

ISSN 1516-4551

REVISTA
da Faculdade de
DIREITO
do Sul de Minas

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito
do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito –
Pouso Alegre, MG, v. 28, n. 2 (jul./dez. 2012)

Semestral 2008

ISSN 1516-4551

Anual 1984-2007 – Resumo em Português e Inglês.

1. Direito – Periódicos. I Faculdade de Direito do Sul de Minas.
Programa de Pós-Graduação e Mestrado em Direito.

CDD 340.05



SUMÁRIO / CONTENTS

A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista: políticas públicas de educação para o consumo sustentável	7
<i>The position of the consumer on modern high consumerist society: policies on education for sustainable consumption</i>	
Agostinho Oli Koppe Pereira • Cleide Calgaro	
A proporcionalidade em Alexy: superando o positivismo ou coroando o decisionismo?	32
<i>Proportionality in Alexy's theory: overcoming positivism or crowning decisionism?</i>	
Saulo Salvador Salomão	
Apontamentos sobre o papel do Conselho Constitucional na consolidação do sistema francês de Justiça Constitucional	48
<i>Notes on the Constitutional Council's role in the consolidation of the French system of Constitutional Justice</i>	
Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira	
A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial	69
<i>The role of the judiciary in time of contemporary constitutionalism: a critique of judicial activism</i>	
Clarissa Tassinari	
Constitucionalismos: esboço da estrutura CIS	94
<i>Constitutionalisms: outlining the CIS structure</i>	
Gabriel Rezende de Souza Pinto	
O Estado de Direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática	122
<i>Brazilian State of Law and its constitutional and democratic perspective</i>	
Claudine Rodembusch Rocha • Milton Schmitt Coelho	
The right to vote and the Australian Constitution	147
<i>O direito de voto e a Constituição australiana</i>	
Ronli Sifris	

APONTAMENTOS SOBRE O PAPEL DO CONSELHO CONSTITUCIONAL NA CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA FRANCÊS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

NOTES ON THE CONSTITUTIONAL COUNCIL'S ROLE IN THE CONSOLIDATION OF THE FRENCH SYSTEM OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira*

RESUMO

Este artigo tem por objetivo apresentar um breve estudo sobre o sistema de jurisdição constitucional francês, buscando demonstrar sua originalidade em relação ao modelo europeu de Tribunal Constitucional, bem como a atuação do Conselho Constitucional na consolidação do sistema francês de justiça constitucional.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Conselho constitucional; Sistema francês de justiça constitucional; Modelo de tribunais constitucionais europeus.

ABSTRACT

This article aims to present a brief study of the French constitutional jurisdiction system, seeking to demonstrate their originality in relation to the European model of the Constitutional Court and the Constitutional Council's role in the consolidation of the French system of constitutional justice.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Constitutional council; French system of constitutional justice; European model of constitutional courts.

* Advogado. Consultor em Direito Constitucional e Administrativo da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, em virtude de aprovação em concurso público. Graduado em Direito pela PUCMinas, pós-graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho/RJ e Mestre em Direito Público pela PUCMinas. Professor de Direito Constitucional e Administrativo dos cursos de Direito da Faculdade Estácio e da Faculdade Pitágoras e de Processo Constitucional da pós-graduação em Direito Processual do Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUCMinas. Autor de livro e artigos jurídicos. Rua Martim de Carvalho, 94, 9 andar, Santo Agostinho, Belo Horizonte. Cep: 30190-090 bruumorim@ig.com.br

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A jurisdição constitucional, reflexo lógico da soberania estatal¹ e da ideia de supremacia da Constituição, concebida como um documento histórico, consagrador dos direitos fundamentais, consiste no poder de que dispõe o Estado-juiz de dizer sobre a validade dos direitos de natureza constitucional no caso concreto, compondo um conflito de interesses, por meio da criação de uma norma específica, obtida a partir dos valores, princípios e regras constitucionais.

Nesse sentido, a jurisdição constitucional pode ser conceituada como “o trabalho de interpretar e extrair da Constituição a norma aplicável a cada caso, proporcionando a solução constitucionalmente justa”.²

O constitucionalismo e, como corolário, o conceito e a abrangência da Constituição e da jurisdição constitucional evoluíram juntamente com a sociedade, o Estado e a organização política como um todo. As Constituições do Estado Liberal de Direito abarcavam somente os direitos individuais (ou civis) quando do seu surgimento e, num segundo momento, os direitos políticos. Com o advento do Estado Social de Direito, no início do século XX, os direitos sociais e econômicos foram constitucionalizados. Entretanto, somente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, é que referidos direitos passaram a possuir caráter universal, constituindo-se em valores aplicáveis a todos, indistintamente.³

Dessa maneira, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, vários direitos, de naturezas diversas, foram sendo incorporados aos textos constitucionais, podendo-se falar, hoje, que o objeto da jurisdição constitucional – a composição dos conflitos de interesses de natureza constitucional – está mais

¹ Dalmo de Abreu Dallari nos mostra a existência de duas manifestações da soberania, em planos diversos: uma no âmbito externo (independência frente aos Estados Soberanos) e outra no plano interno, cujo conceito se faz necessário para o estudo e o entendimento da jurisdição. Nesse diapasão, a soberania, sob o enfoque interno, consiste no “poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, sobre a eficácia do direito” (Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 68 e 71-72). No mesmo sentido, Mário Lúcio Quintão Soares, para o qual “a soberania, além de externar a independência e exclusividade de poder coercitivo do ente estatal, pode ser compreendida como o poder jurisdicional, assente em texto constitucional, exercido sobre os habitantes de determinado território estatal”. Referido autor ainda assevera que o conceito de soberania hoje, no contexto da globalização, não corresponde mais ao conceito clássico e originário de soberania. (Cf. SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 147 e 162).

² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 108-109, 1º e 2º sem. 2000.

³ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 84.

Apontamentos sobre o papel do conselho constitucional na consolidação

amplo que outrora, vez que uma gama de direitos possui sustentação e base constitucionais.

Nesse sentido, referindo-se à jurisdição constitucional como produto e consolidação da hermenêutica constitucional, disserta Magalhães:

Em outras palavras, quando o Poder Judiciário soluciona um caso concreto aplicando uma lei infraconstitucional, ele deve fazê-lo sempre levando em conta os princípios e regras constitucionais, promovendo uma leitura constitucionalmente adequada da lei. Isso significa admitir que não apenas uma lei pode ser julgada inconstitucional, mas que uma lei constitucional pode ter uma aplicação inconstitucional, e mais ainda, que uma lei pode ter uma interpretação constitucional e uma interpretação inconstitucional.⁴

Dessa maneira, qualquer interpretação jurídica deve ser realizada à luz dos valores, princípios e regras consagrados na Constituição, de forma a dar plena efetividade aos direitos fundamentais.⁵ Esse é, portanto, o fim funcional da jurisdição constitucional: a “tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional”.⁶

Nesse diapasão, surge o conceito de controle de constitucionalidade das leis, o qual consiste em uma das facetas e um dos aspectos mais importantes da jurisdição ou justiça constitucional, não se confundindo e não se identificando, portanto, com ela.⁷

Com efeito, a jurisdição constitucional é mais ampla, abarcando não só o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis (ou contencioso de constitucionalidade), mas também, no âmbito interno, o contencioso penal ou quase penal (jurisdição constitucional penal), o contencioso eleitoral (jurisdição constitucional eleitoral), o contencioso de “conflitos constitucionais” entre órgãos federativos e entre órgãos constitucionais (jurisdição constitucional de conflitos) e, por fim, o contencioso de direitos fundamentais (jurisdição cons-

⁴ MAGALHÃES, 2000, p. 109.

⁵ Clémerson Mérlin Clève, dissertando sobre a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais, assevera que todos os poderes estão vinculados àqueles direitos, os quais não são concessões, não estão à disposição do Estado e não são aquilo que este diz, mas é sim o Estado que está à sua disposição para buscar sua plena efetivação. Em outras palavras, “os direitos fundamentais não são instrumento do Estado; este, sim, é instrumento dos direitos fundamentais” (Cf. CLÉVE, Clémerson Mérlin. *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 392).

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis no direito comparado*. 2. ed. reimpr. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999. p. 25.

⁷ CAPPELLETTI, 1999, p. 23-24.

Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira

titucional da liberdade), a par da jurisdição constitucional de caráter internacional e comunitário.⁸

Controlar a constitucionalidade das leis significa verificar a adequabilidade dos dispositivos contidos na legislação infraconstitucional com os valores, princípios, normas e regras presentes na Constituição. Nas palavras de Baracho, reportando-se à doutrina francesa, “o controle de constitucionalidade é a verificação, por uma autoridade competente, se o princípio da constitucionalidade foi respeitado, tendo como sanção a possibilidade de anular ou paralisar o ato inconstitucional”.⁹

Canotilho, asseverando que, a partir do *Estado* constitucional passou-se a falar em defesa ou garantia da Constituição, e não mais em defesa do Estado, arremata dizendo que:

a fiscalização da constitucionalidade tanto é uma *garantia de observância* da constituição, ao assegurar, de forma positiva, a dinamização de sua forma normativa, e, de forma negativa, ao reagir através de sanções contra a sua violação, como uma *garantia preventiva*, ao evitar a existência de actos normativos, formal e substancialmente violadores das normas e princípios constitucionais.¹⁰

10

O controle de constitucionalidade das leis pressupõe a ideia de supremacia da Constituição, concebida como a ordem jurídico-normativa suprema, à qual se devem conformar os demais dispositivos integrantes do ordenamento jurídico. Vê-se, portanto, que, junto ao princípio da supremacia da Constituição, tem-se a ideia de hierarquia de leis de Kelsen, em cujo topo, como lei fundamental e suprema, encontra-se a Constituição, como um documento histórico, no qual se encontram a organização e a estruturação do Estado e de seus órgãos, ou

⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 53-54. Essa é uma das classificações de jurisdição constitucional utilizada pelo autor, as quais serão desenvolvidas ao longo de seu trabalho, levando-se em consideração o âmbito da jurisdição e o rol de competências. José Joaquim Gomes Canotilho fala em seis “domínios típicos” da justiça constitucional, quais sejam: “litígios constitucionais”, isto é, litígios entre órgãos supremos do Estado ou outros entes; “litígios emergentes da separação vertical (territorial) de órgãos constitucionais”; “controle de constitucionalidade das leis” e, também, de outros atos normativos; “proteção autónoma de direitos fundamentais”; “controle da regularidade da formação dos órgãos constitucionais” (controle eleitoral) e de outras formas de expressão política; e, por fim, a “intervenção nos processos de averiguação e apuramento da responsabilidade constitucional” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. totalmente refundida e aumentada. Coimbra: Almedina, 2002. p. 889).

⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 157.

¹⁰ CANOTILHO, 2002, p. 881 e 883.

Apontamentos sobre o papel do conselho constitucional na consolidação

seja, um documento que contém as *normas fundamentais* do Estado¹¹ e cuja finalidade precípua é a consagração e, principalmente, a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, em prol da consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, a ideia de controle de constitucionalidade das leis está atrelada ao surgimento do constitucionalismo moderno e sua existência está associada “à ideia de Constituição, às fases e aos processos que vierem assegurar a supremacia da Lei Constitucional”,¹² bem como à garantia do equilíbrio entre os diversos centros de poder.¹³

O SISTEMA FRANCÊS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A ORIGINALIDADE E O PAPEL DO CONSELHO CONSTITUCIONAL

O controle de constitucionalidade das leis, sob a forma política, na França, surgiu, embrionariamente, com a criação do Comitê Constitucional pela Constituição de 27 de outubro de 1946,¹⁴ muito embora inexistisse propriamente um controle de constitucionalidade,¹⁵ mas sim – antes mesmo de se verificar a compatibilidade entre a lei e a Constituição – uma tentativa de acordo entre a Assembleia Nacional e o Conselho da República, o que podia gerar, inclusive, a revisão indireta da Constituição. Corroborando o que se disse, a intervenção do Poder Judiciário na atividade legiferante foi vedada.¹⁶

Após controvertidas discussões acerca da introdução do controle de constitucionalidade das leis na França, o Comitê Constitucional, figurando, de forma proposital, no Título XI da Constituição francesa de 1946 (Da Revisão da Constituição), exercia constitucionalmente a atribuição de “examinar se as lei votadas pela Assembleia Nacional pressupõem uma revisão da Constituição”.¹⁷ Era composto por membros natos ou de direito (Presidente da República, Presidente da Assembleia Nacional e Presidente do Conselho da República) e por dez membros eletivos, dos quais sete eram escolhidos pela Assembleia Nacional e três pelo Conselho da República, dentre membros não integrantes do Poder Legislativo, observando-se proporcionalmente a representatividade dos diversos grupos.¹⁸

11

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. revisada e atualizada nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 49.

¹² HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 121.

¹³ BARACHO, 1984, p. 164.

¹⁴ BARACHO, 1984, p. 288.

¹⁵ HORTA, 2003, p. 187.

¹⁶ BARACHO, 1984, p. 288-289.

¹⁷ HORTA, 2003, p. 186.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 138.

Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira

Assim, na França, a preeminência e a superioridade histórica da lei, como produto da vontade geral, instituíram, com a criação do Comitê Constitucional na Constituição de 1946, um controle de constitucionalidade das leis de modo reverso. Dessa forma, uma proposição legislativa votada pelo Parlamento, supostamente inconstitucional, por violação a algum preceito constitucional, não era objeto de declaração de nulidade, mas, pelo contrário, quando não se efetivava um acordo entre a Assembleia Nacional e o Conselho da República – o qual, juntamente com o Presidente da República, era o responsável pela convocação do Comitê Constitucional –, ou quando o Comitê Constitucional dispensava a realização de tal acordo, reconhecendo de imediato a validade da lei, realizava-se a revisão da Constituição, no intuito de compatibilizar seu conteúdo com o comando legislativo.

Por conseguinte, o Comitê Constitucional não exercia propriamente o controle de constitucionalidade das leis, na medida em que não declarava a nulidade do texto legislativo reputado como inconstitucional, mas, contrariamente, suspendia sua promulgação, a qual poderia, posteriormente, ser reativada, quando a revisão da Constituição produzisse a compatibilidade de seus dispositivos com o conteúdo da lei.

12

Contudo, efetivamente, o controle de constitucionalidade das leis na França surgiu, expressamente, na Constituição de 1958, com a criação do Conselho Constitucional, órgão de conotação política, ao qual foi atribuído, além de outras funções, o exercício da jurisdição constitucional, manifestando-se, principalmente, por meio do controle preventivo de constitucionalidade das leis.

Nesse diapasão, Favoreu registra que a justiça constitucional ao longo da história francesa, inclusive após a Revolução de 1789, era desconhecida, até o surgimento da Constituição de 1958, com a criação do Conselho Constitucional. O autor arremata dizendo que:

Este sistema, que es uno de los elementos más originales e importantes de su organización política y constitucional, también es uno de los más apreciados por la opinión pública, como lo reveló un sondeo efectuado con ocasión del vigesimoquinto aniversario de la adopción de la Constitución, en septiembre de 1983.¹⁹

Reportando-se às palavras de Baracho, “a criação do Conselho Constitucional, com o objetivo de velar pela Constituição, inicia fase de grande importância para a compreensão do sistema de controle na França”,²⁰ na medida em que se introduziu, originariamente, um sistema de controle de constituionali-

¹⁹ FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Tradução de Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994. p. 102.

²⁰ BARACHO, 1984, p. 289.

Apontamentos sobre o papel do conselho constitucional na consolidação

dade das leis até então desconhecido tanto na França quanto em outros Estados soberanos, confiando-se tal tarefa a um órgão de feição política, situado fora da estrutura do Poder Judiciário e organizado de maneira não similar aos Tribunais Constitucionais europeus.

O Conselho Constitucional, contrariamente à tendência europeia consolidada após a 2ª Guerra Mundial, não se baseou integralmente no modelo de Tribunal Constitucional, tal como fora preconizado por Kelsen, quando da criação do modelo austríaco. Todavia, algumas características e peculiaridades do modelo kelseniano de Tribunal Constitucional foram incorporadas pelo constituinte francês, especialmente no que concerne à sua composição. Assim, preferiu-se, nos dizeres de Horta, “consagrar o modelo intermediário do *Conselho Constitucional*, o qual se inspirou, na sua composição, em regra de organização introduzida pelos Tribunais Constitucionais”.²¹

Apesar de existirem similitudes entre o modelo francês e o dos Tribunais Constitucionais europeus, no que diz respeito à jurisdição constitucional do processo legislativo, observa-se que “existe un modelo francés de control de constitucionalidad bastante diferente de los demás sistemas, pero que cuenta también con sus propias virtudes y ocupa, desde luego, un lugar importante en nuestras instituciones”.²²

No início do século XX, os legisladores se dirigiram no sentido de implementar o controle de constitucionalidade das leis na França, não tendo, contudo, logrado êxito.²³ Efetivamente, embora seja reconhecida a existência de jurisdição constitucional quando da promulgação da Constituição francesa de 1946, com a instituição do Comitê Constitucional, a consagração jurídica e política do controle de constitucionalidade das leis na França é atribuída à Constituição francesa da 5ª República (1958), a qual criou o Conselho Constitucional.²⁴

A implementação do Conselho Constitucional como órgão limitador da superioridade parlamentar,²⁵ apesar das dificuldades encontradas em virtude de razões de variada natureza, restou legitimada principalmente a partir da ampliação de suas competências. Nesse diapasão, conclui MORAES:

Assim, se em seu nascedouro, na Constituição de 1958, o Conselho Constitucional foi concebido como um órgão controlador do Parlamento, durante sua evolução, passou a exercer mais efetivamente um con-

²¹ HORTA, 2003, p. 186.

²² FAVOREU, Louis. Informe general introductorio. In: FAVOREU, Louis (Coord.). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 16-17.

²³ HORTA, 2003, p. 182.

²⁴ MORAES, 2000, p. 138.

²⁵ BARACHO, 1984, p. 295.

Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira

trole preventivo geral da constitucionalidade das leis, e basicamente, a proteção dos direitos fundamentais.²⁶

O Conselho Constitucional francês, pois, reportando-se às lições de Baracho, é “considerado como criação original, dotado de múltiplas competências, é tido como um *régulateur* da atividade dos poderes públicos”.²⁷

Constituindo uma das originalidades da Constituição de 1958, apresenta-se com a peculiaridade de ser um órgão dotado de funções jurisdicionais, investido de poder de decisão, ao contrário de alguns órgãos até então existentes na França, de caráter eminentemente político e pouco eficazes. Nesse diapasão, Baracho arremata dizendo que:

Seu traço mais característico está no domínio da constitucionalidade, onde esta instituição surge como corolário do resguardo do ordenamento jurídico criado pela Constituição. Ocupa lugar de destaque na questão da hierarquia das normas e na repartição de competências entre o poder legislativo e o poder regulamentar. É de relevo o equilíbrio institucional que o Conselho consegue nesse sistema político. A preponderância do Conselho Constitucional aparece como uma crônica jurídica do regime.²⁸

14

Nesse contexto, a originalidade do Conselho Constitucional francês é salientada por Favoreu, ao realizar um estudo comparativo entre, de um lado, o modelo francês e, de outro, o dos Tribunais Constitucionais europeus, especificamente o alemão, o austríaco, o espanhol e o italiano. Segundo o autor, alguns aspectos são considerados na diferenciação entre ambos os modelos: em primeiro lugar, os quatro Tribunais Constitucionais europeus anteriormente referidos, ao modo do Tribunal Supremo dos Estados Unidos, exercem a atribuição de preservação do equilíbrio federal, ou quase federal, estabelecido nas respectivas Constituições, ao passo que tal competência não é atribuída ao Conselho Constitucional, ainda que este busque preservar a autonomia local, tendendo a constitucionalizar suas condições de exercício; em segundo lugar, os Tribunais alemão, austríaco e espanhol admitem a possibilidade dos particulares a ele recorrerem diretamente, no caso de violação a seus direitos fundamentais, ao contrário do sistema francês, que não prevê especificamente a possibilidade de queixa direta do cidadão dirigida ao Conselho Constitucional, ainda que outros órgãos (*e.g.*, Conselho de Estado e tribunais administrativos) assegurem um controle de constitucionalidade dos atos administrativos; em terceiro lugar, há um sistema de remissão prejudicial de qualquer questão relativamente à in(constitucionalidade)

²⁶ MORAES, 2000, p. 138.

²⁷ BARACHO, 1984, p. 294.

²⁸ BARACHO, 1984, p. 292.

Apontamentos sobre o papel do conselho constitucional na consolidação

de uma lei pelos tribunais ordinários ao Tribunal Constitucional, encontrado apenas nos quatro Tribunais anteriormente considerados, o que não ocorre em relação ao sistema francês, apesar de já ter sido proposta sua adoção, em diversas ocasiões; e, em quarto lugar, atribui-se ao Conselho Constitucional francês uma posição diferenciada em relação aos Tribunais Constitucionais, na medida em que o texto constitucional aplicado pelo primeiro é menos amplo e preciso do que o dos últimos, cujos textos, especialmente na Alemanha, na Itália e, sobretudo, na Áustria, são modificados com muito mais frequência do que o do primeiro.²⁹

A Constituição francesa, de 4 de outubro de 1958, prevê, em seus arts. 56 a 63, dispositivos sobre o Conselho Constitucional francês, um dos quais estipula que uma lei orgânica determinará as regras de sua organização, procedimento e funcionamento. A lei a que se refere o texto constitucional é a *ordonnance* n. 58-1067 (07.11.1958), modificada pela *ordonnance* n. 59.223 (04.02.1959), pela *loi organique* n. 74.1101 (26.12.1974) e pela *loi organique* n. 90.383 (10.05.1990).³⁰

Nesse diapasão, outra originalidade do Conselho Constitucional francês, também, é verificada em sua composição, bem como no modo de escolha de seus membros. De acordo com o art. 56 da Constituição de 1958, o Conselho Constitucional francês se compõe de nove membros, cujo mandato tem a duração de nove anos e não é renovável. Um terço de sua composição se renova a cada três anos. Três de seus membros são nomeados pelo Presidente da República,³¹ três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Além dos nove membros previstos acima, são membros, de direito e vitalícios do Conselho Constitucional, os ex-Presidentes da República. O Presidente do Conselho Constitucional, cujo voto é preponderante em caso de empate, é nomeado pelo Presidente da República,³² dentre um de seus membros, natos ou não.³³

²⁹ FAVOREU, 1984, p. 37-39.

³⁰ DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 42.

³¹ A par de tal atribuição, o Presidente da República, em relação ao governo, exerce as seguintes funções: a designação do Primeiro Ministro e, por proposta deste, a nomeação e a exoneração dos demais Ministros; o exercício da presidência do Conselho de Ministros; a edição de ordens e decretos. Ademais, ele é o Chefe do Exército, presidindo, ainda, os Comitês e Conselhos Superiores de Defesa. Por outro lado, exercendo a função de guardião da independência da autoridade judicial, preside o Conselho Superior da Magistratura, cujos membros são por ele designados. (Cf. AGESTA, Luis Sanchez. *Curso de derecho constitucional comparado*. 2. ed. Madrid: Nacional, 1965. p. 278-279).

³² Louis Favoreu registra que, apesar da possibilidade de o chefe de Estado proceder a escolha do Presidente do Conselho Constitucional dentre quaisquer dos membros natos ou nomeados, “según la práctica establecida, confía siempre la presidencia del Consejo a uno dos miembros nombrados por él, desde el comienzo mismo de su mandato”. (Cf. FAVOREU, 1994, p. 103-104)

³³ O texto original da Constituição francesa assim dispõe:

“Art. 56. Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois

Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira

Favoreu registra que, embora seja admitida a presença de membros natos, a histórica constitucional francesa demonstrou que, somente no período compreendido entre os anos de 1959 a 1962, houve a presença de ex-Presidentes da República em sua composição. Salienta o autor, ainda, que: “desde este último año hasta 1992, el Consejo constitucional ha estado compuesto por nueve jueces nombrados”.³⁴

Registra o autor, ainda, que a renovação do mandato dos juízes integrantes do Conselho Constitucional, os quais são designados por autoridades diversificadas, assegura “cierta continuidad y también diversidad de origen”, apesar de que, como ocorre em todas as jurisdições constitucionais, “los miembros tienen sensibilidades políticas próximas a las de las autoridades que los nombran”.³⁵

Muito embora, em alguns Tribunais Constitucionais europeus, seja fixada uma idade máxima acima da qual os juízes constitucionais devem abandonar suas funções (e.g., sessenta e oito anos na Alemanha e setenta anos na Áustria), na França não é exigida tal condição, “en donde hoy día la edad media de los miembros del Consejo Constitucional es mucho más elevada que la de los miembros de otros tribunales”. Ainda segundo Favoreu, a inexistência de preocupação em relação à permanência no cargo pode “constituir igualmente ventajas nada despreciables, beneficiosas para la institución”.³⁶ Contudo, não se exige idade mínima para o exercício da função de membro do Conselho Constitucional.

16

Além disso, para ser nomeado membro do Conselho Constitucional francês, não se exige nenhuma condição ou capacidade jurídica, ao contrário dos Tribunais Constitucionais alemão, austríaco, espanhol e italiano, que exigem de seus membros a condição de “jurista acreditado, habiendo desempeñado o desempeñando funciones de magistrado, abogado ou profesor de derecho”. A não exigência de nenhuma capacidade jurídica para a composição do Conselho Constitucional diminui o número de professores de direito entre seus membros, característica marcante nos Tribunais Constitucionais europeus.³⁷

Não obstante, Favoreu assevera que:

Pese a la ausencia de condiciones de capacidad jurídica exigidas para ser nombrado miembro del Consejo constitucional, la mayoría de las 48

membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée, trois par le président du Sénat.

En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à la vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République.

Le président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage”.

³⁴ FAVOREU, 1994, p. 102.

³⁵ FAVOREU, 1994, p. 103.

³⁶ FAVOREU, 1984, p. 24-25.

³⁷ FAVOREU, 1984, p. 26.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 7-30, jul./dez. 2012

Apontamentos sobre o papel do conselho constitucional na consolidação

personalidades designadas desde 1959 son juristas de formación o de profesión (el 80% cumple las condiciones para el nombramiento de juez judicial o administrativo).³⁸

A função de juiz constitucional do Conselho Constitucional é incompatível com alguns cargos ou funções públicas. De acordo com a Constituição francesa de 1958, existe incompatibilidade entre aquela função e a de ministro ou membro do Parlamento. As demais incompatibilidades, por remissão constitucional, estão previstas na Lei Orgânica do Conselho Constitucional, a qual veda a acumulação do cargo de juiz constitucional com funções no Governo ou no Parlamento, no Conselho Econômico e Social, ou, ainda, com qualquer cargo de responsabilidade ou direção de partido ou grupo político. Apesar de inexistir previsão expressa seja na Constituição, seja na Lei Orgânica, a interpretação é no sentido de se vedar o exercício simultâneo das funções de membro do Conselho Constitucional e de Presidente da República. As funções que não se enquadram no rol das incompatibilidades podem ser exercidas concomitantemente com a de juiz constitucional, demonstrando, assim, a não obrigatoriedade de dedicação exclusiva ao cargo de juiz do Conselho Constitucional.³⁹

A originalidade do modelo francês se expressa, também, com a atribuição, ao Conselho Constitucional, de competências relacionadas à jurisdição constitucional, manifestada principalmente pelo controle preventivo de constitucionalidade das leis. Efetivamente, registra Favoreu, “el control abstracto de normas de carácter previo, y la posibilidad de promover la intervención del órgano de justicia constitucional por parte de los parlamentarios, constituyen las dos peculiaridades del modelo francés”.⁴⁰

Dissertando sobre o controle de constitucionalidade das leis, Cappelletti ressalta que:

Não se pode, porém, omitir uma alusão ao fato de que, em certos Países, em lugar de um controle jurisdicional – ou, talvez, ao lado dele – existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar *políticos*, mas não, *judiciários*. Usualmente nestes sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é *preventivo*, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais.⁴¹

³⁸ FAVOREU, 1994, p. 103.

