentes das dinâmicas sociais) -, o trabalho debruçou-se sobre uma questão central deste figurino estatal, ou seja, o que Lenio Streck denominou de “dilema do constitucionalismo”, a relação tensional entre democracia e direitos fundamentais.

O respectivo capítulo encerrou-se com a afirmação da compatibilidade das duas categorias e, mais, com a recomendação do concurso de ambas para a formatação de uma democracia constitucionalmente adequada. Vale dizer, o que se apresenta como uma dificuldade do sistema constitucional de países que adotam este modelo, como o Brasil, é, em verdade, uma qualidade mediadora e moderadora do Estado, a garantir o equilíbrio entre a legitimação democrática das escolhas da maioria e o respeito aos direitos das minorias. Em outras palavras, conclui-se que levar os direitos a sério (atendendo-se o célebre convite de Dworkin) implica, *pari passu*, levar a própria democracia a sério.

Em consequência, outrossim, tratando da democracia no modelo em parceria (na chancelada concepção de Dworkin), afirmou-se, também em conclusão, que este modelo é “amigo” dos direitos fundamentais, reconhecendo-se, assim, validade democrática na definição do Poder Judiciário como guardião e mediador, no arranjo institucional brasileiro, da regularidade das regras do jogo democrático (dimensão procedimentalista) e na concreção dos direitos fundamentais, nomeadamente das minorias (dimensão contramajoritária mas, nem por isso, menos democrática).

Reconheceu-se, ademais, portanto, a viabilidade e justeza do controle de constitucionalidade pelo Judiciário (e a própria jurisdição constitucional e o judicial review).

Ora, sendo a democracia protetora e concretizadora dos direitos fundamentais, garantida a deferência ordinária à legitimidade da lei como produto imediato da soberania popular, a conclusão seguinte a que se chegou, a partir do diálogo com as fontes doutrinárias trabalhadas, é que a corrupção é predadora – talvez a maior delas - dos direitos fundamentais (e também do mercado) e, no limite, predadora da própria democracia.

Logo, como se afirmou no trabalho, a corrupção é um problema democrático, inclusive (e talvez especialmente) por ser a fonte mais evidente de descrédito no modelo majoritário (especialmente dos Poderes eleitos, Parlamento e Executivo), além de incapacitar o Estado para adimplir as prestações sociais fundamentais. Assim, a corrupção enfraquece o caráter democrático da comunidade, reduzindo as possibilidades de construção de um verdadeiro Common Ground, nos termos propostos na lição de Dworkin, que afirma a imprescindibilidade de consenso público acerca de princípios morais que são definidos como diretrizes orientadores e vinculantes. O desalento e a descrença da sociedade nas instituições são riscos sérios à estabilidade democrática, bem como o efeito econômico da corrupção endêmica e sistêmica que torna o Estado insolvente em relação a suas principais obrigações sociais.

No último capítulo do trabalho, sustenta-se, a partir, especialmente, do diálogo entre o pensamento de Dworkin e Gesta Leal, a possibilidade/necessidade do reconhecimento de que há um direito implicado neste debate, um direito fundamental ao governo honesto, probo ou não-corrupto e que dele decorre um dever (de todos) de enfrentamento (prevenção, controle e, especialmente, sancionamento) da corrupção, direito, de resto, que, nos termos formulados na dissertação, é também uma condição democrática (aqui na já referida perspectiva dworkiniana), sem cujo implemento a democracia talvez não seja possível, no Brasil (o trabalho registra com a clareza possível que a abordagem é contextual e contemporânea, portanto histórica).

Por isso, e aqui vai uma reflexão final, neste cenário brasileiro (fala-se de cena política, jurídica e social), o sistema de justiça, e o Poder Judiciário com

especial protagonismo, deve garantir a vitalidade de nosso jovem democracia, tratando-a, seguindo a recomendação de Dworkin, como um valor em si considerado e, portanto, buscando unidade deste valor, lembrando que o epicentro axiológico e propositivo de nossa Carta de 1988 é o respeito absoluto á dignidade humana, princípios que restará abandonado no remoto e pueril depósito das boas intenções se o Estado não enfrentar, resolutivamente, o fenômeno – disseminado e quase egossintônico (marca das patologias que mascaram os sintomas) – da corrupção.

E esta missão de que se cogita (a de enfrentar a corrupção com eficiência, eficácia e efetividade), e neste ponto uma derradeira meditação parece razoável e adequada, necessariamente envolverá eventuais, excepcionais e cirúrgicos abrandamentos, relativizações e ponderações de garantias procedimentais de investigados em grandes casos de corrupção, sem que isto represente agressão ao Estado democrático de direito, mas, ao contrário, contingências necessárias à sua preservação, partindo-se do reconhecimento do poder deletério e destruturante da difusidade corruptiva que assola o Brasil.

A nação exige, para usar a metáfora de Dworkin, que sejamos mais raposa do que ouriço e que defendamos nosso grande valor, a democracia, contra seu mais desprezível e perigoso predador, a corrupção.