³⁹ MORAES, 2000, p. 143.

⁴⁰ FAVOREU, 1984, p. 39.

⁴¹ CAPPELLETTI, 1999, p. 26.

Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira

A previsão do controle de constitucionalidade das leis, durante o processo legislativo, coaduna-se com as ideias e finalidades primordiais do Conselho Constitucional, isto é, a garantia do respeito às normas constitucionais e à efetividade dos direitos fundamentais.

A Constituição francesa de 1958, bem como a Lei constitucional n. 74.904, de 29 de outubro de 1974, dispõem sobre o funcionamento do controle preventivo de constitucionalidade das leis.⁴²

A primeira manifestação do controle preventivo de constitucionalidade das leis encontra-se no art. 41, da Constituição francesa, segundo o qual, no curso do processo legislativo, poderá o Governo, percebendo que uma proposição legislativa ou uma emenda constitucional não constitui matéria de lei ou é contrária à delegação legislativa ao Poder Executivo, prevista no art. 38 da Constituição, opor-se à sua tramitação, cuja continuidade dependerá do pronunciamento do Conselho Constitucional, o qual, se verificado conflito entre o Governo e o Presidente da Câmara Legislativa respectiva (Assembleia Nacional ou Senado), manifestar-se-á, em oito dias, a pedido de quaisquer das partes.⁴³ Constitui, portanto, uma forma de controle, efetivada no curso do processo de elaboração legislativa, cujas proposições de lei ou de emenda à Constituição podem ser objeto de fiscalização de constitucionalidade, a ser arguida tanto pelo Governo quanto pelo Presidente de quaisquer das Casas Legislativas, em se verificando dissenso entre ambas as autoridades sobre a interpretação das proposições.

18

O controle prévio de constitucionalidade das leis é exercido, também, de acordo com o art. 61, da Constituição francesa,⁴⁴ em relação às leis orgânicas e aos regulamentos das Assembleias Parlamentares, cujas proposições, respectivamente, antes de sua promulgação e antes de sua entrada em vigor, devem ser submetidas, obrigatoriamente, ao Conselho Constitucional, o qual se pronuncia sobre sua conformidade com a Constituição.

Além disso, em conformidade com o art. 46, da Constituição francesa, de maneira semelhante à finalidade da hipótese prevista no art. 61, qualquer lei, antes de sua promulgação, poderá ser submetida ao Conselho Constitucional, a requerimento do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado, de sessenta deputados ou de sessenta senadores, para fins de verificação de sua conformidade com a Constituição. Favoreu registra que, com a reforma de 1974, a atribuição do direito de impugnação às minorias parlamentares (deputados e senadores) foi decisiva, na

⁴² DANTAS, 1996, p. 42-43.

⁴³ MORAES, 2000, p. 144.

⁴⁴ Art. 61: "Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution".

Apontamentos sobre o papel do conselho constitucional na consolidação

medida em que o número de requerimentos aumentou consideravelmente: “mientras que se emitieron nueve fallos de 1959 a 1974, de 1974 a 1992 se cuentan 179”.⁴⁵

Em ambas as hipóteses previstas nos arts. 41 e 61, da Constituição francesa, o Conselho Constitucional se pronuncia no prazo de um mês. Todavia, sob demanda do Governo, se há urgência, esse prazo se reduz para oito dias. Durante o prazo de deliberação do Conselho Constitucional, a promulgação da proposição legislativa fica suspensa.

Por fim, nos termos do art. 54, da Constituição francesa, os tratados internacionais e os compromissos internacionais, antes de sua ratificação ou aprovação, poderão ser declarados inconstitucionais pelo Conselho Constitucional, também a requerimento do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado, de sessenta deputados ou de sessenta senadores. Dessa maneira, considerados como integrantes do ordenamento jurídico infraconstitucional, os tratados podem ser objetos de verificação preventiva de constitucionalidade.

Desse modo, na França, o controle preventivo e abstrato de constitucionalidade de proposições legislativas ou projetos de leis manifesta-se de forma obrigatória e sistemática no que diz respeito às leis orgânicas e aos regulamentos das Câmaras Legislativas e, facultativamente, no que tange à qualquer lei, bem como aos tratados e compromissos internacionais, a requerimento do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional, do Senado, de sessenta deputados ou sessenta senadores. No caso de se verificar conflito entre o Governo e quaisquer das Casas Legislativas sobre a interpretação da constitucionalidade de uma proposição legislativa ou uma emenda constitucional, no que diz respeito ao fato de constituir ou não matéria reservada à lei ou contrária à delegação legislativa, poderão quaisquer das partes requerer o pronunciamento do Conselho Constitucional.

Efetivamente, uma das principais atribuições do Conselho Constitucional francês é o controle preventivo de constitucionalidade das leis. Nesse sentido, salienta Favoreu que “la intervención del Consejo Constitucional a instancias de los parlamentarios constituye actualmente el instrumento principal, sin olvidar el control obligatorio de las leyes orgánicas e incluso, en cierta medida, el control de los reglamentos de las Cámaras”.⁴⁶

Não obstante, no que concerne à jurisdição constitucional, a par do controle preventivo de constitucionalidade das leis, o Conselho Constitucional possui outras atribuições e competências, dentre as quais se destaca o controle repres-

⁴⁵ FAVOREU, 1994, p. 107.

⁴⁶ FAVOREU, 1984, p. 42.

sivo de constitucionalidade das leis – concentrado ou difuso. Segundo o disposto no art. 37.2, da Constituição francesa, os decretos regulamentares – cujo campo de regulamentação é constituído por todas as matérias distintas das pertencentes ao domínio da lei –, que tenham entrado em vigor após a Constituição, dependem, para que possam ser modificados, de declaração do Conselho Constitucional, reconhecendo sua natureza regulamentar, verificando-se, assim, que se trata de um controle relativamente à “garantía del buen funcionamiento de los poderes públicos y de la distribución de poderes entre ellos”.⁴⁷

Dessa maneira, no que diz respeito às suas competências, Moraes afirma que o Conselho Constitucional exerce dupla função: a “primeira é eminentemente política, quando realiza o controle preventivo de constitucionalidade, durante o processo legislativo; enquanto a segunda é a função jurídica – *judicial review* –, ao exercer o controle repressivo de constitucionalidade”.⁴⁸

Contemporaneamente, após diversas decisões tomadas, principalmente a partir da década de 1970, o Conselho Constitucional concedeu nova interpretação no que concerne às suas competências, de forma a “conhecer de impugnações contra leis aprovadas e ainda não promulgadas atentatórias aos direitos e garantias fundamentais”, ampliando, assim, o seu rol de competências, nos moldes das Cortes Constitucionais europeias, à tutela dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, muito embora realizada de forma preventiva.⁴⁹ Efetivamente, a proteção dos direitos fundamentais na França, hoje, consiste, também, em uma das principais competências do Conselho Constitucional francês, de forma a compatibilizá-lo com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Dissertando sobre os objetivos para os quais o Conselho Constitucional francês foi criado, Moraes salienta que:

A ideia atual e básica que rege atuação do Conselho Constitucional é a de garantir o respeito às normas constitucionais e a efetividade dos direitos fundamentais por elas proclamados, diferentemente, conforme aponta a doutrina francesa, dos objetivos dos constituintes de 1958, ao criarem o Conselho Constitucional, que não foi o de estabelecer, assim como o modelo austríaco de Kelsen, um controle geral da constitucionalidade dos atos dos diversos poderes públicos, mas o de estabelecer maior controle sobre os atos do Parlamento, reforçando o espírito geral que marcou essa Constituição, qual seja, o fortalecimento do Executivo em detrimento do Legislativo. Portanto, em um primeiro momento, a criação do Conselho Constitucional acabou por servir para restringir as atribuições parlamentares, condicionando-as ao texto constitucional.⁵⁰

⁴⁷ FAVOREU, 1984, p. 22.

⁴⁸ MORAES, 2000, p. 147.

⁴⁹ MORAES, 2000, p. 147.

⁵⁰ MORAES, 2000, p. 144.

Apontamentos sobre o papel do conselho constitucional na consolidação

Além das competências atribuídas ao Conselho Constitucional, relativas à jurisdição constitucional – mormente no que tange ao controle de constitucionalidade das leis do processo legislativo, cuja fiscalização manifesta-se em relação a certas proposições legislativas e regulamentos, os quais são remetidos àquele órgão, obrigatoriamente ou não, por autoridades especificadas na Constituição –, Baracho enumera outras: a verificação da regularidade do processo de eleição do Presidente da República, de deputados e de senadores; a observância da regularidade das operações de *referendum*; a compatibilidade entre o mandato parlamentar e outras atividades; e, por fim, o *impeachment* do Presidente da República.⁵¹

No que diz respeito às normas objetos do controle de constitucionalidade das leis, Favoreu salienta que, na França, a princípio, consistiam tão somente naquelas previstas na Constituição, a qual contém, sobretudo, dispositivos relacionados à organização e ao funcionamento dos poderes públicos, em detrimento de um número escasso daqueles relativos aos direitos e liberdades fundamentais. Entretanto, entre os anos de 1970 e 1973, “*el Consejo constitucional ha operado una verdadera revolución al emitir cuatro fallos*”, reconhecendo força jurídica à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao preâmbulo da Constituição de 1946 e aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República,⁵² ampliando-se, assim, o bloco de constitucionalidade.

O estudo da organização, da estrutura e do funcionamento do Conselho Constitucional – órgão peculiar e original em relação aos Tribunais Constitucionais europeus – remete-nos à reflexão sobre dois pontos, extremamente importantes: o primeiro diz respeito aos efeitos de suas decisões; e o segundo está relacionado à natureza jurídica de sua função.

No que diz respeito às decisões proferidas pelo Conselho Constitucional, o art. 62 da Constituição francesa prevê, inicialmente, que uma disposição legislativa, declarada inconstitucional, não pode ser promulgada nem entrar em vigor. Ademais, prevê o citado artigo que suas decisões não são suscetíveis a qualquer recurso, impondo-se ao poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais. Dessa maneira, a Constituição francesa atribuiu efeitos vinculantes às decisões do Conselho Constitucional, as quais possuem, portanto, validade *erga omnes*.

Moraes registra que a doutrina francesa aponta grave problema no que diz respeito aos efeitos da decisão do Conselho Constitucional, no sentido de que, não obstante a previsão constitucional, “os efeitos vinculantes somente são aplicados em relação ao dispositivo da decisão e não em relação a sua motivação”.

⁵¹ BARACHO, 1984, p. 293-294.

⁵² FAVOREU, 1994, p. 107-109.

Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira

Segundo o autor, tal fato poderia ocasionar o não cumprimento das decisões do Conselho Constitucional, na medida em que, quando se julga improcedente uma impugnação – a qual contestara a constitucionalidade de uma proposição legislativa, permitindo sua transformação em lei, de acordo com sua interpretação –, nada impede que o juiz civil, penal ou administrativo atribua à espécie legislativa outro entendimento do que fora fixado por aquele órgão na motivação de sua decisão, uma vez que não existe a possibilidade de sua interpelação novamente para se manifestar, em casos concretos, sobre a proposição legislativa impugnada.⁵³

Dessa maneira, embora a Constituição francesa atribua efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões proferidas pelo Conselho Constitucional, existe a possibilidade de que sua motivação ou fundamentação seja objeto de nova interpretação, diferentemente da que fora concedida por aquele órgão no curso do processo legislativo, podendo acontecer, inclusive, uma situação em que uma espécie legislativa, cuja proposição tenha sido declarada constitucional no processo de sua elaboração, seja considerada inconstitucional por outros órgãos jurisdicionais.

Diante da previsão constitucional expressa no sentido de que as decisões do Conselho Constitucional impõem-se aos poderes públicos e às autoridades administrativas e jurisdicionais, bem como da consideração de que somente é vinculante o dispositivo de suas decisões, a doutrina é oscilante no que diz respeito à natureza da função exercida por aquele órgão.

22

Favoreu considera ser o Conselho Constitucional composto por juízes constitucionais, os quais se diferenciam dos juízes ordinários por dois aspectos: em primeiro lugar, apenas o juiz constitucional tem um estatuto constitucional (Constituição), o qual estabelece sua existência, estrutura e missões, bem como o protege dos poderes públicos por ele mesmo controlados; em segundo lugar, o juiz constitucional diferencia-se do juiz ordinário na medida em que, “al controlar a los poderes públicos, pese a que su actividad y métodos sean de naturaleza jurídica, el alcance de sus decisiones tiene con frecuencia un carácter inevitablemente político”. Assim, continua o autor, “el juez constitucional desempeña necesariamente un papel o una función política”.⁵⁴

Salienta o autor, ainda, que a discussão na França sobre a questão de se saber se outra composição ou outro modo de designação dos membros do Conselho Constitucional teria o efeito de diminuir a ‘politização’ da Alta Instância não tem sentido, “ya que toda jurisdicción constitucional, incluso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, tiene un carácter político, pues si no trataría de una verdadera jurisdicción constitucional”.⁵⁵

⁵³ MORAES, 2000, p. 150-151.

⁵⁴ FAVOREU, 1984, p. 21-22.

⁵⁵ FAVOREU, 1984, p. 22.

Apontamentos sobre o papel do conselho constitucional na consolidação

Nessa perspectiva, Coelho busca demonstrar a dimensão política da jurisdição constitucional. Inicialmente, o autor salienta que, apesar da dualidade de críticas diametralmente opostas em relação à jurisdição constitucional, não é possível que se viva sem ela enquanto não se descubra “alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem, ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça”. Segundo o autor, reportando-se às lições de Cappelletti, os Tribunais Constitucionais situam-se fora do sistema tradicional de repartição dos poderes estatais, exercendo uma função autônoma de controle constitucional, a qual, apesar de não se identificar com nenhuma das funções exercidas pelos poderes estatais, exerce influência e incide sobre eles, na medida em que os obriga a observância das normas constitucionais.⁵⁶

A partir de tal perspectiva, o autor considera que a jurisdição constitucional consubstancia prerrogativa essencialmente política, na medida em que:

essas novas leituras da constituição, a que chamamos de *mutações constitucionais*, implicam também novas tomadas de decisão, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sobre os espaços que, a critério dos juizes, e não dos eventuais contendores, as cortes constitucionais venham a considerar próprios de cada poder do Estado.⁵⁷

Nesse sentido, vislumbra-se, também, como manifestação política da jurisdição constitucional, o fato de as Cortes Constitucionais utilizarem, como parâmetro, as normas constitucionais – especialmente os princípios constitucionais, que se apresentam como preceitos jurídicos abertos, indeterminados e plurissignificativos –, cuja interpretação se consubstancia de forma extremamente livre e ampla, surgindo, assim, as críticas no sentido de considerar que essas Cortes, na verdade, “acabaram se transformando em *terceira câmara* dos parlamentos, em verdadeiras *constituintes de plantão*”.⁵⁸

Especificamente no âmbito do Direito brasileiro, a jurisdição constitucional apresenta-se com conotação política, na medida em que se atribuiu, ao Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (art. 27, da Lei n. 9.868/99), bem como na arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 11, da Lei n. 9.882/99), de tal modo que, por maioria de dois terços de seus membros, em vista de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em

⁵⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, jul./set. 2001. p. 39-40.

⁵⁷ COELHO, 2001, p. 40.

⁵⁸ COELHO, 2001, p. 40-41.

Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira

julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Dessa forma, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade que, a princípio, são *ex tunc* e *erga omnes*, podem ser transformados em *ex nunc* e *inter partes*, por decisão política do Tribunal Excelso.

Ademais, Coelho salienta que os fatores reais e efetivos do poder – verdadeira essência da Constituição na perspectiva de Lassalle – deslocaram “grande parte das *questões políticas* para a arena da jurisdição constitucional”,⁵⁹ demonstrando assim, mais uma vez, a dimensão política da jurisdição constitucional.

A organização e composição dos Tribunais Constitucionais demonstram, também, possuir a jurisdição constitucional conotação política, na medida em que se utilizam critérios políticos para a indicação de seus membros, os quais constituem representantes de diversos órgãos de natureza política.

Além disso, ainda na perspectiva de Coelho, a jurisdição constitucional manifesta-se de forma política, uma vez que foi concebida como “instância de avaliação jurídica e também política da atividade legislativa”. Assim, nesse contexto, registra o autor que “os dissídios de interpretação constitucional assumem inevitável conotação política”.⁶⁰

Nessa perspectiva, referindo-se especificamente à função desempenhada pelo Conselho Constitucional francês, Cappelletti ensina que:

24

É suficientemente clara – e, de resto, mais ou menos reconhecida por numerosos estudiosos franceses – a natureza não propriamente jurisdicional da função exercida pelo *Conseil Constitutionnel*: e isto não apenas, como escreve um autor, pela natureza antes política que judiciária do órgão, natureza que se revela quer na escolha e no *status* dos membros que dele fazem parte, quer, sobretudo, nas diversas competências do próprio órgão e nas modalidades de seu operar; mas também e especialmente pelo caráter *necessário*, pelo menos no que diz respeito às leis orgânicas, do controle que se desenvolve, portanto, sem um verdadeiro recurso ou impugnação de parte (*ubi nos est actio, ibi non est jurisdictio!*), bem como pelo caráter *preventivo* da função de ‘controle’ por aquele órgão exercida.⁶¹

Dessa maneira, a natureza política atribuída ao Conselho Constitucional baseia-se, segundo o autor, não apenas no modo de escolha e no *status* de seus membros, mas, e principalmente, na manifestação de suas competências, especialmente as relativas ao controle preventivo – obrigatório – de constitucionalidade das leis, como ocorre, *e.g.*, em relação às leis orgânicas.

⁵⁹ COELHO, 2001, p. 43.

⁶⁰ COELHO, 2001, p. 44.

⁶¹ CAPPELLETTI, 1999, p. 29.

Apontamentos sobre o papel do conselho constitucional na consolidação

Não obstante, Cappelletti não nega, absolutamente, que a atividade do Conselho Constitucional possua feição jurídica – e não meramente política –, na medida em que “o ‘parecer vinculatório’ do *Conseil Constitutionnel* é, certamente, um parecer jurídico (de constitucionalidade), e não uma mera avaliação de oportunidade jurídica, sem com isto assumir, porém, o caráter de um verdadeiro julgamento em sentido jurisdicional”. Conclui o autor que, na verdade, a questão não deve se ater ao aspecto terminológico, mas sim aos verdadeiros resultados da atividade desempenhada pelo Conselho Constitucional no que tange ao controle de constitucionalidade das leis.⁶²

Embora reconheça que a doutrina não é unânime no que diz respeito à natureza meramente política ou não do Conselho Constitucional, Dantas parece inclinar-se, inicialmente, em conformidade com a doutrina francesa majoritária, no sentido de atribuir àquele órgão função eminentemente política. Todavia, ao dizer sobre a impossibilidade da disposição declarada inconstitucional ser promulgada ou aplicada, bem como sobre a irrecorribilidade das decisões proferidas pelo Conselho Constitucional, o autor registra entendimentos em sentido contrário, no sentido de considerar de natureza jurisdicional a função exercida por tal órgão,⁶³ uma vez que suas decisões não podem ser objeto de re-exame por nenhum outro órgão estatal.⁶⁴

Diante do caráter definitivo e inapelável das decisões proferidas pelo Conselho Constitucional, Baracho considera ser a natureza de sua função eminentemente jurisdicional, desde que ainda “lhe possam ser aplicados os fundamentos do Processo e, notadamente, quando as partes podem comparecer, protegidas pelos princípios da igualdade e da instrução contraditória”. Segundo o autor, o Conselho Constitucional difere-se dos demais sistemas de jurisdição constitucional, inclusive do modelo dos Tribunais Constitucionais europeus, por possuir algumas peculiaridades, configurando-se, não obstante, como um órgão político, existindo aqueles “que lhe dão caráter *sui generis*, desde que participa do político e do jurídico”. A atipicidade do sistema francês é demonstrada pelo autor, na medida em que o Conselho Constitucional é reconhecido como uma jurisdição política suprema, ou seja, como um órgão político que exerce função jurisdicional.⁶⁵

25

⁶² CAPPELLETTI, 1999, p. 29-30 (nota de pé de página de n. 17)

⁶³ Nesse sentido, embora também reconheça a existência de divergências na doutrina, Oswaldo Luís Palu atribuiu ao controle de constitucionalidade das leis, na França, a natureza de função jurisdicional. (Cf. PALU, Oswaldo Luis. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 88).

⁶⁴ DANTAS, 1996, p. 39-43. Nesse sentido, ainda que também reconheça a existência de divergências na doutrina, o autor atribuiu ao controle de constitucionalidade das leis a natureza de função jurisdicional.

⁶⁵ BARACHO, 1984, p. 296-299.

Em síntese, não obstante existirem posições doutrinárias diametralmente opostas em relação à natureza da função exercida pelo Conselho Constitucional francês, no que concerne à jurisdição constitucional, especificamente no exercício do controle de constitucionalidade das leis, ambos os aspectos – jurisdicional e político⁶⁶ – são inerentes àquele órgão. Por um lado, considera-se sua função como de natureza jurisdicional, na medida em que suas decisões são vinculantes aos poderes públicos e às autoridades administrativas e jurisdicionais. Por outro, sem excluir sua conotação jurisdicional, o aspecto político, também, é inerente à sua função, em virtude de diversas questões: de sua organização e composição, principalmente devido ao modo de escolha e *status* de seus membros; dos efeitos de suas decisões (vinculantes e *erga omnes*); da natureza eminentemente política de suas funções, no exercício do controle de constitucionalidade das leis, especialmente o preventivo, por se tratar de uma instância, que, funcionando como intérprete constitucional, reexamina, jurídica e politicamente, as opções políticas do legislador.

26

A consagração e evolução do modelo francês de jurisdição constitucional, exercido principal e eminentemente pelo Conselho Constitucional, é asseverada por sua jurisprudência – cujas decisões foram proferidas entre 1958 e 1992 –, a qual, de acordo com Favoreu, divide-se nas seguintes categorias: a) enriquecimento dos elementos fundamentais do direito francês, que se manifestam pela modificação profunda da teoria das fontes, no sentido de atribuir à fonte constitucional uma importância que não possuía, antes de 1958, na paisagem normativa, pela afirmação progressiva do princípio da constitucionalidade, vinculando todas as autoridades, inclusive o legislador, à regra de direito, especificamente à Constituição, bem como pela determinação da existência de hierarquia entre as normas; b) progresso na aplicação das disposições constitucionais, bem como na ampliação das dimensões constitucionais, até então, pouco evidentes em determinado setor, no que concerne às instituições políticas, administrativas e jurisdicionais; c) evolução espetacular em matéria de proteção das liberdades e dos direitos fundamentais, na medida em que se consagraram a aplicação do princípio da igualdade, a ampliação da lista de liberdades clássicas constitucionalmente protegidas, bem como a possibilidade de limitação da aplicabilidade dos direitos fundamentais, quando se configuram de forma contraditória, em prol de sua conciliação.⁶⁷

Favoreu registra alguns pontos positivos, relativamente ao sistema francês de constitucionalidade das leis, dizendo que a maioria das proposições sobre

⁶⁶ Referindo-se especificamente à Corte Constitucional italiana, implantada a partir de 1947, Paolo Biscaretti di Ruffia atribuiu a tal órgão constitucional a natureza político-jurídica. (Cf. DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 447).

⁶⁷ FAVOREU, 1994, p. 107 e 110-111.

Apontamentos sobre o papel do conselho constitucional na consolidação

direitos e liberdades fundamentais, editadas a partir de 1974, tem sido remetida ao Conselho Constitucional – algumas até de forma obrigatória, *e.g.*, leis orgânicas –, cuja decisão sobre a constitucionalidade ou não da lei será decidida no prazo máximo de um mês, impedindo-se, por conseguinte, a aplicação da disposição inconstitucional. Desse modo, segundo o autor, “no habrá necesidad de ‘intervenir’ en el orden jurídico, lo que facilita mucho las cosas y da gran fuerza a las decisiones de anulación”.⁶⁸

Ademais, ainda na perspectiva do autor, a não previsão de idade máxima como limite para o exercício da função de membro do Conselho Constitucional, como ocorre em relação aos principais Tribunais Constitucionais europeus, pode ser considerada como ponto favorável à instituição, na medida em que tal órgão é composto por membros cuja autoridade é demonstrada pelos cargos por eles anteriormente ocupados (ex-Presidente da Assembleia ou do Senado, ex-Ministros etc.), aliado ao fato de que inexistente preocupação pela permanência no cargo.⁶⁹

Contudo, Favoreu salienta, também, alguns pontos negativos, considerando o sistema francês inferior aos modelos de Tribunais Constitucionais, mormente os europeus, em relação aos seguintes aspectos: a atribuição de legitimidade de iniciativa tão somente a autoridades políticas, e não aos cidadãos; o prazo curso de reclamação e a impossibilidade de se apreciar a inconstitucionalidade de uma lei após sua aplicação⁷⁰.

Esse mesmo autor registra, ainda, outras limitações e resistências ao modelo francês, apesar da revolução jurídica que se efetivara em virtude de inúmeras decisões proferidas pelo Conselho Constitucional francês. A primeira limitação deriva das características originárias de seu sistema de controle de constitucionalidade, na medida em que, de um lado, em virtude de seu caráter preventivo, favorece a apreciação imediata e efetiva das normas constitucionais pelo legislador, e, de outro, em razão da impossibilidade do juiz constitucional não poder exercer controle sobre a aplicação de suas decisões pelo juiz ordinário, pode não garantir plenamente a efetividade da aplicação das normas constitucionais. A segunda limitação se manifesta pela prevalência que os juízes ordinário, administrativo e judicial conferem à lei em detrimento da Constituição, no julgamento de uma situação concreta, ainda que a aplicação de tal lei seja inconstitucional, em virtude do princípio segundo o qual é vedada a eles a apreciação, por si próprios, da (in)constitucionalidade das leis, impossibilitando, também, a remessa ao juiz constitucional da questão referente à (in)constitucionalidade.⁷¹

⁶⁸ FAVOREU, 1984, p. 51.

⁶⁹ FAVOREU, 1984, p. 24-25.

⁷⁰ FAVOREU, 1984, p. 51.

⁷¹ FAVOREU, 1994, p. 107-110-112.

Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira

Nessa perspectiva, Cappelletti considera o sistema francês de controle de constitucionalidade das leis muito limitado e, ainda, rudimentar, à luz dos demais sistemas do Direito Comparado, não tanto pela limitação das garantias “judiciárias” (independência e imparcialidade) do órgão responsável pelo exercício de tal função, nem também pelos gravíssimos limites subjetivos (apenas quatro órgãos são legitimados a recorrer ao Conselho Constitucional),⁷² objetivos (impossibilidade de controle pelo Conselho Constitucional dos decretos com força de lei, editados em número excessivo pelo Executivo durante a V República) e temporais (em virtude do controle não se operar após a promulgação da lei). Na verdade, segundo o autor, “trata-se, como é óbvio, de um sistema que transcura, além de tudo, o caráter necessariamente dinâmico e evolutivo tanto da lei ordinária quanto da própria norma constitucional, a impossibilidade, pois, de prever desde o início – antes da promulgação – cada significado possível da lei e da norma e cada aspecto, portanto, de uma possível inconstitucionalidade”.⁷³

Efetivamente, consoante salienta Favoreu, “la experiencia francesa no es tan avanzada como la experiencia austriaca, alemana o italiana”, cujos Tribunais Constitucionais iniciaram suas atividades alguns anos antes do Conselho Constitucional francês.⁷⁴

REFERÊNCIAS

28

- AGESTA, Luis Sanchez. *Curso de derecho constitucional comparado*. 2. ed. Madrid: Nacional, 1965.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. totalmente refundida e aumentada. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis no direito comparado*. 2. ed. reimpr. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.
- CLÉVE, Clémerson Mérlin. Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, jul./set. 2001.

⁷² Após a reforma de 1974 (Lei constitucional n. 74.904), além do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional e do Presidente do Senado, deputados ou senadores, em número de sessenta, adquiriram legitimidade para suscitar a apreciação do Conselho Constitucional.

⁷³ CAPPELLETTI, 1999, p. 30 (nota de pé de página de n. 17).

⁷⁴ FAVOREU, 1984, p. 16.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 7-30, jul./dez. 2012

Apontamentos sobre o papel do conselho constitucional na consolidação

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

FAVOREU, Louis. Informe general introductorio. In: FAVOREU, Louis (Coord.). *Tribunales constitucionales europeas y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (Colección Estudios Constitucionales).

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Tradução de Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 108-109, 1º e 2º sem. 2000.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

PALU, Oswaldo Luis. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. revisada e atualizada nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares. *Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Data de recebimento: 17/04/2012

Data de aprovação: 09/11/2012

**A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM TEMPOS
DE CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO:
UMA CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL***

**THE ROLE OF THE JUDICIARY IN TIMES OF
CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM:
A CRITIQUE OF JUDICIAL ACTIVISM**

*Clarissa Tassinari***

RESUMO

A atuação do Poder Judiciário tem sido foco de discussão em diversos países devido à sua expansão. No caso do Brasil, é possível afirmar que a forma de compreender o constitucionalismo oriundo do pós-Segunda Guerra Mundial foi determinante para a concepção de uma maior ou menor intervenção do Judiciário. Nesse sentido, o artigo pretende fazer uma relação entre o movimento que ficou conhecido como “neoconstitucionalismo” e o desenvolvimento de uma postura ativista do Judiciário brasileiro, demonstrando que a inexistência de uma diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política conduz a um imaginário caracterizado pela defesa de uma atividade judicial ilimitada, o que é perigoso para a democracia. Assim, o objetivo do texto é fazer uma crítica ao ativismo judicial (em grande parte impulsionado pela incorporação dos posicionamentos “neoconstitucionalistas”), sob a perspectiva da necessidade de se realizar um controle hermenêutico das decisões judiciais (Crítica Hermenêutica do Direito, elaborada por Lenio Streck).

Palavras-chave: Poder Judiciário. Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial. Judicialização da política. Crítica Hermenêutica do Direito.

ABSTRACT

The judicial power has been focus of discussion in several countries due to its expansion. In the case of Brazil, it's possible to say that the under-

* Dedico este texto aos membros do grupo *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (Unisinos – Rio Grande do Sul), amigos queridos, cuja parceria, sob a orientação do Professor Lenio Luiz Streck, sempre incentivou minhas pesquisas e possibilitou o desenvolvimento deste e de tantos outros trabalhos. Rua João Pereira, 1105, Centro – São Sebastião do Caí, RS

** Doutoranda em Direito Público pela Unisinos-RS. Bolsista CNPq-Brasil. Advogada (OAB/RS). Bacharel e Mestre em Direito pela Unisinos. Membro do Grupo “*Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos” (Unisinos). Membro do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Jurídica” (CNPq). E-mail: clauisinos@gmail.com

standing constitutionalism way raised up after the Second World War was crucial to the design a bigger or smaller judicial intervention. In this sense, the article aims to make a connection between the movement that became known as “neoconstitutionalism” and the development of the Brazilian Judiciary activist approach, demonstrating that the differentiation lack between judicial activism and judicialization of politics leads to an imaginary characterized by the defense of an unlimited judicial activity, which is dangerous for democracy. Thus, the text aims to critique the judicial activism (which was largely driven by the incorporation of “neoconstitucionalists” placements), from the perspective of the need to make a hermeneutic control of judicial decision (Hermeneutic Criticism of Law, developed by Lenio Streck).

Keywords: Judicial Branch. Neoconstitucionalism. Judicial activism. Judicialization of politics. Hermeneutic Criticism of Law.

COLOCANDO O PROBLEMA: O CRESCIMENTO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

32 Qual o papel do Judiciário? Esta, dentre outras importantes questões a ela correlacionadas, tem instigado mundialmente a produção acadêmico-jurídica. Afinal, como compreender a atuação do Poder Judiciário a partir de uma concepção de constitucionalismo que tem como elemento base um aprofundamento democrático cada vez maior? Com esta pergunta, por óbvio, não se busca resgatar a contradição (ou a oposição) há algum tempo colocada e incitada entre democracia e Judiciário, mas provocar a reflexão sobre como entender a já reconhecida e legítima intervenção judiciária no interior de uma democracia substancial sem que haja prejuízos – em outras palavras, significa discutir limites à intervenção do Judiciário.

A função jurisdicional e sua limitação (especialmente em relação ao exercício do controle de constitucionalidade) já vêm sendo problematizadas ao longo dos anos, tanto na experiência continental, como na anglo-saxã, antes mesmo de no Brasil.¹ Isso ocorreu, evidentemente, por razões históricas, tendo em vista que a existência de um efetivo controle de constitucionalidade no direito brasileiro somente se consolidou depois do período ditatorial, com a redemocratização (na década de 1980)², quando Europa, e especialmente os Estados Unidos,

¹ Veja-se que, por exemplo, a tradição norte-americana produziu literatura sobre o tema anos antes do que o Brasil, basta que se observem os anos de publicação das obras de John Hart Ely (*Democracy and distrust*, 1980), de Charles Beard (*The Supreme Court and the Constitution*, 1912, na versão sem a introdução de Alan Westin, edição de 1962), de Alexander Bickel (*The Last Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962), de Raoul Berger (*Government by Judiciary*, 1977) e de Laurence Tribe (*Constitutional Choices*, 1986), para mencionar apenas alguns. Ainda, a própria obra *Direito e Democracia*, de Jürgen Habermas, criticando a jurisprudência dos valores, é datada de 1992.

² Como refere Leonel Severo Rocha, durante o período ditatorial, havia um Direito Constitucional não constitucional, na medida em que as Constituições do período tornaram-se mera

A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

apresentava certa maturidade democrática e constitucional, que impulsionava intensos debates entre Parlamento e Judiciário. Apesar desta ser uma discussão problematizada há algum tempo, tal abordagem tem se renovado mesmo nesses locais e, portanto, se revelou cada vez mais pertinente, não apenas porque as diferentes tradições têm procurado analisar a onda crescente de judicialização que afeta seu próprio sistema jurídico, mas também porque a América Latina (que faz parte das assim chamadas “novas democracias”, junto com a África, o Canadá e a Nova Zelândia, para referenciar os mais mencionados) tem sido objeto de estudo de autores nos Estados Unidos e no Canadá especialmente no que diz respeito ao modo de articular a relação democracia e Judiciário.³

De fato, o direito constitucional brasileiro contemporâneo traz como uma de suas principais características a relevância atribuída ao Poder Judiciário. Cada vez mais, questões que anteriormente eram demandas políticas transformam-se em contendas judiciais, consolidando o fenômeno que ficou conhecido como judicialização da política. Na medida em que aumenta a interferência judicial, maior também deveria ser o comprometimento de juízes e tribunais em respeitar a tradição jurídica (legislação, Constituições e entendimentos jurisprudenciais anteriores) que, ao longo dos anos, possibilitou conquistas importantes.

Apesar disso, contrapondo-se à ideia de responsabilidade política (Dworkin) e aproveitando-se dessa tendência judicializante, o Judiciário vem afirmando sua supremacia, que acaba entrando em choque com a ideia de supremacia constitucional. A exemplo do que foi referido, tem-se o voto proferido pelo Ministro Teori Zavaski, no qual afirma que “a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é”.⁴ Com esse pronunciamento, ficam demonstrados os contornos que a atividade jurisdicional vem ganhando, assumindo ares de um pragmatismo que acaba atribuindo poderes ilimitados aos juízes e tribunais.

O pronunciamento do Ministro Teori Zavaski possui um valor simbólico que permite afirmar que a questão atinente aos poderes do Judiciário no Brasil necessita de maior problematização. E isso se dá por, no mínimo, dois motivos: seja porque tais poderes carecem de limitação, na medida em que decisões judiciais têm sido utilizadas como critério de validade do Direito; seja porque não

retórica, porque conviviam com os Atos Institucionais, que se sobrepunham a elas. Assim, a constitucionalidade das leis, como princípio jurídico, foi colocada em xeque, pois o autoritarismo caracterizou um cenário marcado pela politização do Direito. ROCHA, Leonel Severo. A especificidade simbólica do direito pós-revolução de 1964. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 82.

³ É caso de Ran Hirschl (cujo tema de sua obra, *Towards Juristocracy*, é exatamente este), de Neal Tate e Torbjörn Vallinder (que dedicam uma seção de seu livro, *The Global Expansion of Judicial Power*, para tal temática) e de alguns textos de Martin Shapiro (*The success of judicial review: the United States' experience*, por exemplo).

⁴ Sobre o tema, ver a coluna de Lenio Streck, na ConJur: O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. <http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>

há uma preocupação por parte do Judiciário no modo de fundamentar/legitimar suas decisões, transportando posicionamentos teóricos de um país para outro sem qualquer filtragem ou contextualização.

Considerando o panorama apresentado, o objetivo deste artigo é problematizar a atuação do Judiciário em três tempos:

- *Primeiro*, por meio do estabelecimento de uma relação entre o modo de compreender o constitucionalismo do segundo pós-guerra e a proliferação de um comportamento ativista do Judiciário (ou da defesa por parcela da doutrina). Nessa linha, será possível observar que o desenvolvimento das teses neoconstitucionalistas acabou gerando um imaginário favorável ao ativismo, a partir da ideia de “reformulação” do papel do Judiciário tendo o elemento discricionário como seu núcleo fundamental;
- *Segundo*, por meio da apresentação de apontamentos para a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, buscando revelar que a ausência de critérios distintivos conduz à formação da ideia de supremacia judicial, em contraposição à de supremacia constitucional;
- *Terceiro*, pela via de uma crítica hermenêutica ao ativismo, na linha do que propõe Lenio Streck, explicando os perigos democráticos da existência de um Judiciário ativista e por que ele é incompatível com o Constitucionalismo Contemporâneo.

O CONSTITUCIONALISMO DO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: O SURGIMENTO DO(S) “NEOCONSTITUCIONALISMO(S)”

A tradição jurídica é marcada por dois paradigmas: na Idade Média, o jusnaturalismo e, na modernidade, o positivismo jurídico.⁵ Para o positivismo kelseniano (normativista), um dos mais influentes na formação do pensamento jurídico contemporâneo, a aplicação do direito ocorria através de um ato de vontade de quem julgava. Para Hart, outro dos positivistas mais conhecidos e reconhecidos, a decisão nos casos considerados difíceis se dava por uma escolha do aplicador/intérprete.⁶

⁵ Sobre este tema, a obra de Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer apresenta uma detalhada abordagem das propostas teóricas que, ao longo da história, procuraram dar fundamento ao fenômeno jurídico (*Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002). Ainda no que diz respeito à visão contemporânea sobre o conceito de Direito, ver o verbete “Direito” no *Dicionário de Filosofia Política*, em que o autor estabelece precisamente o jusnaturalismo e o positivismo como os dois principais paradigmas jurídicos (STRECK, Lenio Luiz. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 145-150).

⁶ HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2009. p. 265 e ss.

A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

Em uma pretensa superação desses dois modelos de positivismo, a partir de uma leitura equivocada que confunde o positivismo normativista com o legalista⁷, as teses pós-positivistas marcam o período pós-moderno e sustentam a discricionariedade judicial (elasticidade/abertura interpretativa) como um elemento caracterizador deste novo perfil da jurisdição, que se consolida a partir do segundo pós-guerra.⁸ Mesmo as propostas neoconstitucionalistas, oriundas do movimento que vem sendo chamado de pós-positivismo, ainda que afirmando a noção de constitucionalismo forte, acabam apostando na discricionariedade. O resultado disso é afirmação, cada vez maior, de uma supremacia jurisdicional.

O que precisa ficar claro é que o final da Segunda Guerra Mundial despertou a comunidade jurídica para repensar o constitucionalismo, especialmente na Europa. As diversas Constituições existentes apresentavam insuficiências e encontravam entraves à sua aplicação, devido a um imaginário pautado por uma supremacia legislativa, que era identificada com o positivismo. Ou seja, o movimento neoconstitucionalista surge como uma necessária “reformulação” do constitucionalismo que objetivava romper com este cenário caracterizado por um “constitucionalismo fraco”, afirmando a importância da Constituição, em uma pretensa ruptura com o pensamento positivista.

Nesse sentido, ao colocar a Constituição no centro do debate jurídico, reforçando o papel do direito constitucional, o neoconstitucionalismo trouxe importantes contributos para repensar o constitucionalismo, proporcionando significativos e inegáveis avanços. Contudo, ao lado disso e em contraposição, preponderantemente foi destinada ao Judiciário a tarefa de realização desse projeto constitucional, trazendo como uma das principais características deste novo constitucionalismo a discricionariedade judicial. Ou seja, a “revolução do novo constitucionalismo” se daria via Poder Judicial.

É possível afirmar, por certo, que, no seio do que ficou conhecido como neoconstitucionalismo, apareceram diversos autores, com os mais diferentes posicionamentos sobre o tema. Embora sob o nome “neoconstitucionalismo” os juristas tematizem assuntos diferentes ou, sob um mesmo enfoque, apresentem posicionamentos conflitantes e especificidades teóricas, pode-se identificar um

⁷ A confusão entre estes dois tipos de positivismo foi enfrentada por Lenio Streck, no artigo *Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?* *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Eletrônica, vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 30 jun. 2012.

⁸ A obra de Carlos María Cárcova apresenta, desde sua introdução, as teorias pós-positivistas como aquelas que surgiram a partir dos anos 1970, objetivando uma ruptura com o jusnaturalismo e com o positivismo, sob as mais diversas perspectivas. Nesse sentido, traz como elemento central a configuração de uma nova hermenêutica, forjada no interior da viragem linguística, que possibilitaria um novo modo de conceber a interpretação jurídica. CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas postpositivistas*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

núcleo comum a todas essas novas teorias. Sem dúvida alguma, no paradigma jurídico contemporâneo, esse núcleo comum traz a marca do trinômio moral-princípios-discrecionalidade.

Apenas para ilustrar o que foi referido acima, veja-se, por exemplo, o posicionamento de Susanna Pozzolo a respeito da questão da moral. Para essa autora, a Constituição, axiologicamente concebida, retoma a ligação entre direito e moral, o que conduz a uma interpretação do direito vinculada a valorações éticas. Como consequência, a interpretação moral da Constituição possui uma dupla face: ao mesmo tempo em que concretiza a justiça substancial – e, nesse ponto, o posicionamento da autora avança –, “vuelve al derecho incierto” por meio da “elección de los valores que se creen prevalentes”. Assim, dando continuidade, apesar de alertar para o perigo da formação de um “governo de juízes”, Pozzolo entende a leitura moral da Constituição como equivalente à realização de uma “reflexão moral individual” do julgador no processo decisório.⁹

36

Ou seja, pelo que foi exposto por Susanna Pozzolo, a incorporação da moral ao direito produz uma elasticidade interpretativa, que, ao fim, acaba se traduzindo em discrecionalidade judicial, operada por meio da eleição de valores na aplicação do direito. Para Prieto Sanchís, em relação aos princípios, a situação não é diferente: para esse autor, a diferença entre a interpretação da Constituição e a de uma lei é quantitativa, porque, considerando que a Constituição é formada por princípios, eles aumentam (numericamente, então) as possibilidades interpretativas, ou seja, as zonas de penumbra. Isso porque, para Sanchís, os princípios: a) possuem elasticidade interpretativa; b) quando não positivados no texto constitucional, “aparecen como estándares débiles o simples razones para decidir”; e c) são aplicados com a ajuda de critérios – por ele chamados de “valores” – extrajurídicos.¹⁰

Paolo Comanducci, por sua vez, ainda sobre a questão dos princípios, diz que as Constituições do novo constitucionalismo tendem a “potenciar políticamente a los jueces”. No seu entendimento, a positivação de princípios e sua aplicação na resolução de casos mediante a ponderação, sem que haja a fixação de hierarquia entre eles, gera “la atribución a los jueces constitucionales de un margen tan amplio de discrecionalidad que los convierte no sólo en colegisladores sino incluso [...] coautores de la misma Constitución”.¹¹ Ou seja, para esse

⁹ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, n. 21, 1998, p. 339-353. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_25.pdf>.

¹⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 9, p. 175-198, 1991. Disponível em: <[HTTP://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_09_173.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_09_173.pdf)>.

¹¹ COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la constitución. Trad. Manuel Ferrer Muñoz. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 41-67.

A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

autor, assim como para Pietro Sanchís, são os princípios constitucionais que abrem espaço para o livre-arbítrio do julgador, a ponto de torná-lo constituinte.¹²

Ao fim, para mais uma vez demonstrar o quanto o tema da discricionariedade judicial está presente na nova tendência, é importante trazer o posicionamento de Gustavo Zagrebelsky. Para o jurista italiano, sua ideia de Constituição viva – de uma Constituição cuja atualização não depende de reformas, mas de uma contextualização – está vinculada à discricionariedade. Isso porque, em sua concepção, o poder discricionário dos juízes é inevitável ou, nas palavras do próprio autor, “irremontable”.¹³

Sobre os posicionamentos acima expostos, de Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís, Paolo Comanducci e Gustavo Zagrebelsky, é necessário que sejam feitas pelos menos três observações. Primeira, que eles demonstram o quanto, no interior do que entendem por neoconstitucionalismo, o tema da moral e, principalmente, dos princípios, está interligado com a discricionariedade decisória – são, inclusive, os motivos pelos quais é possível se afirmar uma elasticidade interpretativa que conduz a uma questão de discricionariedade, eleição, escolha. Segunda, que essas posturas estão inseridas no contexto da construção de um novo paradigma, ou seja, a incorporação de princípios e da moral ao Direito e o reconhecimento da discricionariedade dos juízes são concebidos como elementos de progresso para a teoria do Direito, contribuindo para a inauguração de uma nova tradição no constitucionalismo. Terceira, que eles são representantes de uma vasta doutrina que influenciou diretamente o sistema jurídico brasileiro.

Como afirma Miguel Carbonell, o novo constitucionalismo, que marca o surgimento do que se passou a chamar de Estado Constitucional de Direito, não se restringe tão somente à proliferação dos textos constitucionais promulgados a partir da segunda metade do século XX ou, como resultado disso, não se limita à existência de uma postura jurisprudencial diferenciada (agora voltada à concretização de direitos fundamentais), mas agrega a esses dois níveis a necessidade de uma nova teoria da Constituição, isto é, de uma proposta teórica inovadora, que esteja adequada (e atenta) às transformações ocorridas no constitu-

¹² Não se pode deixar de mencionar que Comanducci faz muito mais um alerta quanto ao perigo da ponderação e do conseqüente convite à discricionariedade do que propriamente uma defesa do decisionismo na esfera judicial. Evidentemente, é mais do que importante e bem colocada a observação do autor quanto aos riscos de se ponderar (e disso não se pode discordar). Contudo, as afirmações feitas por ele são bastante questionáveis, pois têm como ponto de partida: a) que os princípios necessariamente exigem ponderação; b) que os princípios autorizam a discricionariedade; c) que a solução – desastrosa, diga-se de passagem – para isso seria criar uma metodologia aplicativa dos princípios com base em uma hierarquia.

¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. Trad. Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 16.

cionalismo.¹⁴ Nesse último ponto surgem, desse modo, as divergências teóricas entre os diversos autores que se debruçaram sobre o tema. Contudo, em que pese haja uma multiplicidade de posicionamentos, é possível identificar um núcleo comum a essas teses neoconstitucionalistas, que podem ser assim caracterizadas: *a)* todas elas pretendem-se pós-positivistas – isto é, surgem visando a contrapor o positivismo; *b)* em sua maioria, resgatam o papel dos princípios na interpretação do Direito¹⁵; *c)* reconciliam Direito e Moral; e, por fim, a pretexto disso, *d)* afirmam o protagonismo judicial (ou o papel acentuado da jurisdição, com um aumento das faculdades interpretativas do julgador), a partir da defesa da discricionariedade judicial (ou elasticidade interpretativa).¹⁶

A identificação do neoconstitucionalismo com esses elementos acabou conduzindo a uma concepção de constitucionalismo que, especialmente no Brasil, gerou a defesa do ativismo judicial. Ou seja, a transformação do perfil da jurisdição, como responsável também pela concretização de direitos constitucionalmente assegurados, acabou sendo levada a extremos, a ponto de conceder espaço para uma atuação jurisdicional para além dos limites definidos pela Constituição e pela legislação democraticamente produzida.

É por esse motivo que Lenio Streck passou a nomear o constitucionalismo do segundo pós-guerra de modo diferenciado: “Constitucionalismo Contemporâneo”. A utilização dessa expressão pelo autor objetiva realizar dois enfrentamentos: por um lado, refutar o(s) neoconstitucionalismo(s) (especialmente surgidos no âmbito do constitucionalismo espanhol); e, por outro, buscar a superação do positivismo jurídico. Trata-se, portanto, de uma nomenclatura que passou a ser utilizada a partir da quarta edição da obra “Verdade e Consenso” (em 2011), em substituição à terminologia anteriormente empregada para tratar do constitucionalismo insurgente do segundo pós-guerra (neoconstitucionalismo), consti-

¹⁴ CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: _____ (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-12

¹⁵ Uma leitura adequada sobre o papel dos princípios pode ser lida na obra de Rafael Tomaz de Oliveira: TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁶ No posfácio da obra *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, escrita por Susanna Pozzolo e Écio Oto Ramos Duarte, Lenio Streck faz uma análise crítica das propriedades que caracterizam este fenômeno, espécie de “planta do neoconstitucionalismo”, assinada por diversos autores (Écio Oto, Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís, Sastre Ariza, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini), que inclui: a) pragmatismo; b) ecletismo (sincretismo) metodológico; c) principialismo; d) estatalismo garantista; e) judicialismo ético-jurídico; f) interpretativismo moral-constitucional; g) pós-positivismo; h) juízo de ponderação; i) especificidade interpretativa; j) ampliação do conteúdo da *Grundnorm*; e k) conceito não positivista de direito. Ver: STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as facas da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

tuindo, portanto, um modo específico de abordagem, que, em linhas gerais, se opõe ao estabelecimento de uma *relação de causalidade* existente no *trinômio moral-princípios-discricionariedade*, própria das posturas neoconstitucionalistas, porque favorecem o ativismo judicial.¹⁷

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: APONTAMENTOS PARA UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO¹⁸

É evidente que o novo modo de pensar o constitucionalismo a partir do século XX modificou a atuação do Poder Judiciário. Por muito tempo, havia, no âmbito das funções jurisdicionais, uma resistência à aplicação da Constituição, tornando a decisão judicial uma atividade mecânica, de pretensa reprodução legislativa. Esse imaginário se transformou no Brasil a partir da Constituição de 1988, que potencializou o papel do Judiciário, ao reforçar o compromisso do Direito com o cumprimento do que estava previsto no texto constitucional. Ou seja, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário.¹⁹

Ocorre que essa maior participação do Judiciário resultou confundida com uma atividade ilimitada. Em outras palavras, se a partir do Constitucionalismo Contemporâneo duas principais expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional (judicialização política e ativismo judicial), um dos problemas que surge é a inexistência de uma diferenciação. Em um contexto em que frequentemente o Judiciário é acionado para resolver conflitos, a distinção entre ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável, evitando que o Direito seja resumido tão somente a um produto das decisões judiciais, o que afeta as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro.²⁰

¹⁷ Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, em especial, p. 35-38.

¹⁸ Esta diferenciação é aprofundada no livro publicado recentemente, no qual também é feita uma aproximação do ativismo com a doutrina norte-americana. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁹ De acordo com Lenio Streck: “Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit. p. 190.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 51-56; e TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, op. cit., p. 31.

Clarissa Tassinari

Nesse sentido, propõe-se a distinção a partir do que é colocado por Lenio Streck sobre o tema. Para o autor, a judicialização é um fenômeno contingencial, inerente ao contexto sociopolítico brasileiro; o ativismo, por sua vez, configura um desvirtuamento na atuação do Judiciário, que passa a atuar extrapolando suas funções. Como afirma Streck:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional) [...].²¹

Aprofundando a temática, a judicialização da política deve ser compreendida como um fenômeno *circunstancial*, porque decorrente de um contexto de fortalecimento da jurisdição no pós-Segunda Guerra Mundial, e, ao mesmo tempo, *contingencial*, no sentido de que o Judiciário é chamado a intervir pela inércia de algum dos outros Poderes do Estado²², apresentando-se, portanto, muito mais como fruto de uma conjuntura político-social.

40

Nesse sentido, Vanice Regina Lírio do Valle acertadamente afirma que a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro.²³ Tais acontecimentos provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado. Desse modo, o Judiciário passou a exercer um papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados.

É possível, portanto, identificar o fenômeno da judicialização da política como decorrente de alguns fatores: *a)* do dirigismo constitucional; *b)* do surgimento dos Tribunais Constitucionais na Europa; *c)* do aumento da litigiosidade; *d)* do crescimento do acesso à justiça; *e)* da crise da democracia. Nesse sentido,

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 589, nota de rodapé 123.

²² Como refere Bolzan de Moraes, a insatisfação popular, causada pela ausência do cumprimento (especialmente pelo Executivo) das promessas insculpidas no texto constitucional, produz um apelo à jurisdição, que acaba por assumir ares de “sacralização”. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60-61.

²³ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 32.

A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

consegue-se identificar que a excessiva judicialização que assola as democracias modernas pode ser observada por um duplo viés: social e político. Ou seja, ela emerge tanto de um contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia na implementação desses mesmos direitos fora da jurisdição, questões que se imbricam mutuamente.

O ativismo judicial, por outro lado, é gestado exclusivamente pela sistemática jurídica, referindo-se a um problema propriamente do Direito, na medida em que se constitui em um comportamento judicial pautado por um ato de vontade, que muitas vezes está revestido de um critério político como fundamento. Essa leitura pode ser feita a partir da obra Antoine Garapon, que considera o ativismo uma questão de obediência a desejos²⁴, e de Christopher Wolfe, para quem a fase ativista do Judiciário norte-americano caracteriza-se por decisões judiciais que não consistem em julgamentos, mas vontades²⁵.

Com isso, tem-se que a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Dá-se um passo, portanto, que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável (o que não significa dispensar uma crítica voltada à análise e ao questionamento da atuação do Legislativo e do Executivo).

Por tudo isso, o ativismo judicial revela-se um problema *criado pelo Direito* (mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiro, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático. E, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é possível encontrar posicionamentos que retrataram a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga.

Em suma, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um problema de teoria do direito. Mais precisamente, de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito. Vale dizer: é a interpretação um ato de vontade do intérprete ou o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se operam constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor (ou

²⁴ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 54.

²⁵ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 4-5.

Clarissa Tassinari

correto) sentido para a interpretação? Definitivamente, nos filiamos à segunda possibilidade de retratação teórica do problema, o que ficará claro no decorrer das exposições.

BALANÇO FINAL: O ENFRENTAMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL POR UM CONTROLE HERMENÊUTICO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O caminho percorrido até o momento aponta para a compreensão de que o perfil do Judiciário e o modo de pensar o modelo de constitucionalismo estão profundamente imbricados. É por esse motivo que é possível afirmar que as teses neoconstitucionalistas – e seus reflexos no Brasil – acabaram impulsionando a defesa do ativismo judicial. Por outro lado, talvez o problema resida justamente na ausência de delimitar as diferenças existentes entre judicialização da política e ativismo judicial, ou seja, não é equivocada afirmar que, no atual contexto político-social, o Judiciário apresenta-se como mais atuante (a partir da distinção apresentada acima, é possível notar que essa passa a ser, inclusive, uma demanda da sociedade). O equívoco está em, a partir disso, autorizar-se que o Judiciário passe a fazer política a partir de posicionamentos isolados (vontades), como se os membros que o compõem fossem representantes autênticos da democracia, que, por suas decisões, revisam legislações e até mesmo o texto constitucional.