E certamente, a afirmação de um proto-princípio de eticidade como orientador e balizamento dos processos – públicos e privados – de tomada de decisão será um alento benfazejo à nossa sociedade e, em especial, uma garantia de sustentabilidade política e jurídica de nossa ainda recente democracia, esta enquanto valor que, assumido com a centralidade que a Constituição lhe confere, produzirá a coerência virtuosa e sistêmica que nosso país precisa e merece, reduzindo, sobremaneira, a distância hoje existente entre o projeto de nação plural, diversa, democrática e includente contido no texto de nossa Carta regente e a realidade de um Brasil em colapso social e ético. Uma democracia comunitária não se instalará, de fato, se a corrupção não for, de fato, enfrentada. Esta a síntese e o chamamento que a pesquisa propõe.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Ronald Dworkin e a sua contradição majoritária. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-fev-23/analise-constitucional-dworkin-contradicao-majoritaria>>. Acesso em: 17 jan 2018.

BANDIERI, Luis María. Capítulo XV. Justicia Constitucional y Democracia: Un Mal Casamiento? p. 333/363. *in* **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** -Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012.

BARROS, Sérgio Resende. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millennium, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 23-50. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em 16/09/2017.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 367/406. ("in" **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais** - Estudos em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes", coord. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Ed. JusPODIVM. Salvador, Bahia, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <

[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em 22 de março de 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Conjur**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil)>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. A&C: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Thomson, 2005

CALVO GARCÍA, Manoel. **Transformações do Estado e do Direito**: do direito regulativo à luta contra a violência de gênero. Tradução de Paula Pinhal de Carlos e Marcelo Henrique Gonçalves Miranda. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

CASTELLAN, Gláucia Rodrigues. **A Ágora de Atenas**: aspectos políticos, sociais e econômicos. Disponível em: <<http://www.klepsidra.net/klepsidra26/agora.htm>>. Acesso em 19 fev. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco Espinho**: Justiça e Valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Editora WMF Martins Fontes: São Paulo. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** Principles for a New Political Debate. Princeton: Princeton University Press, 2006

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, Emerson. **Repressão à corrupção no Brasil**: entre realidade e utopia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEILBRONER, Robert. **Os Economistas**: História do Pensamento Econômico. Tradução de Therezinha M. Deutsch e Sylvio Deutsch. Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A crise constitucional do Estado contemporâneo: Estado de exceção e repressão penal. **Direito e Democracia**, v. 10, n. 1, jan./jun. 2009.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. O Direito e a política na obra de Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Nº 06. Porto Alegre: Editora FMP, 2011.

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

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Revista de direito administrativo. V. 251. Maio/agosto 2009.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LEAL, Rogério Gesta; SBARDELLOTTO, Fábio Roque. A Lei Anticorrupção n.º 12.846/2013, um longo caminho percorrido. **Bens Jurídicos Indisponíveis e Direitos Transindividuais**: percursos em encruzilhadas. Rogério Gesta Leal, Anízio

Pires Gavião Filho, organizadores. Porto Alegre: FMP, 2015. Disponível em: <[http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-book-BENS\\_JURIDICOS\\_INDISPONIVEIS.pdf](http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-book-BENS_JURIDICOS_INDISPONIVEIS.pdf)>. Acesso em 13 de março de 2018.

LEAL, Rogério Gesta; SBARDELLOTTO, Fábio Roque. Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais. *In: Bens Jurídicos Indisponíveis e Direitos Transindividuais: percursos em encruzilhadas*. Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. Porto Alegre: FMP, 2015. Disponível em: <[http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-book-BENS\\_JURIDICOS\\_INDISPONIVEIS.pdf](http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-book-BENS_JURIDICOS_INDISPONIVEIS.pdf)>. Acesso em 13 de março de 2018.

LEAL, Rogério Gesta. Da Urgente Necessidade de formatação de uma metodologia de mapeamento dos riscos da corrupção no poder judiciário. **Revista da Ajuris**, n. 128, dez 2012

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Marie Madeleine Hutyra de Paula. A corrupção: importante obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In: Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, vol. 2 nº 10. P.1297-332. Dez. 2001.

LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público**: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência**: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and Social Class**. Cambridge [Eng.] University Press, 1950

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, (Tomo I).

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 Ed. São Paulo, Atlas, 2014.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

POWER, Timothy J. e GONZALEZ, Júlio. Cultura Política, capital social e percepções sobre corrupção: uma investigação quantitativa em nível mundial. In: **Revista de Sociologia Política**, Nov. 2003, nº 21.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHOFIELD, Malcom. A ética política de Aristóteles. *In* **Aristóteles: a ética a Nicômaco**. Ricard Kraut [et al.]. Tradução de Alfredo Storck [et al.]. Porto Alegre: Artmed, 2009.

SODERO, Eduardo R. **La filosofía jurídica de Robert Alexy como punto de partida para una praxis racional y humanista del Derecho**. Disponível em: <[http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/02/Sodero\\_Alexy.pdf](http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/02/Sodero_Alexy.pdf)>. Acesso em 10 de março de 2018.

SHAPIRO, Scott J. **The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed**. Social Science Research Network, 2 fev. 2007. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657)>. Acesso em 23 de fevereiro de 2018.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Ditadura Militar. In: AVRITZER, Leonardo (org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Cuidado: o canibalismo jurídico ainda vai gerar uma constituinte**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-09/senso-incomum-cuidado-canibalismo-juridico-ainda-gerar-constituente/>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil**. Novos

Estudos Jurídicos. Volume 8 – nº 2. Maio/agosto 2003. p. 257-301. Disponível em: <[siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280](http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280)>. Acesso em: 06 jan 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em: 22 de fev. de 2018.

STRECK; Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 10. Ed. Trad. de Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011.