42

Nesse sentido, se o constitucionalismo democrático aponta para um aumento da atividade jurisdicional, que passa a executar, na inércia dos demais Poderes, os mandamentos constitucionais, é preciso lembrar também que na ideia de constitucionalismo não está apenas incluído o papel de garantia, mas também a noção de controle, de limite ao poder.²⁶ A partir disso, é preciso problematizar e

²⁶ A noção de constitucionalismo possui as mais variadas acepções, dentre elas: a) conjunto de mecanismos normativos e institucionais de um sistema jurídico-político que organiza os poderes do Estado e protege os direitos fundamentais dos cidadãos (PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, jul./dez. 2003); b) tipo ideal para refletir sobre a realidade histórica de uma nação e trazer à luz elementos da experiência política, mormente aqueles ligados à consagração de instrumentos e técnicas de limitação do exercício do poder político (Nicola Matteucci: “[...] con ‘constitucionalismo’ se indica no tanto um período histórico, en el que tendría su explicación, ni una corriente de ideas políticas y sociales, en la que encontrase su propia unidad, sino un ‘tipo ideal’ para reflexionar sobre la realidad histórica, o una categoría analítica para sacar a la luz y mostrar aspectos particulares de la experiencia política [...]” MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Editora Trotta, 1988. p. 23.); c) oposição a governo (essa ideia de constitucionalismo está vinculada à distinção existente entre direito – império das leis – e poder – governo dos homens. No fundo, o que se apresenta aqui é o constitucionalismo como um movimento político-ideológico que procura criar mecanismos para limitação do exercício do poder político. Limitação essa que se caracteriza e se define na ideia de *império da lei*, em contraposição a uma vontade política soberana daquele que exerce o poder político. Sobre o tema, ver: MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto (Org.) et al. *Diccionario de política*. 5. ed. Brasília: UnB, 2000. p. 256.).

A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

questionar a noção de “supremacia judicial”, que se apresenta em concorrência com a ideia de “supremacia constitucional”. Para isso, é necessário observar e avaliar, com base em parâmetros jurídicos, o modo como o Judiciário brasileiro se comporta na solução das contendas e o que é construído teoricamente a partir disso.

A ideia de limitação do Poder Judicial, a partir da refutação da discricionariedade judicial, está pautada na defesa da responsabilidade política dos juízes, tese desenvolvida por Ronald Dworkin. Trata-se da noção de que, no exercício da atividade jurisdicional, os intérpretes devem estar condicionados a um todo coerente e integrado, que é o Direito. Isso vai refletir na busca pela melhor justificação das práticas jurídicas, que se dá a partir da noção de sociedade como comunidade de princípios. Assim, a ideia de integridade perpassa uma noção de resgate principiológico da história institucional do Direito (de sua moralidade política), que condiciona o intérprete.²⁷

Para tratar dessa busca pelo melhor sentido que se pode extrair do direito, Dworkin utiliza o exemplo da obra de arte, o que constitui sua tese da hipótese estética.²⁸ Como afirma Stephen Guest, na introdução de sua obra que trata exclusivamente da proposta de Dworkin, para o jurista norte-americano,

[...] as controvérsias que podem surgir quando interpretamos um empreendimento artístico são inevitáveis e raramente encontramos um consenso em torno de qual delas seria a melhor interpretação. Isto, contudo, não equivale a afirmar que todas possíveis interpretações são igualmente boas ou válidas.²⁹

Assim ocorre com o Direito: é preciso que se concentrem esforços para encontrar a melhor interpretação judicial, que é aquela que melhor reflita os parâmetros constitucionais. Isso tudo pode ser conectado a uma diferenciação que Lenio Streck faz, no interior de sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, entre *decisão* e *escolha*. O posicionamento do autor é no sentido de que, diante de um

²⁷ Como afirma Francisco José Borges Motta, a noção de integridade do direito “(...) supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Trata-se de compreender o Direito como ‘totalidade’ – ou como ‘completeza’ –, sustentando que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo”. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 103-104.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 149. “My apparently ba suggestion (which I shall call the ‘aesthetic hypothesis’) is this: an interpretation of a piece of literature attempts to show which way of reading (or speaking or directing or acting) detects reveals it as the best work of art”.

²⁹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

caso concreto, o juiz/intérprete/aplicador não está constitucionalmente autorizado a apresentar a solução realizando uma escolha dentre as várias fundamentações consideradas possíveis, dando espaço para manifestação de sua subjetividade, que afasta o argumento jurídico como critério último para resolver um conflito judicial.

Isso porque, segundo Streck, o ato de escolher pressupõe um processo de eleição que obedece a critérios subjetivos, e, assim sendo, é meramente circunstancial (evadido de pragmatismo³⁰), na medida em que não vincula o julgador de maneira alguma: nem em relação ao que foi decidido anteriormente (à tradição jurídica), tampouco no que diz respeito aos seus efeitos para decisões futuras. Ou seja, é, na verdade, um ato discricionário, sendo essa a expressão técnica que o Direito utiliza para tratar de escolhas.

44

Continuando na linha do que foi desenvolvido por Streck, em contraposição ao ato de escolher, a decisão pressupõe um compromisso. Em outras palavras, quando um juiz decide, há uma exigência (constitucional) de comprometimento com o passado, mas também com o futuro.³¹ Trata-se de perceber que o Direito possui uma historicidade, uma tradição, construída intersubjetivamente,³² e que uma escolha, evadida de solipsismo, desconstrói todo esse caldo de cultura historicamente condicionado. Isso é fundamental, especialmente considerando a noção de integridade do direito, reforçada por Streck, a partir de Dworkin: quando um pronunciamento jurisdicional revela uma escolha, então, resta subjugada a ideia de Direito como um todo coeso e integrado.³³

Para Roberto Gagarella, jurista argentino, o problema sobre a atuação do Judiciário gira em torno do fato de que as Cortes possuem a palavra final, e não

³⁰ Segundo José Eisenberg, uma postura pragmatista é aquela que não confere “autoridade última a uma teoria, já que o objetivo crítico de raciocinar teoricamente não é chegar a abstrações praticáveis, mas, sim, explicitar pressuposições tácitas quando elas estão causando problemas práticos. Para o pragmatismo jurídico, teorias éticas ou morais operam sobre a formulação do direito, mas, na maior parte das vezes (ou, ao menos, frequentemente), a porção mais importante de uma legislação é o proviso ‘exceto em caso em que fatores preponderantes prescrevam o contrário’”. EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 656-657.

³¹ Esta noção é retirada da obra de Dworkin, quando trata da integridade do direito: “Law as integrity denies that statements of law are either the backward-looking factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism. It insists that legal claims are interpretative judgments and therefore combine backward – and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practices seen as an unfolding political narrative. DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986. p. 225.

³² As concepções de historicidade, tradição e intersubjetividade são retiradas da obra de Hans-Georg Gadamer (*Verdade e Método*), que desenvolve sua hermenêutica filosófica a partir da filosofia hermenêutica elaborada por Martin Heidegger.

³³ Toda a construção aqui realizada foi retirada da obra de Lenio Streck: *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 107-8.

A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

da caracterização de uma dependência política dos julgadores (como se afirma ocorrer ou ter ocorrido na América Latina, por exemplo), embora ele considere essa questão relevante também. Na verdade, sua crítica vai na direção da crença de que esse Poder é a instituição que possui a autoridade interpretativa de dizer o que a Constituição de determinado país significa. Assim, ele acaba destacando que a ausência de autoridade dos cidadãos e dos outros braços políticos, repercutindo na caracterização de um superpoder discricionário, pode fragilizar a democracia.³⁴ Se há problemas na relação entre os Poderes, estes não podem ser resolvidos à margem do pressuposto democrático.

REFERÊNCIAS

- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: _____ (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-12.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas postpositivistas*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.
- COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la constitución. Trad. Manuel Ferrer Muñoz. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 41-67.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. New York: Oxford University Press, 2001.
- _____. *Law's empire*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 656-657.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- GARGARELLA, Roberto. *In search of a democratic justice: what courts should not do*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (Editors). *Democratization and the judiciary: the accountability functions of courts in new democracies*. London/Portland: Frank Cass, 2004.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

³⁴ GARGARELLA, Roberto. In: *search of a democratic justice: what courts should not do*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (Editors). *Democratization and the judiciary: the accountability functions of courts in new democracies*. London/Portland: Frank Cass, 2004. p. 132-143.

Clarissa Tassinari

- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Editora Trotta, 1988.
- _____. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto (Org.) et al. *Diccionario de política*. 5. ed. UnB, 2000.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, jul/dez. 2003.
- POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, n.º 21, 1998, p. 339-353. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf>.
- ROCHA, Leonel Severo. A especificidade simbólica do direito pós-revolução de 1964. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 77-87.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 9, p. 175-198, 1991. Disponível em: <[HTTP://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_09_173.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_09_173.pdf)>.
- STRECK, Lenio Luiz. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). *Diccionario de filosofía política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 145-150.
- _____. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>
- _____. Posfácio: diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- _____. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.
- WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. Trad. Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

46

Artigo de autor convidado

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012

A PROPORCIONALIDADE EM ALEXY: SUPERANDO O POSITIVISMO OU COROANDO O DECISIONISMO?

PROPORTIONALITY IN ALEXY'S THEORY: OVERCOMING POSITIVISM OR CROWNING DECISIONISM?

Saulo Salvador Salomão*

RESUMO

O presente trabalho se presta a realizar uma breve reflexão acerca do câmbio paradigmático sofrido pela teoria do direito (em consonância com as respectivas modificações estruturais ocorridas na esfera do Estado) até chegar ao ponto de análise: a ponderação de princípios na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Face à necessidade de superação da discricionariedade judicial como elemento responsável pelo fechamento do sistema de regras, bem como ao reconhecimento da força normativa dos princípios, o jurista alemão – no intuito de racionalizar uma prática que de há muito se fazia presente na Corte Constitucional de seu país – teorizou um método baseado no princípio da proporcionalidade que, aqui, problematizamos. Após as críticas de Habermas e o contributo da hermenêutica filosófica, é possível confiar ao método a responsabilidade pela eliminação da discricionariedade nas decisões judiciais?

Palavras-chave: ponderação; discricionariedade; decisão judicial; princípios.

ABSTRACT

The present paper lends itself to carry out a brief analysis of the changing paradigm in the theory of law (in line with their structural changes occurring in the state sphere) to the point of analysis: the balancing of principles in the Theory of Fundamental Rights (Robert Alexy). Given the need to overcoming the judicial discretion as a factor responsible for stabilizing the system of rules, as well as recognizing the normative force of the principles, the german jurist – in order to streamline a practice that has long was present in the its country Constitutional Courtr, theorized a method based on the principle of proportionality, here problematized. After the criticism of Habermas and the philosophical hermeneutics

* É especialista e mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Professor de cursos de Pós-graduação em Direito; Advogado criminal. Rua vinte e quatro de outubro, 1.614, apto 24 – Porto Alegre – CEP: 90510-001 saulosalvadorsalomao@gmail.com

Saulo Salvador Salomão

contribution is possible to trust the method responsible for the elimination of discretion in judicial decisions?

Keywords: balancing; discretion; judicial decision; principles.

INTRODUÇÃO

Seria o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito uma janela para a discricionariedade na fórmula de Alexy? A resposta para a pergunta requer uma reflexão que vem desde o fim do paradigma do Estado Liberal, passa pelo do Estado de Bem-Estar-Social e chega ao atual – Estado Democrático de Direito –, obrigatoriamente considerada a evolução da Teoria do Direito durante esses períodos históricos.

48

Cada fase da história deve necessariamente compreender um modelo jurídico que se amolde às necessidades da sociedade, aos seus anseios e à forma como ela se relaciona com suas estruturas de poder. Na vigência do paradigma liberal, o Direito se limitava à condição de instrumento apto a proteger a sociedade dos arbítrios praticados pelo Estado que recentemente abandonara o modelo absolutista. A lei nada tinha a permitir, mas a proibir condutas. Extraía-se que a liberdade era o padrão. Tratava-se, pois, de uma forma de defesa em face de um poder executivo com histórico de abusos e intromissões na esfera jurídica dos particulares que encontraram na lei seu escudo. Em verdade, mais do que na Lei, o escudo estava no Poder Legislativo. Era a ele, inclusive, que deveriam os magistrados recorrer quando pairasse eventual dúvida sobre a correta interpretação das leis. Vale lembrar que, no período pós-revolução francesa, o judiciário (ainda ocupado por representantes do *Ancien Régime*) era visto com forte desconfiança, de tal forma que o parlamento era o *locus* de onde emanava a *volonté general*, na medida em que majoritariamente composto pela agora dominante burguesia. Tal regime de mínima interferência estatal acabou por permitir o avanço das desigualdades sociais, eis que não contemplava a tutela das massas proletárias geradas pela economia de mercado. É fato que aqueles deixados à margem organizaram-se para reivindicar uma nova postura estatal perante a sociedade. Nasceram os movimentos comunistas com demandas de atuações positivas do Estado na garantia dos direitos sociais (direitos fundamentais de segunda geração). Cresceu também a necessidade de um Direito independente e autônomo. Dá-se então a virada paradigmática que conduz o positivismo jurídico de Hans Kelsen ao status de Teoria do Direito dominante na sociedade, refletindo, inclusive, na doutrina e jurisprudência correntes.

A Teoria Pura do Direito, obra maior do referido mestre, estabelece o Direito enquanto ciência, estipulando como objeto o ordenamento jurídico, que consistiria num sistema fechado de regras. Esse sistema deveria se bastar, sendo papel do magistrado desvelar nas normas sua interpretação, independentemen-

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 47-68, jul./dez. 2012

A proporcionalidade em Alexy

te de qualquer interferência de outro Poder. Ressalte-se que a interpretação se resumia ao exercício silogístico de subsunção entre fato e norma. É certo que em alguns casos esse raciocínio não mostrava-se tão claro. Se mais de uma norma regulavam a conduta dando consequências jurídicas distintas era necessária a resolução da antinomia pelos critérios da especialidade, hierarquia e temporalidade. No caso de nenhuma norma regular a conduta (vale dizer que a pretensão positivista era sempre de que o papel do sistema de regras era contemplar de antemão todas as possíveis hipóteses de aplicação), o togado supriria a lacuna valendo-se de analogia. Nos casos em que determinada norma não fosse clara o suficiente, permitindo mais do que uma interpretação, seria papel do juiz decidir com base em seu poder discricionário a lide. Lançaria mão de uma moldura previamente construída pela academia onde estariam enumeradas as possíveis interpretações da regra. A partir daí, decidiria por uma delas.

Observa-se com clareza que os objetivos de Kelsen não foram alcançados, na medida em que, ao confiar num Direito, enquanto sistema fechado de regras para atingir a segurança jurídica, deparou-se com um subjetivismo que a eliminava, uma vez que a decisão residia no poder discricionário da autoridade judicante. É importante ressaltar que a Teoria Kelseniana funcionava em dois planos, o da ciência do direito (um segundo nível) e no da aplicação, no qual ocorreria “política judiciária”. Marca, sobretudo, a afirmação contida no capítulo 8 da Teoria Pura, quando afirma ser a decisão judicial um “ato de vontade”. (bem como as demais modalidades do positivismo normativista), tornando-se, contudo, incompatível com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, reconhecida a indeterminação do texto jurídico, estabelece-se uma nova construção que admitia duas espécies de normas jurídicas, quais sejam: as regras e os princípios. Enquanto as primeiras seriam mais específicas e regulariam condutas concretamente, tal qual preconizado por Kelsen, os segundos seriam mais gerais e regulariam *prima facie* às condutas, sendo ainda dotados de uma característica inexistente nas regras: a dimensão de peso.

Robert Alexy vale-se dessa construção e desenvolve a Teoria dos Direitos Fundamentais, onde define os princípios enquanto mandados de otimização, devendo ser aplicados na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Numa colisão de princípios, por estes serem dotados da referidas características, deveria o magistrado realizar um sopesamento entre os colidentes para verificar no caso concreto qual seria aquele com maior peso, estabelecendo, assim, uma relação de precedência na qual se leria que naquela situação, com aqueles elementos fáticos, a aplicação de um princípio X deveria preceder a de um princípio Y.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 47-68, jul./dez. 2012

CRISE DO POSITIVISMO

Na transição paradigmática de um Estado Liberal para o que seria conhecido como um Estado de Bem-Estar Social, já não mais se podia conceber o direito enquanto um conjunto de proibições de condutas, em regra contra ações do Estado contra o particular. Eram tempos de implementação dos direitos de segunda dimensão. De consolidação dos direitos sociais que haviam sido negligenciados naquele paradigma e que finalmente ganhariam vez.

Dessa forma, dispensável seria dizer que, na forma da lição de Kuhn¹, cada etapa paradigmática da história implica na necessidade de uma teoria do direito que se amolde às suas necessidades. Durante o Paradigma Liberal, o magistrado fazia o papel de *bouche de la loi*, declarando o sentido que deveria se atribuir ao texto normativo. Em caso de dúvidas acerca da correta interpretação, deveria ser usado o *référé législatif*, que consistia em consultar o Poder Legislativo para que manifestasse a “interpretação autêntica”². Trata-se aqui de estrita vinculação legal das questões judiciais e administrativas, o que visava conter eventual arbítrio, tanto por parte da administração, quanto por parte do Poder Judiciário³.

50

Dentre as várias correntes teóricas que se formam no âmbito jurídico, visando analisar e discutir a interpretação e aplicação das normas, destaca-se a Escola Positivista. Sem se descolar dos requisitos dos paradigmas Liberal, o Positivismo Jurídico traz como postulados a crença na neutralidade do método e da hermenêutica. Tal qual nas ciências naturais, a adesão foi massiva, aplicando-se ao Direito os pressupostos do rigor metodológicos, da objetividade e da separação absoluta entre sujeito, objeto e método. Firma-se o entendimento de que para se ter uma Ciência do Direito, seu objeto não pode ser outro, senão a Norma Jurídica posta pelo Estado. Nada mais⁴.

É nesse diapasão que se estabelecem, também, as normas de resolução de antinomias aparentes, como as regras da hierarquia, especialidade e temporalidade e ainda as formas de evitar as lacunas no ordenamento. O método gramatical, o lógico, o histórico, o sistemático e o teleológico⁵. Objetivava-se, com isso, que a resolução dos eventuais percalços no processo de interpretação e aplicação

¹ KUHN, T.S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. 218-232).

² COURA, Alexandre Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para análise crítica da “jurisprudência” de valores à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 49.

³ COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 51.

⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuições a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 306.

⁵ COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 53.

A proporcionalidade em Alexy

da norma jurídica se dessem de maneira a prescindir do auxílio/intromissão de qualquer elemento externo, seja ele de matiz religiosa, sociológica, econômica, moral ou filosófica. Aposta-se na construção de um direito autossuficiente.

O paradigma jurídico estabelecido com o Estado Liberal, contudo, não foi capaz de se sustentar em virtude das distorções a que deu azo. Malgrado houvesse focado suas atenções na defesa do particular em face das intromissões do Estado na sua esfera de direitos, nada fez para melhor regular as relações entre os próprios particulares que, pautadas em liberdades e igualdades absolutas e meramente formais (embora aparente contradição terminológica) levaram a sociedade a uma situação de absurda desigualdade social. Estabeleceu-se um regime onde havia uma minoria rica, protegida das arbitrariedades estatais e uma maioria pobre que não contava com qualquer defesa em relação à mencionada minoria rica⁶. Surgem então as teorias comunistas, socialistas e anarquistas que fazem tremer as bases do paradigma liberal posto.

A crescente pauperização da massa trabalhadora impulsionou sua consequente organização e movimentação na busca de uma nova ordem que os contemplasse. Com o fim da I Grande Guerra, tem-se a necessária virada paradigmática e o nascimento do Estado de Bem-Estar-Social.

Nesse paradigma, são consolidados os direitos fundamentais de segunda dimensão, captados das demandas dos movimentos comunistas, trazendo para dentro do ordenamento a busca pela materialização da igualdade através do reconhecimento das diferenças materiais entre as várias pessoas e da proteção do lado mais fraco⁷.

O ato de interpretação e aplicação do Direito também se modifica com a mudança paradigmática, uma vez que a mera tarefa mecânica de aplicação silogística dos textos normativos não mais atende as necessidades do novo sistema. O sentido da lei desvincula-se da vontade subjetiva do legislador e o juiz passa a ter a tarefa de garantir as diversas finalidades sociais atribuídas ao Estado⁸.

Destaca-se aí a “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen como sendo a que mais marcou esse período e ainda nos dias atuais tem notória importância nos meios jurídico e acadêmico. Nela, Kelsen buscou delimitar o objeto da ciência do direito, o qual se restringia ao ordenamento jurídico-positivo, eliminando-se os elementos a ele estranhos, como a moral, ética, economia e política.

⁶ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49.

⁷ COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*, op. cit., p. 55.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Massachusetts: The MIT Press, Cambridge, 1996. Original: *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994, p. 246.

O ordenamento jurídico em questão era fechado, resumindo-se a um conjunto de regras, aplicáveis à maneira “tudo ou nada” com a estrutura “Se é A, deve ser B”, resumindo a atividade de hermenêutica a subsunção das situações de fato a uma regra do ordenamento⁹.

Kelsen, no entanto, reconhece que o Direito é sim, aberto e indeterminado, admitindo que, por vezes, não seria possível ao magistrado identificar no conjunto de regras aquela capaz de resolver a lide (Ronald Dworkin se refere a estes como sendo *hard cases*). Deveria, para tanto, valer-se do seu poder discricionário¹⁰.

Situações dessa natureza revelariam, para o teórico em questão, o papel da Ciência do Direito, qual seja o de enumerar todas as interpretações possíveis de um determinado texto normativo e estabelecer um rol de opções que limitassem a escolha da autoridade competente. Conhecer o Direito e limitar o âmbito de seleção da autoridade jurisdicional.

Ressalte-se que a ideia Kelseniana de interpretação não direcionava o magistrado para uma única resposta correta e adequada para cada caso, e sim para um quadro de respostas possíveis (que deveria estar) previamente estipulado pela doutrina, cabendo ao togado a livre decisão (discricionária) sobre qual delas aplicar¹¹.

52 É importante que se note aí, uma vez mais, uma clara diferença para com relação ao paradigma anterior, eis que não mais se consultava o Poder Legislativo para compreender qual seria a interpretação que este entendia correta.

Em 1960 foi lançada uma nova edição da “Teoria Pura do Direito”, que trazia no capítulo que cuidava da interpretação jurídica uma importante mudança de postura no que tocava à discricionariedade do magistrado no momento da decisão. Kelsen reconhece a impossibilidade de efetivamente limitá-la¹².

Uma vez que se conclui que não há outro critério além da discricionariedade para se escolher a correta solução dentro da moldura previamente traçada de soluções possíveis, conclui-se também que os próprios limites da moldura são igualmente elaborados sem outro critério¹³.

⁹ COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 59.

¹⁰ No tocante à discricionariedade, subscrevo as palavras de Lenio Streck In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 328, nota 565. Adotando o conceito “forte” cunhado por Dworkin. Verbis: “o termo discricionariedade se refere a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento.” em suas críticas ao positivismo”, p. 328, nota 565.

¹¹ KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2. ed. Trad. Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962, p. 457.

¹² CARVALHO NETO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 5, p. 27-30, jan./jun. 1997, p. 27.

¹³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 58.

A proporcionalidade em Alexy

Põe-se em cheque a ideia de segurança jurídica, uma vez que, se o juiz se vale do poder discricionário para decidir, o fundamento da sua decisão não está no direito positivo ou na argumentação jurídica, e sim, na sua condição de órgão jurisdicional.

Em síntese, a partir do momento no qual a autoridade escolhe o texto, à luz dos fatos que ela qualifica livremente, e “insere” ela mesma no texto da norma que ela também terá livremente criado, não há mais lugar para a ideia de uma “aplicação” das normas, se este termo deve ter algum sentido. A interpretação torna-se uma operação meramente volitiva, visto que parece impossível estabelecer o momento cognitivo¹⁴.

Em síntese, em vez de uma interpretação propriamente dita, conclui-se que o judiciário criaria um novo direito após os fatos e o aplicaria retroativamente, arvorando-se no papel de legislador segundo (ou derivado), aplicando normas que ele próprio criou para o caso concreto.

De suma importância para a compreensão dessa guinada na Teoria Pura do Direito é a explicitação do entendimento kelseniano de que a interpretação por parte do juiz não é um ato meramente cognitivo, e sim, um ato de vontade. Nessa esteira, a “identificação” de uma norma não presente na moldura previamente estipulada, poderia ser considerada se tal processo fosse realizado pelo órgão julgador. Ele chamará de “interpretação autêntica” aquela fruto de uma operação cognitiva do Direito, combinada com um ato de vontade livre do juiz, que poderia dar-se, inclusivamente, de forma desvinculada das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva. Considerara-se este o “giro decisionista” da teoria de Kelsen¹⁵.

Evidentemente que a concepção positivista de que o Direito é um sistema fechado, de regras unicamente, cuja forma de aplicação e interpretação é previamente delimitada e que em caso de colisão, o fiel da balança será o poder discricionário do magistrado mostrou-se incapaz de se sustentar. Dworkin conclui que isso se dá em virtude da concepção unidimensional das normas enquanto regras, desconsiderando-se os princípios. Assim sendo, os conflitos entre elas geram situações de indeterminação jurídica que podem ser eliminados através do decisionismo¹⁶.

É mister que se destaque que o objetivo dos positivistas era construir uma teoria com base em um sistema fechado de normas por meio do qual viriam decisões jurídicas consistentes e se teria um Direito independente da política. O resultado, contudo, foi a falta de legitimidade das decisões proferidas, já que se

¹⁴ JOUJUAN, Olivier. Apresentação do tradutor. In: MÜLLER, Friedrich. *Discours de La méthode juridique [Jurustuche Methodik]*. Traduzido do alemão por Olivier Joujuan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 8.

¹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, *Direito processual constitucional*, op. cit., p. 50.

¹⁶ HABERMAS, *Between facts and norms*, op. cit., p. 209.

Saulo Salvador Salomão

pressupunha que tal legitimidade estaria basicamente relacionada à observância dos procedimentos previamente estipulados para a produção das normas, minimizando assim, em muito, a importância da fundamentação racional das referidas decisões.

A obra de Kelsen é considerada o marco teórico e um ótimo exemplo de interpretação e aplicação do direito sob a óptica do paradigma do Estado Social. Entretanto, uma vez que a indeterminação do Direito não pode ser eliminada, deve-se enfrentar a abertura hermenêutica da jurisdição com base na análise precisa da fundamentação das decisões judiciais, que devem ser adequadas ao paradigma constitucional vigente¹⁷.

Com a falência desse modelo, visando superar o positivismo, busca-se destacar a “relevância da fundamentação racional das decisões judiciais, em face de um sistema jurídico que deve ser reconhecido enquanto um ordenamento estruturalmente aberto, indeterminado e principiológico, sem que se reforce o decisionismo ou se comprometa o ideal de segurança jurídica e a supremacia da constituição”¹⁸.

REGRAS E PRINCÍPIOS – A TEORIA DE ALEXY

54

Com a crise do Positivismo, buscou-se superar os problemas que a causaram através de uma nova compreensão do Direito, especialmente seu caráter principiológico e sua indeterminação estrutural. Tal tarefa, contudo, não é das mais fáceis, uma vez que, mesmo reconhecendo que os princípios são parte integrante do ordenamento jurídico, a forma como são concebidos pelos teóricos do direito varia de maneira considerável. Mais do que reconhecer o caráter principiológico do direito e sua indeterminação estrutural, é necessário compreender como aplicar os princípios no caso concreto e como lidar com a dita indeterminação.

Um dos primeiros teóricos a estabelecer uma distinção qualitativa bem elaborada entre as diferentes espécies de normas jurídicas, Ronald Dworkin chama atenção para a dimensão de “peso”¹⁹, da qual os princípios jurídicos seriam dotados. Alerta, ainda, para o fato de que, enquanto as normas do tipo regra são aplicadas na forma de tudo ou nada, os princípios cuidam de apontar um sentido de regulação, não contendo as condições totais de sua aplicação e carecendo de outras normas com as quais se avalia se o princípio regula o caso em questão. Nas palavras de David Duarte, “Assim, enquanto a regra, caso não seja inválida,

¹⁷ COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 69.

¹⁸ COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 72.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42.

A proporcionalidade em Alexy

determina um efeito necessariamente aceite, um princípio apenas aponta para uma solução a considerar”²⁰.

É a partir daí que se desenvolve a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy²¹, quando afirma que os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. São, dessa forma, mandados de otimização, podendo ser satisfeitos em níveis diferentes. Mais ou menos, em consonância com as possibilidades do caso concreto²².

Clareia-se o retro afirmado dizendo que, por limites jurídicos, pressupõe-se a colisão no caso concreto do princípio observado com outra norma, seja ela do tipo regra ou princípio, portadora de um sinal inverso. Ou seja, que determine que, a partir dali, a regulamentação jurídica se dará de forma distinta daquela apontada pelo dito princípio²³.

Esse raciocínio nos conduz a uma consequência lógica, qual seja a diferenciada forma de resolução de conflitos normativos entre regras e princípios.

Um conflito entre regras – antinomia – deve ser resolvido pelos critérios da anterioridade (norma posterior revoga norma anterior), especialidade (norma especial derroga norma geral) e hierarquia (a aplicação de norma hierarquicamente superior se sobrepõe à de uma norma hierarquicamente inferior). Quando da resolução do conflito, três são os caminhos possíveis: pelo menos uma regra será declarada inválida, a não ser que a tal uma das regras não seja cabível à situação ou, quando se tratar de uma exceção de uma regra mais ampla²⁴.

No caso dos princípios, a resolução dos conflitos normativos se opera de forma substancialmente diferente em razão de suas peculiaridades. Por possuírem dimensão de peso, os princípios podem ser satisfeitos em diferentes graus. Em maior ou menor proporção, dependendo das condições de fato e Direito que se apresentarem. Uma colisão entre princípios deve ser resolvida através da “ponderação de bens” ou “valores” (Alexy, afirma que os princípios são como os valores, diferenciados unicamente por terem caráter deontológico e não meramente axiológico)²⁵. É com o sopesando dos princípios que o órgão jurisdicional conseguirá decidir a intensidade da medida devem estes ser satisfeitos.

²⁰ DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 101.

²¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 5. ed. 2006, trad. Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008.

²² ALEXY, *Ibidem*. p. 90.

²³ DUARTE, *A norma da legalidade procedimental administrativa*, op. cit., p. 102.

²⁴ ALEXY, *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/98. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes, p. 12.

²⁵ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios juridicos y razón practica. In: *Derecho y razón practica*. México: Distribuciones Fontanamara, 1993, p.16.

Saulo Salvador Salomão

Deve-se analisar, no caso concreto, levando em consideração todas as circunstâncias do caso, qual princípio tem o maior “peso”. Do resultado deste sopesamento, extrair-se-á que, nas condições mencionadas, a satisfação de determinado(s) princípio(s) devera(ão) preceder a satisfação de outro(s), Formando assim um enunciado de precedência. A esta formulação Alexy dá o nome de “Lei da Colisão” p. 99 (P₁ P P₂) C.

Frise-se que a ideia do sopesamento não foi gestada por Alexy, consistindo essa numa pratica do tribunal constitucional alemão: Caso Lebach²⁶ (baden meinhoff), caso Lüth²⁷, dentre outros.

CRÍTICAS DE HABERMAS

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy tornou-se alvo de críticas por diversos setores da doutrina jurídica, cabendo as mais contundentes e fundamentadas ao Prof. Jürgen Habermas.

Alexy separa as criticas Habermasianas a sua teoria em dois planos de análise: No primeiro, a crítica de que a ponderação retiraria dos direitos fundamentais o seu poder normativo, eis que os reduziria à condição de políticas ou valores, fazendo com que perdessem sua “prioridade estrita” em relação aos argumentos concorrentes (de valor, moral, ética etc.) no momento da aplicação normativa.

56

Há uma grande diferença quando se decide algo com base num argumento moral ou num argumento jurídico. Se colocarmos ambos, face a face, a norma deverá ter prioridade absoluta sobre um argumento que evoque moral, valores e etc., o que não se verificaria quando da “ponderação de bens”, ocasião em que se daria aos princípios jurídicos o mesmo tratamento que aos demais, desprezando assim, seu caráter deontológico. Para usar o termo Habermasiano, retiraria dos princípios seu escudo de proteção, seu firewall, erigido pela compreensão deontológica das normas jurídicas²⁸.

No segundo plano de análise, destaca-se a crítica, segundo a qual a ponderação produziria um juízo em relação ao seu resultado, sem contudo, ser capaz de justificá-lo. Da aplicação gradual dos direitos fundamentais não permitiria se extrair que uma decisão fora correta ou incorreta, colocando a pratica da ponderação fora do domínio da justificação²⁹.

O sopesamento permaneceria como um procedimento que levaria a uma decisão imune à valoração externa, o que, por si só, geraria insegurança jurídica,

²⁶ BVerfGE 35, 203.

²⁷ BVerfGE 7, 198.

²⁸ HABERMAS, *Between facts and norms*, op. cit., p. 255.

²⁹ COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 128-129.

A proporcionalidade em Alexy

uma hipertrofia do Poder Judiciário e uma atrofia do papel da academia, cujo pensamento seria limitado ao resultado das ponderações feitas pelo Estado-Juiz.

Afirma ainda que a ponderação não seria um modelo aberto a um controle racional. Uma vez que princípios e valores não se autorregulam, o sopesamento ficaria submetido ao arbítrio daquele que sopesa. Ela abriria espaço para manifestação do subjetivismo e decisionismo do órgão jurisdicional³⁰.

Com essas objeções, Habermas apontaria consequências graves da aplicação da teoria em apreço: (i) a diluição do poder normativo dos direitos fundamentais (dos princípios jurídicos em geral), o que representaria um severo retrocesso histórico para a manutenção desses direitos e garantias. Os direitos fundamentais foram conquistados com processos revolucionários e construções que remontam o início da vida em sociedade. A elevação destes ao status de normas jurídicas representa significativa vitória, já que os tira da condição de ideia abstrata e lhes confere caráter deontológico. Vinculativo. Rebaixá-los, novamente, à condição de valores seria marchar para trás na história; (ii) a irracionalidade das decisões judiciais, quando se constata que o procedimento da ponderação de bens não garantiria uma justificação consistente das decisões judiciais por ele atingidos. A ausência de critérios que disciplinem a sua aplicação implicaria na assunção de que terminaria o controle feito pelo ordenamento jurídico no momento em que se inicia o ato da ponderação, abrindo espaço para o subjetivismo e decisionismo do julgador; (iii) o sacrifício da ideia de correção das decisões judiciais, algo essencial ao Direito e à democracia, juntamente com a justificação (não se teria critérios para separar a decisão correta da incorreta). Na ausência desses critérios, não se tem elementos para efetuar o necessário controle do Judiciário, o que gera incertezas e insegurança jurídica.

57

CONSIDERAÇÕES DE ALEXY: A PROPORCIONALIDADE

Diante das críticas apontadas a sua teoria, Alexy reconhece, no tocante a racionalidade, que seriam justas se quisessem dizer que com o sopesamento não se chegaria a um resultado único e inequívoco sempre. Contudo, tal conclusão não é suficiente para afirmar que o sopesamento não seja um procedimento racional³¹.

Há duas formas de sopesamento. O decisionista e o racional. Em ambos, o resultado é um enunciado de precedência que dirá que, nas circunstâncias do caso concreto, a aplicação de um princípio X precedera a aplicação de um princípio Y. A diferença entre um e outro se dá no caminho percorrido para se chegar ao enunciado de precedência.

³⁰ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, op. cit. p. 163-164.

³¹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 164.

Saulo Salvador Salomão

No primeiro caso, o estabelecimento da precedência se daria de forma intuitiva, movida por preconceções e valores subjetivos do magistrado. Nesses casos, realmente não seria possível se falar em um sopesamento correto ou equivocado. Tampouco seria possível falar em racionalidade do sopesamento.

Para Alexy, um sopesamento é racional, quando o enunciado de precedência ao qual ele conduz pode ser fundamentado de forma racional³². Dessa forma, ele apresenta um método baseado no desenvolvimento de etapas que integram a estrutura do princípio da proporcionalidade para daí extrair o enunciado de precedência.

O autor também se vale da jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã (que nos últimos cinquenta anos utilizou a ponderação para a resolução de conflitos entre princípios) para reafirmar a racionalidade.

Ressalte-se a confiança depositada por Alexy no método, eis que o considera capaz, por si só, de assegurar a racionalidade de todo o processo da ponderação, justificando o resultado da decisão judicial.

O raciocínio de Alexy passa pela construção na qual o princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

58

O primeiro, diz respeito à idoneidade do meio para o atingimento dos fins que o inspiram. Questiona-se se o meio empregado alcança ou não fim pretendido. Se há congruência entre meio e fim. Não há que se falar aqui em mais ou menos adequado, e sim, saber se um meio é adequado ou não. Se é ou não eficaz em promover o resultado ao qual se presta³³. Considera-se ainda adequado o meio que fomenta o fim almejado.

Vê-se de forma mais clara, quando se opta pela construção negativa do raciocínio. Uma medida só falhara no teste da adequação se o for completamente inidônea para alcançar o fim que se busca.

O exame do segundo subprincípio pressupõe a observância prévia do primeiro. Considerando unicamente os meios tidos como adequados, o subprincípio da necessidade (ou exigibilidade) ordena que seja escolhido aquele que for igualmente eficaz e menos oneroso possível. Deve ser aplicado o meio menos intensamente interferente possível e que seja igualmente adequado, isto é, capaz de melhorar a posição de alguém sem qualquer custo para outros (ou com o menor custo possível)³⁴.

³² ALEXY, *Ibidem*, p. 165

³³ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 88.

³⁴ COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 134.

A proporcionalidade em Alexy

J. J. Canotilho, na mesma linha, elabora explicação mais detalhada, dividindo o subprincípio da necessidade em (i) a necessidade material, devendo o meio ser preservado o quanto for possível no tocante à limitação dos direitos fundamentais; (ii) a exigibilidade espacial, requisito de limitação do alcance da intervenção; (iii) a exigibilidade temporal, que estabelece a limitação da duração da interferência coativa; (iv) a exigibilidade pessoal, que limita a atuação da medida aos envolvidos³⁵.

O terceiro é o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Denominado por Alexy como “Mandado de Ponderação” Este é o momento cabal do sopesamento. Uma vez eleito o meio adequado e necessário para a promoção do fim almejado, far-se-á o sopesamento considerando a “lei da ponderação”: “quanto maior for o grau de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro”. Nela esta expressa a ideia de otimização que Alexy atribui aos princípios.

Segundo Daniel Sarmento, é o momento de se analisar a relação custo-benefício da norma avaliada (no contexto do controle de constitucionalidade). Utiliza-se, para efeitos didáticos, a metáfora de uma balança. De um lado se colocaria os interesses protegidos com a medida e de outro lado os interesses restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a medida será constitucional. Se maior for a restrição imposta, estaremos diante de uma inconstitucionalidade³⁶.

Nos casos de conflitos normativos, se a afetação de um princípio for maior do que a importância de se resguardar o outro princípio colocado no sopesamento, a norma de precedência indicará a necessidade de realização do primeiro princípio.

Ainda seguindo o raciocínio de Sarmento, é patente que no sopesamento não estamos diante de valores aritméticos e a metáfora da balança é exatamente o que se propõe ser uma metáfora. Ele reconhece que “Esta tarefa envolverá certa dose de subjetivismo, razão pela qual se recomenda ao juiz uma especial prudência no exercício do controle de constitucionalidade fundado nesse subprincípio”³⁷. (grifo nosso)

Ao fim do exame da proporcionalidade, deve-se verificar se o meio escolhido alcança o fim almejado, se ele é o menos oneroso possível e se o custo-benefício (contraste entre o princípio promovido e o princípio afetado) de sua aplicação é justificado.

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, p. 387.

³⁶ SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, op. cit., p. 89.

³⁷ SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, op. cit., p. 90.

Saulo Salvador Salomão

A metodologia do sopesamento também se divide em três etapas: inicialmente estabelece-se o grau de afetação de um princípio denominado P_1 . Em seguida, determina-se a importância de satisfazer o princípio concorrente (P_2). Por fim, verifica-se se a importância da realização de P_2 justifica a afetação imposta a P_1 .

De tal raciocínio, extrai-se a fórmula do peso (weight formula).

$$W_{1,2} = \frac{I_1 W_1 R_1}{I_2 W_2 R_2}$$

Na fórmula: “W” corresponde ao peso dos princípios (weight), 1 e 2 são os princípios em conflito, “I” corresponde à intensidade da interferência e “R” à consistência dos fatos empíricos (reliability). “W1” e “W2” dizem respeito aos pesos abstratos dos princípios.

São com os referidos critérios que Alexy considera infundadas as objeções levantadas por Habermas no tocante à irracionalidade do sopesamento, bem como a diluição da força normativa dos princípios.

O autor reconhecesse a necessidade de que a atividade jurisdicional seja realizada de forma racional. Acredita, contudo, que o método da proporcionalidade seja suficiente para conferir ao sopesamento a racionalidade necessária. “(...) a primeira objeção de Habermas seria justificada se não fosse possível realizar juízos racionais acerca, em primeiro lugar, da intensidade da interferência, em segundo lugar, dos graus de importância, e, em terceiro lugar, dessas relações entre si”³⁸.

60

Com base na análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, Alexy formula uma escala em que tanto a afetação de um princípio quanto a importância do resguardo ao outro poderia ser classificada como leve, moderada ou seria (podendo ser atribuído um valor numérico a cada uma dessas classificações $l=1, m=2, s=4$).

No tocante às críticas de que a ponderação retiraria a decisão judicial do campo do correto ou incorreto, prejudicando assim sua justificação, a resposta é dada também com base na análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, em especial com o “Caso das sátiras da revista Titanic”.

O caso trata de um oficial militar, paraplégico e reformado que fora chamado pela revista de conteúdo humorístico de “assassino nato” e posteriormente de “aleijado”.

Condenada a indenizar o oficial em virtude das duas supostas ofensas, o periódico apresentou uma queixa constitucional à Corte Maior que realizou uma

³⁸ ALEXY, *Constitutional rights, balancing and rationality*. Ratio Juris, v. 16, n.2, p. 136. jun. 2003. Traduzido para fins acadêmicos por Menelick de Carvalho Netto.

A proporcionalidade em Alexy

ponderação dos valores envolvidos, qual sejam a liberdade de expressão e o direito geral à personalidade do oficial. Por meio da ponderação, pretendeu-se analisar a intensidade das interferências recíprocas entre esses direitos.

O valor da condenação por danos morais foi considerado uma interferência “duradoura e séria” na liberdade de expressão, uma vez que certamente afetaria a disposição futura da revista na produção de seus trabalhos. A expressão “assassino nato”, por sua vez, não configurou (para o Tribunal) uma ofensa séria em virtude do contexto humorístico da reportagem na qual estava inserida. Considerou-se uma intervenção moderada no direito da personalidade do oficial, logo, reduziu a importância em se proteger o seu direito da personalidade. Assim sendo, a condenação referente a essa expressão “assassino nato” foi tida por desproporcional por parte da Corte Constitucional, eis que considerada uma “seria interferência no direito constitucional de liberdade de expressão, cuja intensidade superaria a da interferência no direito constitucional da liberdade de expressão, cuja intensidade, que, no caso concreto não teria sido tão grave assim”. Assim sendo, constatou-se um erro na ponderação efetuada no juízo a quo³⁹.

A qualificação “aleijado”, por sua vez, foi considerada um “sério dano ao direito da personalidade do oficial paraplégico” e destacou-se a importância de se proteger o oficial por meio de uma indenização substancial em virtude dos danos. Nesse caso, a ponderação realizada pelo juízo a quo foi considerada correta.

Para Alexy, a estrutura formal do raciocínio perpetrado pela Corte Constitucional Alemã fora realizado à luz do princípio da proporcionalidade que assegura a menor interferência possível na efetivação dos direitos fundamentais. Disproportionality Rule. A relação entre os juízos sobre graus de intensidade e as razões postuladas para justificá-los” confirmaria, segundo Alexy, esse aspecto geral, esvaziando assim a crítica de Habermas de que a ponderação de valores ocorre de forma arbitrária e irrefletida, de acordo com padrões e hierarquias costumeiras⁴⁰.

Ele afirma ainda que no caso em apreço não houve um juízo arbitrário sobre a intensidade da interferência na liberdade de expressão e no direito da personalidade, já que a Corte considerou séria a interferência na liberdade de expressão e que, apesar de ser questionável se a classificação de moderada ou leve caberia para a interferência relativa a chamar alguém de “assassino nato” seria correta, não há como negar que a Corte apresentou razões plausíveis para tanto. Para entender como “séria” a interferência realizada ao se chamar um paraplégico de “aleijado”, o Tribunal considerou uma classificação humilhante e desrespeitosa. Isso é um argumento, logo, não há que se falar em arbitrariedade.

³⁹ COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*, op. cit., p. 141.

⁴⁰ ALEXY, *Constitutional rights, balancing and rationality*, op. cit., p. 139.

Saulo Salvador Salomão

Por fim, quanto às críticas de que os sopesamentos realizados pela Corte Constitucional Federal se dariam “de forma irrefletida, segundo padrões e hierarquias costumeiras”, Alexy reconhece que desde o Caso Lüth são traçados precedentes. No entanto, tal afirmação só seria verdadeira se os precedentes fossem a única justificativa dada para sustentar as decisões, fato que não ocorre. Não há também que se falar em aplicação irrefletida, eis que se pressupõe um quadro de argumentação e argumentos são a expressão pública da reflexão. Não ha que se falar em ausência de argumentação⁴¹.

Ainda sobre a crítica de que a ponderação implicaria na redução dos direitos fundamentais a valores, mitigando a barreira protetora (firewall) caracterizada por sua natureza deontológica, Alexy recorda o art. 19, § 2º, da Lei Fundamental Alemã, que afirma que é proibido afetar os direitos fundamentais em seu conteúdo essencial. No momento do sopesamento, esse “centro de resistência” dos princípios deve ser observado e sua identificação se daria na relação dele com os demais direitos fundamentais. Sua fixação se da de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Com base no exposto, Alexy entendeu rebatidas as críticas feitas por Habermas.

A INSUFICIÊNCIA DO MÉTODO

62

Alexy reconhece, tal como Habermas, a necessidade de que a jurisdição seja um processo racional, fundamentado e justificável, mostrando-se também avesso a subjetivismos e decisionismos, que em nada tem a ver com o paradigma do Estado Democrático de Direito e com a superação do modelo positivista.

Nessa esteira, defende que a “Jurisprudência dos Valores” supera esses entraves e credita isso, basicamente, ao método por ela adotado, valendo-se do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios. Um critério prévio de racionalidade, intitulado Law of Balancing ou Disproportionality Rule capaz de justificar de forma suficiente os resultados obtidos com a ponderação.

Na mesma esteira posiciona-se o Min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, para quem o princípio da proporcionalidade seria o critério orientador e garantidor que a relação entre o fim que se pretenda alcançar e o meio utilizado seja racional e proporcional⁴².

Essa opinião, contudo, encontra resistência por parte da doutrina, em especial pelo Prof. Menelick de Carvalho Netto (UFMG), que ressalta a advertên-

⁴¹ ALEXY, *Constitutional rights, balancing and rationality*, op. cit., p. 139.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1988, p. 38-40.

A proporcionalidade em Alexy

cia acerca da atribuição de pretensões excessivas à racionalidade humana na modernidade, que pretensamente se sentia capaz de revelar um conhecimento absoluto, incentivando a busca pela superação do mito da razão moderna, fortemente vinculado a inocente pretensão científica da neutralidade do método.

(...) saber que a nossa racionalidade é humana, sabê-la histórica, limitada, datada, ela própria uma construção social vinculada a determinadas tradições, praticas, vivencias, a determinados interesses e necessidades, no mais das vezes naturalizados e apenas pressupostos, O positivismo, no afã de eliminar mitos, dando curso ao projeto iluminista de iluminar as trevas, criou o maior dos mitos, o mito da ciência, do saber absoluto⁴³.

Para Carvalho Netto, se entender precária e limitada, reconhecendo a complexidade do saber, enfrentando e incorporando riscos, constatar os limites da sua própria racionalidade, é a única forma que a ciência tem de realmente apresentar conhecimento. Faz-se necessária a exposição à fundamentação de tudo o que se afirma, repudiando a crença na existência de um método neutro ou critério jurisdicional capaz de assegurar, por si só, a racionalidade de todo o processo de ponderação e justificar seu resultado representa um pressuposto que também deve sujeitar-se à problematização. Não é possível racionalizar uma prática criando novos mitos.

Ressalta Alexandre Coura que o recurso no âmbito hermenêutico a métodos preconcebidos menospreza a existência de um pano de fundo integrado por preconceitos e concepções que marcam tanto a escolha de tais “critérios” quando sua própria aplicação, o que também dependera de interpretação.

Esse raciocínio tem forte esboço na teoria de Martin Heidegger, que preceitua que toda a interpretação funda-se necessariamente numa posição prévia, razão pela qual a interpretação nunca é uma apreensão isenta de pressuposições de um dado preliminar⁴⁴.

Todo princípio de interpretação deve, portanto, ser entendido como aquilo que a interpretação já põe, ou seja, como algo que é preliminarmente estabelecido na posição ou concepção prévia, o que também é fruto da interpretação e requer justificação⁴⁵.

Imprescindível resgatar a construção heideggeriana do Dasein. A pessoa, enquanto “ser no mundo”, carrega experiências das quais não se pode desvincular. O preconceito é parte integrante de qualquer compreensão, tendo em vista

⁴³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, p. 92.

⁴⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia de Sá Cavalcante. Parte I. 9. ed. Petrópolis: Vozes: 2000. Título original: *Sein und Zeit*, p. 207.

⁴⁵ COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 150.

que é determinado pela historia que cada qual, inevitavelmente carrega consigo, não podendo ser descartado⁴⁶. Na mesma linha, Hans-Georg Gadamer coloca o conhecimento como algo condicionado às ideias de pré-conceito e de experiência, atentando contra um forte postulado das ciências desde o Positivismo científico e filosófico do século XIX – “a crença na neutralidade do método”.

Essa é a crítica feita à afirmação de que o princípio da proporcionalidade configuraria um critério ou método neutro, capaz de assegurar, por si só, a racionalidade da “jurisprudência dos valores”⁴⁷. Nesse sentido, a afirmação de que fazer ciência não consiste num procedimento de constituição de seus objetos, e sim um processo de depuração dos preconceitos vividos e interpretados pelo agente do conhecimento, valendo-se, para tanto, da linguagem. A ideia de que um método seria capaz de superar todo e qualquer preconceito, para Gadamer, logrará êxito somente em encobri-lo. Maquiá-lo.

Para Bittar, contrariar isso é correr o risco de aceitar a “inocência metodológica que reduz os fenômenos sociais a meras fatias do saber do mundo dispostas para análises laboratoriais”⁴⁸.

64 Todo esse raciocínio leva a concluir que estamos de frente a um sério risco: a crença de que a prática da ponderação pode ser racionalizada exclusivamente pela aplicação do princípio da proporcionalidade, conduzindo ‘a conclusão de que o juiz pode exonerar-se da responsabilidade de fundamentar a fundo suas decisões, não podendo essas, em hipótese alguma, ser consideradas decorrência silogística da aplicação do método.

Nas palavras de Alexandre Courea:

A pretenciosa tentativa de eliminar os riscos, reduzindo a complexidade da interpretação jurídica pelo recurso a critérios previamente estabelecidos, não deve retirar dos magistrados a tarefa hercúlea de levar a serio as situações concretas que se apresentem, juntamente com todo o conjunto de normas e princípios aplicáveis, reconstruindo coerentemente, à luz do caso, isto é, de forma dinâmica, tendo em vista a unicidade e irrepetibilidade que marcam cada situação de aplicação⁴⁹.

Diante disso, reforça-se a necessidade de continuidade nos debates, pois, em tempos de transição paradigmática para o Estado Democrático de Direito, a

⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flavio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. Título original: *Wahreit und Methode*.

⁴⁷ ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996, p. 228-229.

⁴⁸ BITTAR Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.) *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 185.

⁴⁹ COURA, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*, op. cit., p. 152.

A proporcionalidade em Alexy

interpretação jurídica se dá no campo da disputa entre diferentes compreensões paradigmáticas. A naturalização das certezas é, portanto, algo perigoso, eis que podem estas estar encobrendo pura ideologia, adverte Habermas⁵⁰.

Afinal, métodos são obras humanas, não sendo nenhum deles, instrumento neutro capaz de superar sua própria condição. Sua utilização importará numa mediação constitutiva de sentido a ser realizada pelo intérprete, à luz de suas preconcepções, que não podem ficar imunes à discussão⁵¹.

CONCLUSÃO

Tem-se por crise um período em que o “velho” ainda não ruiu completamente e o novo ainda não se estabeleceu. Crise é a palavra que define bem o momento histórico que se vivencia. Se por um lado o positivismo jurídico não mais dava conta de se sustentar enquanto teoria do Direito apta e condizente com o paradigma atual, por outro, não podemos dizer que ele se encontra superado. O paradigma do Estado de Bem-estar-social não atingiu plenamente seus objetivos e não se tem uma sociedade com pleno acesso aos direitos de segunda geração. A democracia que ganhou vez na Europa (após a Segunda Grande Guerra, em alguns países) e na América Latina (há vinte e dois anos no caso brasileiro) ainda demonstra fragilidades, tanto nesta, quanto naquela. Citem-se exemplos noticiados frequentemente na mídia, como fraudes eleitorais na Itália e o recente golpe militar em Honduras. Não é de causar estranheza o fato de existirem constantes divergências no que tange à escolha de uma teoria do Direito que se amolde ao necessário para esse momento. Ainda se travam batalhas diárias para a consolidação do novo paradigma e essas podem muito bem ser observadas no campo da teoria jurídica. O Direito é o instrumento por meio do qual o Estado pode tirar tanto o dinheiro quanto a liberdade de um cidadão. É também o instrumento hábil a dar a cada um o que é seu. É, pois, ponto crucial dessa disputa.

Lidar com a indeterminação do Direito e com a sua natureza principiológica também não são tarefas das mais fáceis. Se fosse, tanto este artigo, quanto a bibliografia à qual recorre, perderia o sentido. A pergunta que deve nortear essa busca deve ser: como superar os motivos que levaram a “Teoria Pura do Direito” a se tornar incompatível com o novo paradigma? A tentativa de Alexy de se destacar como pós-positivista com a Teoria dos Direitos Fundamentais se frustra na medida em que não atinge tais resultados. Não supera com a ponderação baseada no princípio da proporcionalidade o decisionismo e o solepsismo tão característicos da herança Kelseniana, na medida em que confere ao método a respon-

⁵⁰ HABERMAS, *Between facts and norms*, op. cit., p. 194.

⁵¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 132.

sabilidade pela racionalidade do resultado. O fazendo, isenta o Estado-Juiz da necessidade imperativa de fundamentar cada instante de sua decisão, seus atos e posicionamentos. Conferir à ponderação tal virtude é engano dos mais sérios e perigosos, eis que nos remete a outros tempos em que o império não era do Direito, e sim do julgador. Ressalte-se, ainda, a necessidade de se aceitar como ponto de partida um Direito que opere de forma coesa, que trate com o mesmo respeito todos aqueles a ele subordinados. Um Direito que possa ser visto enquanto um todo, norteado pela Constituição e que não permita respostas distintas para situações semelhantes em virtude de os casos terem sido julgados por diferentes magistrados com diferentes concepções. O “Direito como Integridade”, preconizado por Dworkin, de onde Alexy se afasta, quando passa a entender os princípios enquanto mandados de otimização. É pertinente a crítica habermasiana que afirma que tal resolução é perigosa, por retirar dos princípios seu caráter deontológico, não sendo suficiente para refutá-la a previsão do art. 19, II, da Constituição Alemã. Se o núcleo essencial de um princípio é definido pelo magistrado no momento da ponderação, conclui-se que suas fronteiras são tão fluidas, quanto as já atribuídas aos princípios de forma geral. Partir desse pressuposto é retroceder num processo de construção coletiva de emancipação popular e social que permitiu a conquista e consolidação dos direitos fundamentais. É este o pilar mais frágil da teoria de Alexy, eis que central e de onde derivam os outros.

66

Frise-se que é a concepção dos princípios, enquanto mandados de otimização que permite a utilização do princípio da proporcionalidade enquanto ferramenta hábil para a prática da ponderação de bens/valores/princípios. É este raciocínio que conduz ao segundo pilar mais frágil e importante da teoria em análise, que afirma que o método é idôneo o suficiente para conferir racionalidade ao processo do sopesamento. Se por um lado, os princípios, ora normas e agora equiparáveis a valores, tornam-se fluidos e maleáveis, é através do desenvolvimento das etapas da proporcionalidade que acontece o resgate da tão combatida discricionariedade que conduziu à derrocada o positivismo jurídico. Mais especificamente quando da utilização do “subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito”. Inexistem critérios palpáveis para aferição do peso concreto dos princípios sopesados. Ademais, afirmar que tal método é isento, ignora todo o avanço da hermenêutica ao longo dos anos, menosprezando a força das precompreensões e as excluindo da apreciação como se inexistissem. Ignorar as precompreensões é a forma mais eficaz de escondê-las. Camuflá-las. Maquiá-las. Contudo, em hipótese alguma é eficaz em eliminá-las.

Imaginando um exemplo onde se faz necessária a transfusão de sangue para uma criança que sofreu um acidente, a argumentação retro ganha contornos claros e firmes. No caso de ser o rebento membro de uma família adepta e praticante da religião “Testemunhas de Jeová”, notadamente conhecidos por não aceitar a transfusão sanguínea (eis que entendem que o processo anularia a pure-

za do corpo e da alma). Seria admissível reduzir o caso a uma ponderação entre a liberdade religiosa da família e o direito à vida do pequeno acidentado? Seriam esses princípios jurídicos passíveis de ponderação frente ao caso concreto. Mais: estariam as convicções religiosas do magistrado sendo levadas em consideração no momento da ponderação? O resultado dela seria diferente caso o magistrado do exemplo fosse adepto das crenças dos “Testemunhas de Jeová”? Por fim: Comporta o Estado Democrático de Direito a instabilidade de ver seus cidadãos submetidos a uma tutela jurisdicional baseada nos eixos postos por Alexy para a resolução de conflitos nos ditos Hard Cases? Impõe-se a negativa.

Dessa forma, conclui-se pela procedência do questionamento que dá título ao presente ensaio. O Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito é uma janela para a discricionariedade na formula de Alexy, na medida em que sua utilização na resolução de conflitos normativos entre princípios dá azo às manifestações camufladas do subjetivismo por não ter elementos que limitem ou disciplinem sua utilização, por permitir a equiparação de normas jurídicas do tipo princípio aos valores meramente axiológico, quando da prática da ponderação e, por fim, por pretender-se instrumento neutro e eficaz capaz de conferir racionalidade ao processo, isentando assim, o magistrado da tarefa hercúlea que deve carregar de vasculhar todo o ordenamento jurídico para encontrar a única solução que o Direito aponta como sendo a adequada para o caso concreto, único, particular e irrepetível.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. In: *Derecho y razón practica*. México: Distribuciones Fontanamara, 1993.
- _____. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/98. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.
- _____. *Constitutional rights, balancing and rationality*. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003. Traduzido para fins acadêmicos por Menelick de Carvalho Netto.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*, 5. ed. 2006.
- ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.
- BAHIA, Alexandre Gustavo de melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuições a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BITTAR Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 47-68, jul./dez. 2012

Saulo Salvador Salomão

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO NETO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 5, p. 27-30, jan./jun. 1997.

_____. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COURA, Alexandre Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*: para análise crítica da “jurisprudência” de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa*: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

68

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flavio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. Título original: *Wahreit und Methode*.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Massachusetts: The MIT Press, Cambridge, 1996. Original: *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994.

HEIGEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia de Sá Cavalcante. Parte I. 9. ed. Petrópolis: Vozes: 2000. Título original: *Sein und Zeit*, p. 207.

KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 2. ed. Trad. Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962.

JOUJUAN, Olivier. Apresentação do tradutor. In: MÜLLER, Friedrich. *Discours de La méthode juridique [Jurustuche Methodik]*. Traduzido do alemão por Olivier Joujuan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

KUHN, T.S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1988, p. 38-40.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Artigo de autor convidado

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 47-68, jul./dez. 2012

**A POSIÇÃO DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE
MODERNA HIPERCONSUMISTA:
POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO PARA
O CONSUMO SUSTENTÁVEL***

**THE POSITION OF THE CONSUMER ON MODERN
HIGH CONSUMERIST SOCIETY:
POLICIES ON EDUCATION FOR SUSTAINABLE
CONSUMPTION**

Agostinho Oli Koppe Pereira**

Cleide Calgari***

RESUMO

No presente trabalho pretende-se analisar a sociedade moderna hiperconsumista, onde o ser cidadão deixou de lado o *status* de cidadão para tornar-se apenas consumidor, onde o ter passa ser a palavra de ordem e o ser é jogado para um plano secundário. Nesse contexto, analisam-se, também, as consequências do hiperconsumo sobre o meio ambiente, fonte de matérias-primas e depósito de rejeitos. Verifica-se a vulnerabilidade do consumidor, premido pela publicidade e pelo poder econômico do mercado. Por fim, busca-se trazer à discussão o contexto de uma educação conscientizadora por meio de políticas públicas voltadas para a modificação dos paradigmas implantados pela modernidade.

Palavras-chave: meio ambiente; políticas públicas; consumo; sociedade moderna.

* Artigo elaborado junto ao Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica vinculado à Universidade de Caxias do Sul, dentro da pesquisa “hiperconsumo, riscos ambientais provocados pelos resíduos sólidos e políticas públicas no município de Caxias do Sul e Passo Fundo”, desenvolvida com apoio da FAPERGS.

** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); professor e pesquisador no Mestrado e graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, coordenador do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica. E-mail: agostinho.koppe@gmail.com – End. Rua Demétrio Ângelo Tiburi, 1370, Bairro Bela Vista, 95072-150, Caxias do Sul.

*** Doutora em Ciências Sociais na Universidade de Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Mestre em Direito (UCS); Professora da Universidade de Caxias do Sul (UCS); Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS). E-mail: ccalgari@hotmail.com – End. Rua 13 de julho, 1800, Bairro São Cristóvão, 95.058-39, Caxias do Sul.

SUMMARY

In this work we intend to carry out analysis about modern society hiperconsumista, where the citizen is left out as a citizen to become just a consumer, in the way that have become the watchword and the been is thrown into a background scenario. In this context also analyze the consequences of hyperconsume on the environment, source of raw materials and place of waste storage. Pressed by advertising and economic power in the market it finds a consumer vulnerability. Finally, we seek to bring to discussion the context of an awareness-education through public policy aimed at modifying paradigms deployed by modernity.

Keywords: environment, public policies; consumption; modern society.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho tem-se por objetivo investigar a posição do consumidor na sociedade moderna voltada ao consumo. Também visa-se analisar o papel que esse consumidor possui em um contexto de exigência de sustentabilidade ambiental que envolve a sociedade contemporânea.

Em um primeiro momento, analisar-se-á a sociedade moderna hiperconsumista, os problemas dela advindos e sua evolução no contexto atual, que impõe ao ser humano a vestimenta do consumo, onde ele vive para consumir, agindo não pela necessidade, mas sim por *status* e poder.

Já, em um segundo momento, estudar-se-á o papel do consumidor na sociedade hiperconsumista, verificando a abusividade que existe, muitas vezes, devido à publicidade e o *marketing*. Deve-se lembrar que o consumidor precisa ser educado, ou seja, precisa de informações que sejam transparentes e verossímeis, pois, sem esses fatores, têm-se consumidores fragilizados perante os fornecedores e, por meio dessa fragilidade/vulnerabilidade, abrem-se as portas para a abusividade (seja através de cláusulas contratuais ou práticas abusivas). Dessa forma, analisar-se-ão tanto os conceitos jurídicos quanto sociais das questões acima expostas.

Em um terceiro momento, buscar-se-á analisar a solução, ou soluções, para o tema apresentado. Uma das soluções a ser defendida é a educação para o consumo sustentável, verificando uma nova ideia de consumo, em que os consumidores sejam educados e orientados a não consumirem por *status*, e sim por necessidade. A ideia de educação que se propõe, nessa seção, não é a de uma educação formal, mas pautada na conscientização e mudança dos conceitos impostos pela sociedade moderna hiperconsumista.

A SOCIEDADE MODERNA HIPERCONSUMISTA: DO CONSUMO AO CONSUMISMO

A humanidade evolui tecnologicamente de forma significativa nos últimos séculos, apresentando avanços como o desenvolvimento da biotecnologia, da

A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista

ciência, da informática, das telecomunicações, da produção, das indústrias em geral. Esses avanços trouxeram grandes mudanças nas relações sociais e culturais, criando, assim, uma sociedade dita moderna, na qual o próprio tempo se configura totalmente diferente das sociedades pré-modernas.

Para Lipovestsky⁴, a sociedade está em tempo de guerra com o tempo, pois as pessoas acabam somente encarando o presente. Continua salientando que a febre das compras, na atualidade, é uma forma de compensação para preencher o vazio do presente e do futuro. Para ele:

Ninguém duvida de que, em muitos casos, a febre de compras seja uma compensação, uma maneira de consolar-se das desventuras da existência, de preencher a vacuidade do presente e do futuro. A compulsão presentista do consumo mais o retraimento do horizonte temporal de nossas sociedades até constituem um sistema. Mas será que essa febre não é apenas escapista, diversão pascaliana, fuga em face de futuro desprovido de futuro imaginável e transformado em algo caótico e incerto? Na verdade, o que nutre a escala consumista é indubitavelmente tanto a angústia existencial quanto o prazer associada às mudanças, o desejo de intensificar e reintensificar o cotidiano.⁵

Percebe-se que, na sociedade moderna, as pessoas em geral consomem para sanar seus vazios interiores, tornando-se escravos e escravas do consumismo (consumo exacerbado e desregrado). Nesse diapasão, é deixado de lado o consumo que serve estritamente para o sustento e as necessidades básicas, para direcionar o consumo em busca de *status* e poder.

A sociedade moderna traz como proposta se afastar dos pressupostos que formaram as sociedades ditas tradicionais, desvinculando-se do passado e, portanto, tendo o novo como elemento propulsor dos desejos. Nessa seara, o consumismo é implementado pelo mercado. Assim, quando se trabalha sob a ótica do mercado, verifica-se que a modernidade veio como uma possibilidade de satisfação das veleidades individuais, sem a preocupação com o passado ou futuro. Viver o presente, o aqui e o agora, são as palavras de ordem. Nesse plano das ideias, os indivíduos não se preocupam com questões importantes como: aonde vai o lixo gerado pelo consumismo? O que fazer com produtos que podem ser utilizáveis, mas que não são “o último modelo”?

A modernidade veio, com a possibilidade, por meio de conceitos concretos e desenvolvidos sob a ótica das certezas tecnológicas e científicas, além, certamente, da utilização da razão como forma de dominação da natureza, estabelecer uma sociedade capaz de proporcionar felicidade e

⁴ LIPOVESTSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Bacarolla, 2004, p. 76.

⁵ LIPOVESTSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Bacarolla, 2004, p. 76.

satisfação a todos os cidadãos. [...]. Com a modernidade, surgem aspectos como o dinamismo tecnológico, a forte vinculação com a razão; a ideia de ciência, como elemento de exatidão e certeza; a liberdade vinculada à razão; o otimismo exagerado de benesses a todos, dentro da ideia de globalização, entre outros.⁶

Dessa maneira, as relações de consumo, enquanto espécie das relações sociais, desenvolvem-se em um plano de dominação e alienação política, econômica, social e mesmo cultural, inferindo que as relações sociais – laços familiares, profissionais, educacionais, religiosos, culturais, políticos e mesmo jurídicos – sejam “contaminadas” com a poluição consumista, pois, segundo a versão moderna de sociedade, somente pelo “consumo” é possível buscar a felicidade, obter satisfação pessoal e ser cidadão.

Entretanto, essa felicidade é incognoscível, pois, no fundamento do mercado moderno, ela deve ser sempre procurada e nunca saciada. Na atualidade, a fórmula do consumo é: buscar uma felicidade que, ao ser tocada, se evanesce, se esmorece, para que ela seja buscada novamente e continuamente, todos os dias.

Os pressupostos da cidadania, lamentavelmente, são trocados por um único pressuposto, o consumismo como se ser cidadão fosse apenas consumir desregradamente.

72

Por esses caminhos em que envereda o consumo, até mesmo as relações sociais tomam novas conotações, superficiais e supérfluas.

Hoje, amar é como um passeio no *shopping*, visto que, tal como outros bens de consumo, o relacionamento humano deve ser consumido instantaneamente, não requer maiores intimidades nem grandes conhecimentos sobre a pessoa a se relacionar. Em seguida, será destruído e, depois, criam-se outros laços com outras pessoas da mesma forma. Assim, construindo laços *afetivos* rapidamente e, logo, desmanchando-os, como um bem de consumo.⁷

A sociedade moderna se forma em condições que programam um novo estilo de vida, em que o ser humano acaba perdendo sua essência, para se transformar em um ser consumidor. Dessa forma, a globalização, a facilidade nas aquisições a crédito, bem como o marketing possibilitaram a divulgação dos produtos e serviços, fazendo o novo se tornar indispensável. Destarte, as compras

⁶ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A modernidade e a questão da vida. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. *Direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008, p. 230.

⁷ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; PEREIRA, Mariana Mioranza Koppe. Hiperconsumo e a ética ambiental. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. *Relação de consumo: meio ambiente*. Caxias do Sul: EDUCS, 2009, p. 15.

A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista

de produtos e serviços foram facilitadas pelas tecnologias eletrônicas e pela internet, ou seja, por meio da informação, da rapidez e da acessibilidade, em que o tempo e espaços se separam. O tempo prefixado em que, paradoxalmente, o indivíduo pode estar, no mesmo instante, vivendo e mais que isso contratando em tempos diferentes; o espaço que se esvanece nas nuvens virtuais da internet.

Assim sendo, não se consome mais para sanar as necessidades de sobrevivência, mas sim pela alacridade de comprar, de satisfazer o ego, de se enquadrar em padrões sociais e culturais, de ganhar *status*, ou, mesmo, para consumir. Para Lipovetsky,

(...) Desde os anos de 1980, as novas elites do mundo econômico alardeiam sem complexos seus gostos pelos produtos de luxo e pelos símbolos de posição social. (...) O esnobismo, o desejo de parecer rico, o gosto de brilhar, a busca da distinção social pelos signos demonstrativos, tudo isso está longe de ter sido enterrado pelos últimos desenvolvimentos da cultura democrática e mercantil.⁸

Lipovetsky explica, ainda, que o mundo do consumo acaba se imiscuindo na vida e nas relações das pessoas. Para ele:

Todos os dias parece que o mundo do consumo se imiscui em nossas vidas e modifica nossas relações com os objetos e com os seres, sem que, apesar disso e das críticas que se formulam a respeito dele, consiga-se propor um contramodelo crível. E, para além da postura crítica, seriam raros aqueles que desejariam mesmo aboli-lo em definitivo. É forçoso constatar que seu império não para de avançar: o princípio de *self-service*, a busca de emoções e prazeres, o cálculo utilitarista, a superficialidade dos vínculos parecem ter contaminado o conjunto do corpo social, sem que nem mesmo a espiritualidade escape disso. (grifo do autor)⁹

Consequentemente, os objetos, os serviços e, principalmente as pessoas, podem ser substituídas. O tempo é momentâneo para a lógica consumista. Dessa maneira necessita-se provar de todas as “dávivas” advindas do consumo, em tempos efêmeros e lacônicos, sendo que o relativismo e o imediatismo são fatores e faces dessa nova sociedade de consumo.

Como afirma Campbell, “eu compro a fim de descobrir quem sou”¹⁰, portanto, comprar aduz *status*, evidencia o sucesso e proporciona uma noção de identidade e poder ao consumidor.

⁸ LIPOVETSKY, Gilles. *O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. São Paulo: Cia. das Letras, 2008, p. 51.

⁹ LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Bacarolla, 2004, p. 33.

¹⁰ CAMPBELL, Colin; BARBOSA, Livia (org). *Cultura, consumo e identidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 53.

Hoje, a publicidade¹¹ faz com que os homens, em seu espaço social, passem por processos de interação do consumo massivo, criando novos conceitos e padrões, fazendo com que a competitividade social os guie na busca constante de poder e de demonstração de sua capacidade de aquisição.

Essa busca por ascensão, por poder, conduz o ser humano moderno à estratificação social e a uma vinculação com o consumo, em que os bens materiais lhe proporcionam não somente conforto e possibilidade de sobrevivência, mas, principalmente o *status* social e o poder frente aos demais membros da sociedade. A modernidade cria sua couraça sobre essa dimensão, lugar em que tudo vem a se transformar em mercadoria, inclusive o próprio ser humano.

Essa cultura consumista se desenvolve, também, a partir de uma educação que cria o desejo pelo consumo, pelo descarte, pela valorização do novo. O velho se torna ultrapassado e sem sentido. Porém, as consequências dessas atitudes não têm qualquer proeminência para o “ser consumidor”. Consumir se torna a palavra mágica, capaz de transformar a vida do indivíduo, alçando-o ao patamar de detentor de *status* e de poder no mundo, dando-lhe a sensação de ser grandioso, o “Deus” de possibilidades e de oportunidades.

74

O consumo em massa de bens – sem uma consciência que revele aspectos como: relevância, forma de produção, impactos ambientais tanto na produção quanto no descarte do produto – presume aceitação, na esfera decisiva do estilo de vida, da ideia de mudança social e transformação pessoal, e da legitimidade a quem inovava e abria caminhos tanto na cultura quanto na produção¹².

A ideia de uma cultura do consumo é de sobremaneira apropriada à sociedade moderna, pois ela se revela estruturada sobre esse conceito e padrão. Featherstone, que também usa a expressão “cultura do consumo”, buscando demonstrar a intrínseca relação entre a modernidade e o consumismo, afirma que:

Usar a expressão “cultura de consumo” significa enfatizar que o mundo das mercadorias e seus princípios de estruturação são centrais para a compreensão da sociedade contemporânea. Isso envolve um foco duplo: em primeiro lugar, na dimensão cultural da economia, a simbolização e o uso dos bens materiais como “comunicadores”, não apenas como

¹¹ No século XXI, surge o risco para os consumidores, visto que a publicidade passou a ser vista como “ação econômica destinada a convencer, por qualquer meio os consumidores a adquirir os produtos ou serviços promovidos”. Assim, a publicidade acaba sendo toda a informação que é dirigida ao consumidor com a finalidade de promover, seja de forma direta ou mesmo indiretamente, uma atividade econômica e financeira. (PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.).

¹² BELL, Daniel. *Las contradicciones culturales del capitalismo*. Madrid: Alianza, 1992, p. 73.

A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista

utilidades; em segundo lugar, na economia dos bens culturais, os princípios de mercado – oferta, demanda, acumulação de capital, competição e monopolização – que operam “dentro” da esfera dos estilos de vida, bens culturais e mercadorias.¹³

Já, Canclini, nesse patamar de discussão, salientando que a forma concreta que envolve a racionalidade econômica vigente no mundo consumista que embala os sonhos de uma autodeterminação de consumir, que se realiza apenas na heteronomia mercadológica, afirma que,

estudos de diversas correntes consideram consumo como um momento do ciclo de produção e reprodução social: é o lugar em que se completa o processo iniciado com a geração de produtos, onde se realiza a expansão do capital e se reproduz a força de trabalho. Sob este enfoque, não são as necessidades ou os gostos individuais que determinam o que, como e quem consome. O modo como se planifica a distribuição dos bens depende das grandes estruturas de administração do capital. Ao se organizar para prover alimento, habitação, transporte e diversão aos membros de uma sociedade, o sistema econômico “pensa” como reproduzir a força de trabalho e aumentar a lucratividade dos produtos. Pode-se não estar de acordo com a estratégia, com a seleção de quem consumirá mais ou menos, mas é inegável que as ofertas e bens e a indução publicitária de sua compra não são atos arbitrários.¹⁴

75

O ser humano é educado para o consumo, não conseguindo libertar-se da infusão em que está mergulhado e induzido. Sonha com a felicidade etérea, que lhe escapa de suas mãos, por ser fugaz, após cada compra, vez que ao levar para casa o produto sempre descobre, no dia seguinte, que já existe algo melhor no mercado. Vive, portanto, avidamente procurando tesouros e encontrando vermes.¹⁵ Esse consumidor sempre busca o hodierno, o luxo, a satisfação de suas frustrações, enfim, a felicidade que não existe que é ilusória como uma fábula, que lhe diz que “viverão felizes para sempre”, sem contar que a metamorfose kafkiana¹⁶ ocorrerá algum dia.

Lipovetsky¹⁷ salienta que o consumidor do “novo luxo” é multifacetado, uma vez que busca vários estilos e acaba adquirindo modelos de diferentes gru-

¹³ FEATHERSTONE, Mike. *Cultura do consumo*. Trad. Júlio Assis Simões. São Paulo, 1990, p. 121.

¹⁴ CANCLINI, Nestor García. *Consumidores e cidadãos – conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996, p. 54.

¹⁵ GOETHE. *Fausto*. (trad. Agostinho D’Ornellas) São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2009. p. 40.

¹⁶ KAFKA, Franz. *A metamorfose*. Porto Alegre: Cia. das Letras, 2000.

¹⁷ LIPOVETSKY, Gilles. *O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. São Paulo: Cia. das Letras, 2008, pp. 54-55.

pos, preços e formas, pois o consumo tem caráter emocional, experimental de novas sensações, psicologizado. Como Lipovetsky salienta:

Por muito tempo o luxo confundiu-se com a demonstração, o cenário, o espetáculo ostentatório da riqueza: o artifício, o adorno, os signos visíveis destinados ao olhar do outro constituíam as manifestações predominantes. Isso não desaparece, mas surgiram novas orientações que testemunham o recuo dos símbolos honoríficos em favor de expectativas centradas na experiência vivida imediata, na saúde, no corpo, no maior bem-estar subjetivo. (...).¹⁸

A sociedade moderna se torna cruel no instante em que vincula a felicidade ao consumo de bens e serviços, fazendo o ser humano afastar-se de si mesmo, de suas crenças, de pessoas e vincule-se, simplesmente, ao ato de consumir. Diariamente, esse indivíduo moderno acorda, veste sua máscara, vive aquele dia como se fosse o último e, ao fim do dia, tira sua máscara para dormir, embalado, “naturalmente”, por um comprimido sonífero. É a troca da máxima “penso, logo existo”¹⁹ para “consumo, logo existo”.

Portanto, a lógica do consumo acaba por ser definida como a manipulação do consumidor e do valor simbólico do consumo, constituindo um sistema totalitário que induz à insaciabilidade na busca de uma felicidade inalcançável. Assim, cada consumidor, no palco da vida, desempenha um papel criado por uma sociedade moderna consumista, que o induz a crenças fúteis e a compras.

A vida acaba sendo um jogo que já foi jogado, no qual o cidadão entra sem saber que o resultado já está definido. A vida gira na geometria do universo do consumo, onde os paradoxos se encontram, tudo é agora e devir, tudo é certeza e incerteza, tudo previsto e acaso. Nesse diapasão, como afirmou Albert Einstein²⁰ que “Deus não joga dados”, pode-se afirmar que “o mercado não joga dados”.

Por fim, verifica-se que a sociedade de consumo ao mesmo tempo em que dissipa, fugazmente, ares de liberdade, oprime, pois a obsessão de “ter” domina todas as classes sociais, sejam abastadas ou não.

No momento seguinte, estudar-se-á a posição do consumidor na sociedade moderna de consumo e as situações que o tornam vulnerável. Além disso, analisar-se-á, com base na ideia de sociedade hiperconsumista, o fator “abusividade” relacionado com o consumidor.

¹⁸ LIPOVETSKY, ibidem. p. 55.

¹⁹ DESCARTES René. *Discurso do Método*. http://www.josenorberto.com.br/DESCARTES_Discurso_do_m%C3%A9todo_Completo.pdf. A cesso em: 14.12.2012.

²⁰ UOL. http://pensador.uol.com.br/autor/albert_einstein/. A cesso em: 19.12.2012

A POSIÇÃO DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE MODERNA HIPERCONSUMISTA: DA VULNERABILIDADE À ABUSIVIDADE

A heteronomia mercadológica impõe seus padrões para persuadir o cidadão a desejar, muitas vezes, o inalcançável, o não necessário, o supérfluo; porém, na constante de que tudo isso é alcançável, necessário e de suma importância para a sua vida pessoal e social. Nesse contexto heterônomo, ele se torna vulnerável e, como todo o vulnerável, sujeito aos abusos de uma sociedade que tem o ter como fator preponderante.

No que se refere à vulnerabilidade, antes de se continuar o trabalho sobre a situação do consumidor, é importante esclarecer que “vulnerável” é um conceito jurídico que busca evidenciar o significado daquela situação pela qual alguém ou algo pode ser atacado²¹. Assim, os consumidores podem ser atacados de várias formas, sofrendo persuasões que invadem sua privacidade por meio da publicidade e do marketing, que criam necessidades de consumo ilusórias. Também pode-se ter a vulnerabilidade econômica (o consumidor não possui condições financeiras iguais a um grande fornecedor); vulnerabilidade jurídica (o consumidor não tem conhecimento jurídico similar às grandes empresas que possuem departamentos jurídicos organizados); a vulnerabilidade informacional (o consumidor não tem a condição técnica de discernir, por exemplo, se uma publicidade é abusiva, enganosa ou escorreta), entre outras.

77

Dessa maneira, no afã econômico dos fornecedores para que o consumidor consuma bens e serviços, aqueles utilizam-se de técnicas que induzem e espetacularizam (seja pelo *marketing* ou pela publicidade) bens e serviços, tornando o consumidor suscetível a condutas previamente perniciosas de consumo, sem mesmo ter percepção disso. Portanto, o consumidor pode ser facilmente atacado em sua livre manifestação de vontade e relativamente à determinação de suas prioridades e necessidades.

Assim, a lei e o Estado se tornam importantes na defesa do consumidor, que se encontra em situação de vulnerabilidade. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu art. 4, I, reconhece que existe a vulnerabilidade. Consequentemente, esse é o primeiro passo para a realização da isonomia prevista no dispositivo constitucional vigente e significa que os consumidores são a parte mais frágil da relação jurídica de consumo que se estabelece na sociedade moderna.

Essa fragilidade é factual e percebível categoricamente, sendo por isso que, quando se fala em possibilidade de escolha do consumidor, vê-se que ela nasce

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

reduzida, pois o consumidor só pode fazer suas opções de consumo sobre aquilo que é criado e que é oferecido no mercado de consumo. Essas ofertas criadas pelos fornecedores de forma unilateral visam o interesse empresarial e a obtenção de lucro.

Após essas generalizações, em que se procurou demonstrar a vulnerabilidade reconhecida do consumidor, pode-se voltar a trabalhar dentro da categoria sobre o induzimento ao consumo. Um dos elementos altamente desenvolvidos na modernidade e conectados com o supérfluo é a moda, que pode ser utilizado como exemplo clássico de manipulação da vulnerabilidade, em que os consumidores se tornam reféns de algo que muda rapidamente.

Paradoxalmente, a moda se dispõe, nos últimos tempos modernos, como uma das formas de individualismo e, ao mesmo tempo, como forma de inclusão em determinadas classes sociais. A moda da década 1980 passou a ser exibida como emblema visível, identificável, uma verdadeira insígnia social do luxo, desde que aliada a uma marca.²² Assim, ao mesmo tempo em que inclui o sujeito em determinado espaço social, também o diferencia dentro desse mesmo espaço.

Para se explicar essa relação, recorre-se a George Simmel. O autor mostra que para a moda existir, seriam necessários dois sentimentos contrastantes: uma necessidade de distinção, pois a moda é um produto da divisão de classes e uma necessidade de pertencimento, já que a moda é imitação de um modelo dado e proporciona a satisfação da necessidade de apoio social e faz a fusão do indivíduo à coletividade. Para Simmel,

78

(...) o significado da moda: como formas de vida, como marca de distinção de classe, como jogo da incessante imitação de uma classe por outra, como meio da inserção dos indivíduos num grupo ou numa corrente, traduz justamente essa efervescência sem rumo, porque é indiferente aos conteúdos, inclusive da beleza ou do conveniente; é simples variação, mero arreio, desprovida de motivação, entregue apenas à vertigem do movimento e do momento, da novidade injustificada, porque vive do capricho e da extravagância. (...) ²³

Desde a década de 1990, o vestuário já não tem o mesmo significado dos anos 1980. A afirmação social de si passou a ser traduzida pelos cuidados com o corpo²⁴, o que, nos anos 2000, se intensificou, mas aliado a uma renovação da importância da moda como elemento distintivo de luxo. A Moda é, portanto,

²² LIPOVETSKY, Gilles. *O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. São Paulo: Cia. das Letras, 2008, p. 119.

²³ SIMMEL, Georg. *A filosofia da moda e outros escritos*. Lisboa: Texto & Grafia, 2008, pp. 31-32.

²⁴ LIPOVETSKY, Gilles. *O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. São Paulo: Cia. das Letras, 2008, p. 121.

A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista

(...) a imitação de um modelo dado e satisfaz assim a necessidade de apoio social, conduz o indivíduo ao trilho que todos percorrem, fornece um universal, que faz do comportamento de cada indivíduo um simples exemplo. E satisfaz igualmente a necessidade de distinção, a tendência para a diferenciação, para mudar e se separar. E este último aspecto consegue-o, por um lado, pela mudança dos conteúdos, que marca individualmente a moda de hoje em face da de ontem e da de amanhã, consegue-o ainda de modo mais enérgico, já que as modas são sempre modas de classe, porque as modas de classe superior se distinguem das de inferior e são abandonadas no instante em que esta última delas se começa a apropriar. Por isso, a moda nada mais é do que uma forma particular entre muitas formas de vida, graças à qual a tendência para a igualização social se une à tendência para a diferença e a diversidade individuais num agir unitário. (...).²⁵

Dessa forma, um vestuário que é dito: “de bom gosto”, ou seja, um produto de luxo, por si só já possui significações e por isso possibilita o “trânsito” em determinadas esferas distintivas, sendo que os consumidores acabam criando estratificações entre eles. Bauman salienta que “a modernidade produziu o nivelamento das diferenças – pelo menos na sua aparência exterior, de cujo estofo mesmo são feitas as distâncias simbólicas entre grupos segregados.”²⁶

Assim, é comum os consumidores tentarem seguir a última moda, possuir o último modelo de roupa de marca, em uma verdadeira competição, quase inconsciente, de que é preciso estar sempre à frente um do outro. Hoje, o desafio é de conviver em diferentes e múltiplas versões, nas quais se considera tudo como velho e ultrapassado e o acesso ao novo muitas vezes é difícil e inútil. Na esteira dessa idealidade, em que somente o novo é que interessa, estabelece-se um pensamento voltado para o descarte e à busca das novidades tecnológicas e também pessoais.

Na atualidade, o consumidor é induzido à moda, pois esta se pauta na sedução e na publicidade. Segundo Lipovetsky,

a crítica apocalíptica estabeleceu uma equação com vários problemas:
moda = sedução + publicidade

Tudo isso com o fim de reproduzir a desigualdade em sociedades neoliberais pós-modernas. O pilar dessa conspiração seria a mídia. Separação mecânica, inspirada num sentimento cristão de austeridade jamais praticado, deixa de lado todos os elementos de abertura e democratização gerados pela moda e pela publicidade. Nem sempre a razão está do lado dos que reivindicam o monopólio da indignação e do compro-

²⁵ Ibidem, p. 24.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 80.

misso social. O pensamento único reside também na conformidade com um padrão crítico incapaz de reformular-se. Hoje, a moda é realmente emancipadora. Ela era tirânica, por exemplo, na época de Luís XIV, quando a corte estabelecia o padrão e aquele que não pudesse segui-lo era ridicularizado, excluído, banido. Não havia margem para a escolha individual. Agora, cada um se veste como bem entende. Há uma enorme diversificação de modelos e, em consequência, a relativização de toda e qualquer forma com pretensão à hegemonia. A democratização da moda implica a indiferença pela moda. Mesmo em festas em certos palácios, a liberdade predomina. O individualismo contemporâneo não aceita a imposição de um cânone.²⁷

Dessa forma, a moda é um fator que pode provocar a exclusão, já que o consumidor que não se encaixa em certo padrão social é excluído. A moda acaba sendo tirana de modelos e crenças. Verifica-se isso através da seguinte afirmação de Lipovestsky:

Claro que a moda também pode provocar exclusão. Mas não é o essencial. Os jovens, por exemplo, adotam modas excludentes. Há, entre eles, uma verdadeira tirania de modelos. Quem não se encaixa, é rejeitado. Antes, a juventude seguia o modelo dos pais. Isso acabou. Também o critério de classe social cedeu lugar à predominância dos grupos de filiação. Os adolescentes têm obsessão por marcas e agem por mimetismo, em função do grupo que integram, gerando, sob pretensa forma de diferenciação, um intenso conformismo. Mas isso se dilui com a idade. A intolerância comportamental dos adolescentes, em relação à música, às roupas, aos gostos, dissolve-se com a entrada no mundo adulto. O novo, enquanto fenômeno da modernidade, segue a mesma lógica da moda: produz maior autonomia em relação aos modelos. A moda, claro, cria modelos, mas eles não são imperativos. Pode-se negociar com eles, resignificá-los ou simplesmente ignorá-los. Vivemos uma busca de estilos que devem exprimir, não a posição social, mas o gosto pessoal e a idade de cada um. Esta tornou-se mais importante do que a expressão de uma identidade socioeconômica. Em tudo isso, reaparece sempre o mesmo elemento: a suposição de uma influência nefasta da mídia sobre os indivíduos. Ora, os grupos de filiação são mais importantes e filtram todas as mensagens.²⁸

Assim, pode-se afirmar que a publicidade faz com que os bens e serviços sejam vendidos. A publicidade impõe comportamentos, impõe produtos, cria conceitos, seduz, induz, persuade. Segundo Lipovestsky:

²⁷ LIPOVESTSKY, Gilles. Sedução, publicidade e pós-modernidade. In: *Revista FAMECOS*. Porto Alegre. n. 12. junho 2000, p. 8.

²⁸ Idem.

A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista

A publicidade faz vender, sem impor mecanicamente comportamentos ou produtos. Crucial para as empresas, funciona como a sedução: só se pode seduzir alguém que já esteja predisposto a ser seduzido. Logo, pressupõe um limite para a persuasão. Além disso, atua sobre aspectos secundários da existência, não sobre o fundamental como o amor, a educação dos filhos, a política, a morte. Os apocalípticos dão um poder exorbitante à publicidade e à mídia, poder que estes não possuem, mesmo que sejam eficazes. A maioria da população, enfim, é perfeitamente indiferente ao jogo da publicidade.²⁹

A publicidade é uma comunicação persuasiva, pela qual os consumidores compram sem ter necessidade, mas por serem induzidos a tal. De certa maneira, isso leva à abusividade, uma vez que o consumidor compra não porque precisa, mas porque é induzido, por diversos métodos e artimanhas.

O termo publicidade tem caráter comercial, negocial. Publicidade seria a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação. Assim, uma campanha governamental visando aumentar o consumo de leite seria propaganda, enquanto que a veiculação do anúncio desta ou daquela empresa, com o mesmo conteúdo, seria a publicidade.³⁰

Dessa forma, percebe-se que a publicidade tem uma grande influência no consumidor, devendo ser feita de forma a respeitar os princípios da transparência e da veracidade, sendo que a publicidade ilícita é crime conforme os ditames legais do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Assim, muitas vezes, as articulações feitas pela publicidade, e mesmo pelo fornecedor, com a inserção de práticas e cláusula abusivas, podem levar à abusividade na relação de consumo.

No que tange à questão da abusividade, ela se dá a partir de práticas comerciais que vão ultrapassar a regularidade do exercício de comércio e das relações existentes entre o consumidor e o fornecedor.³¹

O legislador, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no art. 6º possibilitou o direito de proteção contratual, abrangendo de forma geral as cláusulas tanto abusivas quanto as exageradas (art. 51); as práticas abusivas (art. 39) e a publicidade enganosa e abusiva (arts. 36 e 37).

Assim, tal direito decorre de disposições expressas no próprio Código, conforme se verifica no art. 6º: “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas

²⁹ Ibidem, p. 9.

³⁰ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 3.

³¹ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

las abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” (art. 6º, IV) e a “modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, V).³²

Dessa forma, nesses dispositivos, se amparam os consumidores, frente a questões voltadas à abusividade no mercado de consumo, em que a informação deve ser prestada de forma clara, adequada e concisa. Portanto, as práticas comerciais abusivas podem surgir a partir do desrespeito de qualquer dos dispositivos do CDC. O art. 39 listou, a título de exemplificação, algumas práticas como abusivas e o art. 51 dispõe serem nulas de pleno direito as cláusulas abusivas nele dispostas. Além disso, tem-se dispositivo legal no que se refere à publicidade enganosa e abusiva nos arts. 36 e 37, do CDC, pois a publicidade não pode assumir a qualidade de atividade que tenta enganar o consumidor, o que é repudiado pela lei de proteção ao consumidor.

Assim, a lei se torna crucial para a resolução de conflitos, mas não é a única forma, precisa-se de educação e conscientização, pois os conceitos mudam conforme o tempo passa.

Por conseguinte, os valores mudam conforme muda a sociedade, mas o sonho do paraíso futuro cede lugar à busca da satisfação imediata. Segundo Lipovestsky,³³ homens e mulheres buscam estratégias diferentes de sedução. A mulher se volta para a valorização da estética do corpo e o homem para a posição social, o prestígio. Mas todos buscam o mesmo objetivo, o usufruir.

Assim, os valores mudam, passam do sacrifício ao respeito, à tolerância, ao bem-estar. O sonho do paraíso futuro cede lugar à busca da satisfação imediata. Não se trata de cinismo, mas de um certo pragmatismo. A indignação moral continua a existir, assim como a ajuda ao próximo e o humanitarismo, porém sem rígida disciplina moral ou valorização do risco físico. Quer-se viver o presente, com a maior intensidade que se puder alcançar, e não se guardar para um futuro de gratificações remotas e compensadoras. Nada disso cria um universo sem conflitos ou de igualdade. Homens e mulheres continuam a recorrer a estratégias de sedução diferentes. O feminino permanece ancorado, principalmente, na valorização estética do corpo. O masculino apoia-se na posição social, no prestígio, no dinheiro, na notoriedade, etc. Até mesmo o humor pode ser um sofisticado instrumento de sedução. Cada um, num tabuleiro de jogadas complexas, perde e ganha conforme a sua habilidade para mover as peças. Todos, porém, buscam o mesmo objetivo: gozar.³⁴

³² BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. www.planalto.gov.br. Acesso em: 14.12.2012.

³³ LIPOVESTSKY, Gilles. Sedução, publicidade e pós-modernidade. In: *Revista FAMECOS*. Porto Alegre. n. 12. junho 2000, p. 10.

³⁴ Idem.

A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista

Logo, a sociedade se pauta em um sonho de consumo, onde as mulheres e os homens tentam satisfazer suas vontades buscando sempre o novo, o melhor, mas esquecendo-se que esse mundo mágico pode ruir a qualquer momento.

A seguir, analisar-se-á a possível solução existente para os problemas dispostos acima, ou seja, como é possível solucionar os problemas advindos da sociedade moderna de consumo.

DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO AO CONSUMO SUSTENTÁVEL.

No que se refere a possíveis soluções para os problemas apresentados, a educação do consumidor é uma luz dentro da nova sociedade global moderna. O cidadão do século XXI continua influenciado pela visão padronizada pela sociedade de consumo. Esta sociedade moderna de consumo é caracterizada por um número crescente de ofertas de bens; pelo domínio do crédito, seja através de cartão de crédito ou cheque especial; pelo domínio do *marketing* e da publicidade.

Atualmente, a educação poderia ser uma das formas de se buscar o consumo sustentável e consciente, que pode interceptar as atitudes e conceitos praticados por parte desse “*homo consumator*”.

Consequentemente, o consumo sustentável e consciente pode tentar programar o equilíbrio entre o ser humano e as suas necessidades para que possa conviver em sociedade sem criar *status* sociais diferenciados e valorizando mais o “ser” do que o “ter”, além de valorizar os recursos naturais. O ser humano esquece que os bens consumidos e descartados, por ele, vão direto para o meio ambiente. Questiona-se: até quando a natureza conseguirá abarcar tantos bens obsoletos? Até quando o planeta fornecerá seus recursos naturais ao ser humano? O que se deixará para as gerações vindouras?

A expressão “consumo sustentável” passou a ser construída e utilizada a partir do termo “desenvolvimento sustentável”, divulgado na Agenda 21. Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD):

O consumo sustentável significa o fornecimento de serviços e de produtos correlatos, que preencham as necessidades básicas e deem uma melhor qualidade de vida, ao mesmo tempo em que se diminui o uso de recursos naturais e de substâncias tóxicas, assim como as emissões de resíduos e de poluentes durante o ciclo de vida do serviço ou do produto, com a ideia de não se ameaçar as necessidades das gerações futuras.³⁵

³⁵ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Consumo sustentável*. Trad. Admond Ben Meir. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente/IDEC/Consumers International, 1998, p. 65.

A educação para o consumo sustentável pode trazer modificações na forma como o consumidor se comporta perante a compra, a utilização e o descarte de bens, criando uma consciência na aquisição do estritamente necessário para a sua sobrevivência. Dessa maneira, a educação que conscientize, entre outras atitudes, a escolha de bens que não agredam o meio ambiente; o descarte vinculado a atitudes que preservem a reutilização dos componentes fora de uso, pode ser o caminho para um desenvolvimento sustentável.

Essa mesma educação para o consumo sustentável possui a faculdade de transformar o comportamento dos produtores, fabricantes e fornecedores em geral, também a partir da conscientização sobre, por exemplo, a utilização de insumos não agressivos ao meio ambiente; a criação de políticas de limpeza dos rejeitos industriais antes de colocá-los em contato com a natureza; a criação de mecanismos de recolhimento das embalagens nocivas ao meio ambiente, dando-lhes a destinação apropriada.

Portanto, essa responsabilidade social só pode advir por meio da modificação do sistema educacional, que se apresenta desenvolvido pelos conceitos inseridos nos patamares consumistas.

84 Outras alternativas podem ser vistas no Livro “Darwin vai às compras” de Geoffrey Miller, em que o autor traz algumas mudanças nas normas sociais e nas políticas governamentais como opções para se adotar uma estratégia de renúncia ao consumo exagerado:

simplesmente não compre o que não precisa; peça emprestado a um amigo ou parente; alugue, hoje tudo é possível ser alugado; compre usado; faça você mesmo ou compre de um artesão local; peça-o de presente. Além disso, o mesmo autor insere a ideia de uma alíquota sobre o consumo como um possível caminho.³⁶

Dessa forma, uma nova consciência do contexto social e cultural pode ser implementada pela educação, em que também as pessoas possam ser vistas e tratadas como cidadãos no sentido amplo da palavra e não apenas como consumidores, proporcionando a criação de uma sociedade para o desenvolvimento social e humano.

Conforme visto no trabalho, o ideal da sociedade de consumo na atualidade é o de consumir sem pensar, sem criticar, pois somente assim será possível “lançar”, no mercado, qualquer bem, independentemente de responsabilidade social. A educação para um consumo consciente deve propor exatamente o inverso desse contexto caótico. Essa proposta não é nova. Paulo Freire já dispunha:

³⁶ MILLER, Geoffrey. *Darwin vai às compras*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012.

A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista

O pensar certo sabe, por exemplo, que não é a partir dele como um dado que se conforma a prática docente crítica, mas sabe também que sem ele não se funda aquela. A prática docente crítica, implicante do pensar certo, envolve o movimento dinâmico, dialético, entre o fazer e o pensar sobre o fazer.³⁷

Nesse contexto o totalitarismo do mercado deve ser abolido por uma educação consciente que adote a crítica sobre o consumir exageradamente, levando a uma dialética em que a presença da democracia seja permanente, construindo uma sociedade onde o consumo medido e consciente seja direcionado para os aspectos ecológicos e socioculturais.

Também para que exista a educação sustentável e consciente, o consumidor deve ter acesso às informações referentes aos produtos e serviços que está consumindo. Assim, elas devem ser claras e precisas pautadas na transparência e na veracidade. Dessa forma, a ideia de Paulo Freire coaduna com o exposto acima, manifestando que: “[...] ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção”.³⁸

Dessa maneira, quando se possuem os dados informativos, sabe-se como utilizá-los, ou mesmo para o que servem é o mesmo que não possuir absolutamente nada, se eles não puderem ser compreendidos. A simples informação, sem a transparência, sem a veracidade e sem o conhecimento, não possui o condão de modificar comportamentos, mas sim de mascarar conceitos. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC – mostra o quanto a informação é importante para o comportamento do consumidor, pois ela pode proporcionar muitas mudanças de comportamento e de processos.

a mudança de comportamento do consumidor é um processo que requer sensibilização e mobilização social, e a informação é fundamental nesse processo. Assim, para que haja maior conscientização, é necessário que o consumidor tenha acesso à informação referente às atividades corporativas, para que possa exercer melhor o seu poder de escolha, e preferir as empresas socialmente responsáveis e comprometidas com a preservação do meio ambiente.³⁹

Importante acentuar que a educação pretendida no sentido do consumo consciente não deve ser criada e desenvolvida sob a passividade do consumidor,

³⁷ FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 38.

³⁸ FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 47.

³⁹ Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Guia de responsabilidade social para o consumidor*. São Paulo, IDEC, 2004, p. 05.

como se pode verificar nos quadros sociais atuais. Mas, se desenvolve e se amplia a partir de uma educação operativa, crítica, capaz de imprimir ações na construção de uma sociedade que consiga intervir no consumo e não apenas consumir.

No Código de Defesa e Proteção do Consumidor existe o objetivo de dotar-se o consumidor de conhecimentos acerca da fruição adequada de bens e, mesmo de serviços, pois, sozinho, ele não consegue optar e decidir, não exercendo a liberdade de escolha.

Dessa forma, o consumidor, por meio da educação, seria capaz de entender os porquês de algumas atitudes que deve tomar na busca de uma sociedade mais equânime e consciente, ou seja, é por meio da educação que o ser humano consumidor pode ter uma preocupação com o meio ambiente, com a sociedade e, principalmente, com os outros seres humanos.

Dar preferência a produtos de empresas que têm uma clara preocupação com o meio ambiente, não compactuar com a ilegalidade, não consumir de forma a prejudicar as gerações futuras, dar preferência às empresas que não exploram o trabalho infantil, reclamar os seus direitos, usar o poder de compra para defender o emprego no país, colaborar para reduzir a quantidade de lixo produzido, evitar o desperdício, evitar comprar produtos com embalagens que demoram a se decompor, dar preferência a materiais reciclados, saber identificar as empresas que são éticas em seu relacionamento com os consumidores, os trabalhadores, os fornecedores, a sociedade e o Poder Público são algumas das ações do consumidor consciente.⁴⁰

86

Nesse contexto, o consumidor deve ser educado a entender o rótulo dos produtos que está comprando, compreender o porquê daquele produto não ter origem em seu país, além de entender como esses produtos influenciam a degradação ambiental, tanto em âmbito de produção, quanto na utilização e mesmo no descarte posterior ao uso.

Todavia, na sociedade moderna, grande parte dos consumidores se encontra em um estado de alienação e cegueira, ante as reflexões democráticas, sociais e ambientais. É emergente a necessidade da inclusão comunicativa de todos os cidadãos para que esses reconheçam a estrutura da linguagem ao deparar-se com o discurso e ao perceberem o direito como uma possibilidade de demandar as políticas públicas necessárias de modo eficaz.⁴¹

A cegueira e a alienação social impedem que os consumidores se preocupem com outros elementos além do consumo. Dessa forma, se constata o afastamen-

⁴⁰ Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. *Direitos do consumidor; ética no consumo*. Brasília: INMETRO, 2002, p. 59-62.

⁴¹

A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista

to dos consumidores dos processos deliberativos de ações consumeristas conscientes, Como expõe Leal,

em outros termos, não basta que se garantam as liberdades civis e políticas tradicionais dos umbrais da Idade Moderna, pois os indivíduos na contemporaneidade devem ter a possibilidade material de imprimir a estas a autonomia cognitiva que exige uma efetiva inserção e participação societal, fundada em uma interlocução não coitada pelos discursos e práticas totalitárias das elites dominantes (com suas linguagens tecnoburocráticas e enclausuradas em si próprias), só assim oportunizando que o sistema social possa ser gerido compartilhadamente; esta possibilidade de interlocução deve contar, por sua vez com mecanismos e espaços oficiais de diálogos, deliberações e execuções de políticas públicas voltadas para tal desiderato.⁴²

Percebe-se, a partir do exposto acima, que não é mais suficiente o estabelecimento positivo das liberdades civis e a atuação das políticas, a partir de um poder centralizado, é crucial, hoje, que se proporcione a expressão autônoma do sujeito/consumidor, em que ele possa expressar necessidades e angústias. No mesmo diapasão, é importante que o sujeito/consumidor participe dos diálogos, na busca de consenso e deliberação em favor das políticas públicas que possibilitem o atendimento das demandas compreendidas como prioritárias para todos.

Dessa forma, a participação dos sujeitos/consumidores passa a fomentar a emancipação e o desenvolvimento social, cujas reivindicações perdem o caráter de insurgência e assumem uma postura organizada de discussão e de opinião de diferentes grupos presentes na sociedade moderna de consumo.

A educação precisa estar em consonância com essa nova visão do mundo, com a sociedade almejada no futuro, e, para tanto, é necessário criar o entendimento da condição humana, a preparação do cidadão para exercer sua cidadania, para uma participação mais responsável na comunidade local e planetária, tendo como prioridade o cultivo de valores humanitários, ecológicos e espirituais. Isso requer novos métodos de ensino, novos currículos e novos valores, e novas práticas educacionais absolutamente diferentes das que estamos acostumados a encontrar em nossas escolas.⁴³

⁴² LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.) *Administração pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005. p. 389.

⁴³ MORAES, Maria Cândida. *O paradigma educacional emergente*. Campinas: Papirus, 2003. p. 112.

Continuando na visão de Paulo Freire, todo conhecimento está em processo de construção e reconstrução, de criação e recriação. Consequentemente, esses novos métodos de ensino consistem na interação de conhecimentos interdisciplinares em sua natureza, que se expressa pela constituição de equipes interdisciplinares e que, em sua metodologia problematizadora, procuram observar os mais diferentes ângulos temáticos e escolher um tema de desenvolvimento, que promova a síntese interdisciplinar a ser explorada nos “círculos de investigação temática”.⁴⁴ Dessa forma, possibilitar-se-ia alcançar a emancipação que aponta Morin. O autor afirma que

a ciência liberta e não aprisiona, pois as instâncias científicas não podem ignorar, nem alienar o indivíduo dos problemas da humanidade em relação aos aspectos sociais, psíquicos, éticos e morais, que vêm transformando os sujeitos em seres individualistas, egocêntricos, sem noções de ética e solidariedade, desconhedores do significado do amor e da compaixão.⁴⁵

Portanto, acredita-se que a educação pode viabilizar e formar uma nova consciência de consumo, mas a educação que se apresentou não é a educação formal, e sim a voltada para as formas de conscientização e busca de soluções para conflitos sociais que existem e que existirão no seio da sociedade moderna.

88

CONCLUSÃO

No presente trabalho, objetivou-se a análise do cidadão na sociedade moderna, a evolução dessa sociedade para uma sociedade hiperconsumista, em que se concretiza a condição de vulnerabilidade do consumidor frente à publicidade abusiva e enganosa e a abusividade cometida pelos fornecedores no momento da venda dos bens e serviços.

Também se analisou uma possível solução para o problema advindo da sociedade moderna de consumo pautada, exclusivamente, no consumir desenfreado, esquecendo-se dos problemas que advêm desse consumo. A solução encontrada é uma educação para o consumo, baseada na conscientização do consumidor enquanto cidadão.

Dessa forma, outro problema que se verificou foi a degradação ambiental, pois para onde se enviarão os produtos “velhos”, já que o *marketing* e publicidade impelem a busca pelo novo, o moderno, o perfeito? Assim, a discussão sobre como equilibrar as aspirações e mesmo os desejos do consumidor com a susten-

⁴⁴ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 97.

⁴⁵ MORIN, Edgar. Epistemologia da complexidade. In: SCHNITMAN, D. F. (Org.). *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista

tabilidade é um tema polêmico, visto que, para esses consumidores, o consumo é sinônimo de acesso, vida digna e acessão social.

O caminho indicado é uma nova educação para o consumo consciente, com ações de educação voltadas a todos, para que possa haver equilíbrio, surgindo ações que funcionem e que possam ser assimiladas por toda a população. O objetivo seria inseri-las de maneira mais consciente nas bases de uma nova economia, em que a consciência sobre os excessos e o supérfluo deveria ser mudada.

Outro objetivo que se pode propor é a distinção entre consumo e consumismo – o que é suprir as demandas pessoais e o que é exagerado.

Também é preciso entender que esse consumo excessivo, perdulário e exibicionista não é necessário para o indivíduo exercer sua cidadania.

Por fim, os autores esperam ter possibilitado uma visão ampla sobre a sociedade moderna e sua inserção enquanto sociedade hiperconsumista, coadunando com a vulnerabilidade de um consumidor criado ao bel prazer do mercado, que desconsidera o ser humano enquanto cidadão, desejando apenas o consumidor. No mesmo diapasão, espera-se que se tenha demonstrado a fragilidade do consumidor frente aos fornecedores e o desinteresse destes pelo o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. www.planalto.gov.br acesso em: 14.12.2012.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania. *O que o brasileiro pensa do meio ambiente e do consumo sustentável – Mulheres e tendências atuais e futuras de consumo no Brasil*. <http://www.mma.gov.br/publicacoes/responsabilidade-socioambiental/category/90-producao-e-consumo-sustentaveis>. 2012. Acesso em: 16.12.2012.
- BELL, Daniel. *Las contradicciones culturales del capitalismo*. Madrid: Alianza, 1992.
- CALGARO, Cleide. Desenvolvimento sustentável e consumo; a busca do equilíbrio entre o homem e o meio ambiente. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. *Relação de consumo: meio ambiente*. Caxias do Sul: EDUCS, 2009.
- CAMPBELL, Colin; BARBOSA, Livia (org). *Cultura, consumo e identidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- CANCLINI, Nestor García. *Consumidores e cidadãos – conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.
- Consumo feminino*. <http://Www.Consumoteca.Com.Br/Consumo-Feminino/> acesso em: 10.12.2013
- DESCARTES René. *Discurso do Método* http://www.josenorberto.com.br/DESCARTES_Discurso_do_m%C3%A9todo_Completo.pdf acesso em: 14.12.2012.

Agostinho Oli Koppe Pereira / Cleide Calgaro

ENVOLVERDE. <http://envolverde.com.br/noticias/governo-lanca-guia-sobre-consumo-sustentavel-com-foco-nas-mulheres/> acesso em; 16.12.2012

FEATHERSTONE, Mike. *Cultura do consumo*. Trad. Julio Assis Simões. São Paulo, 1990.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GOETHE. *Fausto*. (trad. Agostinho D'Ornellas) São Paulo: Martin Claret Ltda, 2009.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

KAFKA, Franz. *A metamorfose*. Porto Alegre: Cia. das Letras, 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Guia de responsabilidade social para o consumidor*. São Paulo, IDEC, 2004, p. 05. INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL. *Direitos do consumidor; Ética no consumo*. Brasília: INMETRO, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: LEAL, Rogério Gesta. (Org.) *Administração pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

LIPOVESTSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Bacarolla, 2004.

90

LIPOVETSKY, Gilles. *O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. São Paulo: Cia. das Letras, 2008.

LIPOVESTSKY, Gilles. *Sedução, publicidade e pós-modernidade*. In: *Revista FAMECOS*. Porto Alegre. n. 12. junho 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

MILLER, Geoffrey. *Darwin vai às compras*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012.

MORAES, Maria Cândida. *O paradigma educacional emergente*. Campinas: Papirus, 2003.

MORIN, Edgar. Epistemologia da complexidade. In: SCHNITMAN, D.F. (Org.). *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A modernidade e a questão da vida. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. *Direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; PEREIRA, Mariana Mioranza Koppe. Hiperconsumo e a ética ambiental. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. *Relação de consumo: meio ambiente*. Caxias do Sul: EDUCS, 2009.

PRIORE, Mary del. *Corpo a corpo com a mulher*. São Paulo: Senac, 2000.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 69-92, jul./dez. 2012

A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; CASSOL, Sabrina. A educação no exercício da imunidade tributária: um caminho mais próximo da inclusão social. In: RODRIGUES, Hugo Thamiir; COSTA, Marli M.M. *Direito & políticas públicas II*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Consumo sustentável*. Trad. Admond Ben Meir. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente/IDEC/Consumers International, 1998.

PORTAL R7. <http://noticias.r7.com/economia/noticias/mulheres-lideram-o-consumo-no-brasil-20100308.html> acesso em: 16.12.2012.

SEBRAE. <http://portal2.pr.sebrae.com.br/StaticFile/InteligenciaCompetitiva/docs/Vestu%C3%A1rio/Tend%C3%Aancias%20de%20Consumo/Tend%C3%Aancias%20de%20Consumo.pdf> acesso em: 10.02.2013

SIMMEL, Georg. *A Filosofia da Moda e outros escritos*. Lisboa: Texto & Grafia, 2008.

TEIXEIRA, Sérgio Alves. *Produção e consumo social da beleza*. Horiz. antropol. vol. 7 no.16 Porto Alegre dec. 2001.

UOL. http://pensador.uol.com.br/autor/albert_einstein/ acesso em: 19.12.2012

VENTUROLI, Thereza. *A nova mulher da nova classe C*. *Revista Veja*. Editora Abril, maio de 2010. <http://veja.abril.com.br/especiais/mulher/nova-mulher-nova-classe-c-p-076.html> acesso em 10.02.2013.

Artigo de autor convidado

91

O ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO E SUA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA

BRAZILIAN STATE OF LAW AND ITS CONSTITUTIONAL AND DEMOCRATIC PERSPECTIVE

*Claudine Rodembusch Rocha**

*Milton Schmitt Coelho***

RESUMO

O presente artigo tem por escopo reproduzir os principais questionamentos que envolvem os institutos resultantes do constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito Brasileiro, tendo por base que o Brasil é considerado um exemplo dessa forma de governo e das condições de ação parlamentar. Sobretudo pela análise aprofundada do assunto, pode-se inferir que os direitos fundamentais são incontestáveis para qualquer ser humano, principalmente no que tange a sua liberdade, a direitos humanos e às garantias individuais. É por intermédio do Direito tradicional, positivado e objetivo, que se apresenta o constitucionalismo. Nesse esquema de valores, está a Constituição que permeia todo o aparato jurídico com sua Lei Maior. Por intermédio dela, as Cartas da Moral e da Ética ganham novos valores na condensação das reais realidades do Estado e do *modus vivendi* dos seus cidadãos. Mediante pesquisa bibliográfica analisa-se, em um primeiro momento, a relação entre a democracia e o constitucionalismo, defendendo os direitos fundamentais e sua segurança no procedimento democrático. Em seguida, examina-se o constitucionalismo como teoria, enfatizando a defesa dos direitos fundamentais balizados pela Constituição num processo democrático e, ao final, investiga-se a Constituição Federativa do Brasil de 1988, designada para limitar os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no sentido de rever o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Democracia e direitos fundamentais.

* Doutoranda pela Universidade Federal de Burgos-Espanha em Direito Público, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Pós-graduada em Demandas Sociais e Políticas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Advogada, Professora da Universidade FEEVALE e da Faculdade Dom Alberto, Rua Ferreira Viana 209, AP. 403 Petrópolis – Porto Alegre/RS 90670-100 claudinef@feevale.br

** Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000), atua como Juiz Leigo do Juizado Especial Civil da Comarca de Rio Pardo e foi Procurador Jurídico do Município de Rio Pardo, atual Procurador Jurídico do Legislativo de Rio Pardo – RS. Advogado atuante desde 2002. Especialista em Direito de Família e Sucessões, Mestrando e Doutorando pela Universidade Autônoma de Assunção. Rua São João, 463, Ap 301 Centro – Rio Pardo – RS – CEP 96640-000 milton.coelho@hotmail.com

ABSTRACT

This article has the purpose to reproduce the main questions involving institutes resulting from constitutionalism and Brazilian democratic state, based on Brazil to be considered an example of this form of government and on the conditions of parliamentary action. Especially from the in-depth analysis of the subject, it can be inferred that fundamental rights are indisputable to any human being, especially regarding their freedom, human rights and individual guarantees. Traditional law, as an objective and positivised law, introduces the Constitutionalism. In this scheme of values, is the Constitution that pervades the entire legal apparatus with a Higher Law. Through the same as the Moral and Ethics Letters gain new values in the present realities condensation of the state and the its citizens modus vivendi. Through literature, is analyzed at first the relationship between democracy and constitutionalism, defending the fundamental rights and their security in democratic procedure. Then, we analyze constitutionalism as a theory, emphasizing the protection of fundamental rights in the Constitution marked a democratic process, and the final analyzes is about the Brazilian Federal Constitution of 1988 which was designed to limit the executive, legislative and judiciary, in to review the Brazilian democratic state.

Keywords: Constitutionalism, Democracy and basic rights.

94

INTRODUÇÃO

A democracia é um dos mais antigos ideais da humanidade jamais realizado plenamente. Por ela já se fez o bem e praticou-se o mal. Ao longo da história, serviu para inspirar movimentos libertadores, como para justificar golpes militares e regimes de opressão.

A democracia nasceu de uma concepção individualista de sociedade. Ou seja, a sociedade, qualquer forma de sociedade, e, especialmente, a sociedade política é um produto artificial da vontade dos indivíduos. Entende-se, portanto, que a democracia é uma obra sem limites, e, inacabável. Porém, democracia é exatamente aquilo o que se fizer dela e por isso é fundamental reinventá-la. Ela se constrói em torno de princípios fundamentais, simples em seus enunciados, complexos em suas realizações históricas. Solidariedade, igualdade, participação, diversidade são palavras-chave que compõem o sistema democrático.

Com a evolução mundial da economia, da história do Direito, assiste-se à globalização e aos seus efeitos, inclusive jurídicos. Em pouco tempo, os Estados, antes absolutos e vigorosos, viram-se obrigados a mudar paulatinamente seus vínculos com a sociedade, para aderir a uma nova postura mundial, a fim de enfrentar os desafios e aproveitar as novas oportunidades decorrentes dessa integração.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 93-120, jul./dez. 2012

O Estado de direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática

Na era da informação, da nova economia, são profundas as mudanças jurídicas, como também na forma das sociedades se organizarem. As exigências sociais são outras e determinadas relações jurídicas também.

Entidades jurídicas e o próprio Estado desenvolveram questões primordiais de democracia, procurando amenizar a discrepância anterior do absolutismo para proteger valores humanos nunca antes aludidos.

Dessa forma, a adoção de práticas sustentáveis na exploração de atividades jurídicas, refletidas na preocupação com a preservação do relacionamento digno entre indivíduos e com o oferecimento primordial de serviços com retorno social, passou a ser assunto de extrema importância para os estudiosos do Direito e da Democracia, num amplo sentido constitucional e jurídico.

Assim, no presente trabalho serão abordados dois institutos referentes aos pressupostos processuais constitucionais e às condições em seus procedimentos especiais na história, na legislação e forma de governo do Brasil, numa acepção de completude, quais sejam: o *constitucionalismo* e o *estado democrático de direito* com suas vertentes principais. Os chamados *direitos fundamentais*, elencados pela Constituição Federal de 1988, também serão objeto de estudo.

Existem ainda muitas desigualdades e discrepâncias no planeta, principalmente na estratificação de classes populacionais. Diferenças sociais gritantes entre a Ásia e a África, entre as Américas e a Europa. Há também o terrorismo, a desempregabilidade, as faltas de segurança física e moral, o abandono das minorias sociais, as guerras, a fome, dentre outros acontecimentos funestos. Mas sempre o planeta e os seus povos reagiram e reagem a todo esse quadro negativo. A luta permanente pela democracia é plena no planeta Terra. Verificaram-se com o fim da 2ª. da Guerra Fria, já nos anos 1980, a reforma política e o desmembramento da União Soviética, a incrível queda do Muro de Berlim, a reunificação da Alemanha, a queda de ditaduras nas Américas, dentre outros episódios. O Iraque e a Palestina buscam as suas novas formas de governo e seu Estado de Direito. Recentemente, entreolhamos a *primavera árabe*, com a população nas ruas, com lutas armadas, reivindicando e morrendo por reformas governamentais, sempre em busca da tão sonhada democracia, “um poder que emana do povo e volta para o próprio povo”. Ditaduras como as do Egito, da Líbia e de outros países da região foram exterminadas. O mundo observou ditadores caírem, morrerem em praça pública, tendo, por exemplo, o inconformismo popular pela falta das garantias individuais, tratamentos mesquinhos; atos sem amor e sem solidariedade. E muito menos soberania.

Tendo em vista tudo isso, este estudo aclama por dizer que já não é possível o ingresso de um terceiro em processos democráticos alheios sem que se apoie em algum permissivo legal, não se admitindo, por conseguinte, figuras que não tenham base na norma jurídica expressa.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 93-120, jul./dez. 2012

O delineamento, em um primeiro momento, procura estabelecer uma linha de raciocínio sobre a definição do que são constitucionalismo e democracia. Num segundo momento, enfatizam-se conceitos da teoria geral do estado democrático de direito, assim como dos direitos fundamentais.

Importante frisar que há uma análise na questão da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, da honra e imagem invocando sempre os direitos humanos.

A metodologia utilizada foi a observacional, a histórica e a do direito comparado, com técnicas de pesquisa exploratória e bibliográfica, ensejando um significado original no pensamento de cada doutrinador jurídico mencionado.

Objetivam-se neste trabalho as teorias do constitucionalismo e da democracia como parâmetros para o direito personalíssimo, juridicamente relevante, com novas identidades culturais democráticas.

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

O Direito e a sociedade contemporânea

96

No decorrer dos tempos, o direito tradicional tornou-se um elo normativo para passagem das sociedades arcaicas às sociedades evoluídas. Da sociedade de *status* à sociedade de *contractus*. Eram os anos do desenvolvimento da sociedade mercantil. Ainda ocorreu a expansão da sociedade civil em detrimento do Estado, da esfera das relações privadas percebidas como paritárias em detrimento do domínio das relações públicas com caráter não igualitário, ou de supremacia de uma parte sobre outra. Previa-se, conseqüentemente, um amortecimento, senão uma supressão do Estado nas chamadas sociedades contemporâneas. O Estado, que até então detinha um poder de comando exclusivo e irresistível, tornou-se abalizado pelas novas relações sociais do mundo moderno. As sociedades contemporâneas e o Direito criaram um vínculo amplo, embasado no chamado Direito Público, assim como no Direito Privado, pela multiplicidade de ações que deveriam ser resguardadas pelos direitos direcionados.

O Estado passa a apresentar uma imagem de submersão e se alarga suscitando novas tendências de disciplina da consciência geral, num sentido desigual. Difícil para o Estado abarcar *conscientemente* os chamados direitos fundamentais de todos os cidadãos. Principalmente os Estados que existem com a forma “pura” de governo denominada *democracia*.

Atualmente, a maioria das vantagens e concessões sociais leva em conta aspectos objetivos dos cidadãos (idade, condição biológica, limitações de renda), ou seja, características dependentes de circunstâncias alheias à vontade daquele que é ou está em determinada idade, raça, sexo, renda, doença, dentre outros atributos que se vinculam na cidadania de um país.

O Estado de direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática

A sociedade liberal capitalista tem como uma de suas ideias-chave a noção de neutralidade estatal, que pode se expressar de formas variadas como a não intervenção em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. Na maioria das nações pluriétnicas, o abstencionismo estatal se traduziu na crença de que a mera introdução nas respectivas Constituições de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal bastaria. Perante a lei de todos os grupos étnicos componentes da Nação, isso seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, quando seria assegurada a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como condizente ao bem-estar social individual e coletivo. Como se sabe, nas sociedades contemporâneas, a ideia de neutralidade estatal tem-se revelado fracassada, especialmente, nas sociedades que durante séculos mantiveram certos grupos ou categorias em posição de inferioridade legitimada pela lei. Em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesse contexto, o direito se compõe, permanentemente, para se adequar às demandas histórico-sociais, à busca do direito de igualdade entre os indivíduos.

E, assim, o direito se compõe na sociedade hodierna como o amplo anelídeo entre a prevalência de caracteres e indigências do homem com a competência funcional de um Estado que se quer moderno, mas se mostra inábil em contestar os imperativos na realização de seus fins. Pode-se afirmar que a cada comportamento humano, há a presença, mesmo que indireta, do fenômeno jurídico, pois o Direito está pelo menos pressuposto em cada ação de um indivíduo que se relacione com outro indivíduo.

Da sociedade contemporânea, emergem novos direitos que dão pauta para novas discussões e análises. Tais direitos, de acordo com a época, tornaram-se grupais e indivisíveis, pluralistas e, às vezes, indelévels. Essa ocorrência estabeleceu para as ciências sociais jurídicas, novos desafios, vislumbrando pontos de vista legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, determinando uma concretização específica e um discurso emancipatório da sociedade. Foram sustentados por intermédio de ações sociopolíticas públicas germinadas em determinado momento característico, contendo uma titularidade coletiva e não subjetiva¹.

No positivismo, está o contexto do que é a norma jurídica. Uma norma jurídica é traçada por intermédio da sua eficácia e validade, além de outros valores intrínsecos, tais como: concepção de norma jurídica em cotejo com a sanção considerada seu elemento essencial – a partir das concepções que a própria história do direito tradicional constituiu como o ponto de partida para o entendimento de várias ideias pertinentes.

¹ SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005.

No entendimento de Hans Kelsen², as normas jurídicas prescrevem, cogente e essencialmente, deveres jurídicos. Contudo, os deveres da maioria das pessoas não são expressos por leis, embora permaneçam efetivamente assentados por elas. Na concepção de Kelsen existe um “dever-ser” que se fundamenta na distinção entre o *sein* (ser) e o *sollen* (dever), de onde se derivam a casualidade, a ordem social, a existência do mundo físico pautado na utilização de regras, dentre outros aparatos.

As normas jurídicas precisam ser estabelecidas por uma Lei Maior, ou seja, a constituição de um país. Assim, essa Constituição institui as bases de um direito moderno, o direito diretivo, assinalado como um original paradigma de cidadania e democracia.

Entre as relações sociais e as normas do Direito, existe uma ligação contraditória. Nem sempre a realidade social obedece àquilo que pensamos sobre a realidade. Tal contexto deve ser interpretado não como a totalidade de direitos sociais, mas uma totalidade diversificada, visto que, às vezes, outra ação social precisará ser negada ou terá como suporte a utilização das regras prescritas numa Carta Magna. Mas as regras dentro de um país precisam ser correspondidas, lidas e obedecidas para o bem-estar comum. Resulta daí um conjunto jurídico-social de uma leitura integrada dos direitos previstos numa Constituição, sempre ressaltando a tolerância entre os povos e a investigação pela ampliação comum e sustentável do desenvolvimento jurídico³.

98

Constitucionalismo

O Constitucionalismo é um movimento jurídico e político no intuito de limitar o poder do Estado por intermédio de constituição. A constituição se torna a Carta Magna. É uma Carta Pactuada escrita que dá poder ao cidadão para opinar e escolher responsabilidades cívicas que possam fundamentar normas positivadas ou costumeiras.

Nos dizeres de Pedro Lenza, os momentos marcantes na história da Humanidade, quais sejam na Idade Antiga, e a Idade Média na Idade Moderna, elucidaram o constitucionalismo. Para o autor:

Ao analisar a *Antiguidade Clássica*, Karl Loewenstein identificou entre os hebreus, timidamente, o surgimento do Constitucionalismo, estabelecendo-se ao Estado teocrático limitações ao poder político ao as-

² KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³ ARAÚJO, A.V.; LEITÃO, S. Socioambientalismo, Direito internacional e soberania. In: SILVA, L.B.; OLIVEIRA, P.C. (Coord.). *Socioambientalismo: uma realidade – homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho*. Curitiba: Juruá, 2008.

O Estado de direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática

segurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos.

Destaca o autor, mais tarde, no século V a.C., a experiência das Cidades-Estados Gregas como importante exemplo de democracia constitucional, na medida em que a democracia direta, particular a elas, consagrava "...o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos⁴.

O constitucionalismo surge com um documento importante, denominado *Magna Carta Libertatum*, no ano de 1215, representando o grande marco do constitucionalismo medieval, estabelecendo, mesmo que formalmente, a proteção aos importantes direitos individuais. Ainda para outro autor, Luis Carlos Hiroki Muta, o constitucionalismo surgiu como alternativa político-ideológica ao absolutismo, com a adoção de duas técnicas de organização do poder político, a partir das ideias de repartição e controle:

A primeira delas é baseada na repartição territorial ou vertical, que destaca a importância do regime federativo, em que o poder político é territorialmente dividido, criando entes dotados de autonomia política, cada qual com competência constitucionalmente definida, de natureza legislativa ou material, de titularidade exclusiva ou privativa, de exercício comum ou concorrente, nos termos da Constituição Federal.

A segunda técnica vincula-se à repartição orgânico-funcional ou horizontal do poder político, envolvendo a aplicação prática do princípio da separação dos Poderes. Tal modelo de organização exige a prévia definição de competências, consideradas as diferentes funções estatais (legislativa, administrativa e judicial), vinculadas a órgãos independentes, que as exercem segundo critérios de preponderância destinada ao equilíbrio funcional (função predominante do Parlamento: predominantemente legislar) e não de exclusividade e rigidez funcional.⁵

Retomando Lenza, o autor também destaca o constitucionalismo na Idade Moderna, afirmando que:

Durante a Idade Moderna, destacam-se: o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of Settlement*, de 1701. Nessa linha, além dos pactos, destacam-se o que a doutrina chamou de forais ou cartas de franquia, também voltados para a proteção dos direitos individuais. Diferenciam-se dos pactos por admitir a

⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

⁵ MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito constitucional: organização do estado e dos poderes*. Tomo II. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 90.

participação dos súditos no governo local (elemento político). Pactos e forais ou cartas de franquia, documentos marcantes durante a Idade Média, buscavam resguardar direitos individuais. Alerta-se, contudo, que se tratava de direitos direcionados a determinados homens, e não sob a perspectiva da universalidade.⁶

Também, para Alexandre Moraes⁷, a ideia formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 (treze) colônias e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, e ambas apresentaram dois traços primordiais para a fundamentação do constitucionalismo: *a organização do Estado* e *a limitação do poder Estatal*.

Canotilho conceitou o instituto, ilustrando a garantia dos direitos comunitários:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.⁸

100

Para que haja a teoria do constitucionalismo, necessário se faz haver os elementos formadores de uma constituição, objeto amplo político do Estado com destaque fundamental para o direito de uma nação. Tais elementos devem ser integrados em níveis de princípios e valores que limitam o poder com os diversos direitos e todas as garantias fundamentais.

Lenza⁹ define o constitucionalismo como uma “[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-estrutural de uma comunidade”. Em seguida, nos entendimentos do autor “[...] constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”.

O constitucionalismo é o *feixe da democracia*, num punhado de normas constitucionalizadas a favor do cidadão. Acerca desse tema, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior estabelecem o conceito de Constituição:

⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 05.

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 45-46.

⁹ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 4.

O Estado de direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática

Constituição como organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional¹⁰.

Na lição de Gina Vidal Marcílio Pompeu:

Os textos constitucionais não mais se limitam a regulamentar as características do estado, a separação de poderes, e a inibir a sua ação contra os direitos individuais. As constituições hodiernamente são dirigentes, visam a modificar a realidade, transformá-la, obrigando o Estado a tomar certas decisões que viabilizem os direitos sociais e que garantam aos cidadãos meios de acesso a uma vida mais justa e igualitária.¹¹

No espelho de Jânio Nunes Vidal, o parecer pródigo arrola-se com a opinião de Constituição que garante as liberdades negativas, o pensamento comunitário, sem negar a acuidade de tais direitos e liberdades, impugna a ideia de Constituição concepção:

Nessa concepção, a Constituição – com seu sistema de direitos – significa um projeto social que deve ser compartilhado pelos indivíduos comprometidos com determinados valores. Dessa forma, os direitos fundamentais são traduzidos como liberdades positivas, enquanto participação ativa da cidadania no processo de deliberação pública.¹²

Katya Kozicki e Estefânia Maria de Queiroz Barboza ponderam que o Constitucionalismo é uma teoria garantidora do mundo jurídico e com técnicas específicas, pois, por intermédio da Constituição, há a limitação e a divisão dos poderes democráticos:

Equivale dizer que, para a teoria do Constitucionalismo, é necessário mais do que um procedimento democrático adequado para se alcançar resultados justos, sendo também necessários juízos de valores substantivos, que levem em consideração os resultados a ser alcançados. Os valores substantivos escolhidos pela sociedade são alçados ao *status* de direitos fundamentais numa Constituição rígida e estes, por sua vez, funcionam como limites materiais à deliberação democrática. Nesta

¹⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3.

¹¹ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial*. Fortaleza: ABC, 2005, p. 111.

¹² VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. São Paulo: Juspodivm, 2009, p. 147.

ótica, o Poder Judiciário (ou a Corte Constitucional) é o intérprete final da Constituição, razão por que ela própria lhe assegura competência para controlar os atos emanados do Poder Executivo ou do Poder Legislativo¹³.

O Constitucionalismo como teoria dá atenção à proteção dos direitos fundamentais, mesmo que isso implique limitação do processo democrático. Nesse sentido, os autores anteriormente referenciados refletem sobre:

O Constitucionalismo tem como pedra angular os direitos fundamentais que, por sua vez, representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte, de máxima manifestação da soberania popular. São estes direitos que garantem o funcionamento da democracia, isto é, quando os direitos fundamentais impõem limites materiais aos atos do governo estão, na verdade, protegendo o povo como um todo e não apenas maiorias eventuais. E quem está incumbido de proteger estes valores é o Poder Judiciário, conforme determinação do próprio Poder Constituinte.¹⁴

Sobre os direitos fundamentais, Luís Roberto Barroso abrange a existência da colisão das normas constitucionais com a principiologia do constitucionalismo contemporâneo e preleciona que:

102

A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais^[24]. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto¹⁵.

¹³ KOZICKI, Katya, BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14994/13675>>. Acesso em: 31 dez. 2011.

¹⁴ KOZICKI, Katya, BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14994/13675>>. Acesso em: 31 dez. 2011.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

O Estado de direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática

As proclamações jurídicas, por si só, revistam elas a forma de dispositivos constitucionais, não são suficientes para reverter um quadro social arraigado à tradição cultural de cada país. A reversão desse quadro só será viável com a renúncia do Estado à sua história de neutralidade nas questões sociais. Urge, portanto, colocar em prática o abalizamento profícuo do constitucionalismo para garantir os direitos individuais e fundamentais dos cidadãos. Assumir uma posição ativa, até mesmo radical, se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica.

José Adércio Leite Sampaio, ao pautar a discussão do constitucionalismo, revela como o Estado pode assegurá-lo, com vistas às garantias fundamentais previstas na Constituição de cada país:

Uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da atividade do poder do ponto de vista da Constituição, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.¹⁶

Encontra-se a juridicidade em todas as normas constitucionais. A Constituição não contém ditames, pareceres, códigos morais, ou seja, cláusulas e normas de caráter que não exclusivamente jurídicos. Assim, todas as normas da Constituição efetivam decorrências jurídicas justamente por terem equivalências jurídicas. Não se trata aqui do seu grau de eficácia. Essa é uma variedade intrínseca constitucional. Ainda por serem jurídicas, as normas constitucionais se introduzem na categorização geral das normas jurídicas (como, v.g., normas primárias e normas secundárias; normas imperativas e normas facultativas; normas gerais e normas especiais). Por serem jurídicas, estão acobertadas pela Lei Maior no que tangem às garantias para os cidadãos. No entanto, não bastam as letras formalizadoras das garantias prometidas. É imprescindível *instrumentalizar* e *dinamizar* as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade. O constitucionalismo posto em aberto, para se fazer mutante e mutável, deve ser objeto de reflexão jurídica e não um conceito estático do direito de igualdade, pronto, atualizado, realizado, segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados. De acordo com a igualdade jurídica, o constitucionalismo e a democracia são uma reflexão *dinâmica* e *instrumental* do Estado Democrático de Direito brasileiro.

103

¹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 23.

Democracia

A democracia é um dos mais antigos ideais da humanidade jamais realizado plenamente. Por ela já se fez o bem e praticou-se o mal. Ao longo da história, serviu para inspirar movimentos libertadores, como para justificar golpes militares e regimes de opressão.

A democracia nasceu de uma concepção individualista de sociedade. Ou seja, a sociedade, qualquer forma de sociedade e, especialmente, a sociedade política é um produto artificial da vontade dos indivíduos (é uma construção).

Norberto Bobbio aduz que:

Da idade clássica até hoje, o termo ‘democracia’ foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos como pode ser exercido o poder político. Especificamente, designa a forma de governo pela qual o poder político é exercido pelo povo.¹⁷

Nos comentários históricos de Giovanni Sartori:

Para los griegos, democracia era aquel sistema de gobierno em el que las decisiones son colectivas. Por lo tanto, la Idea clásica de democracia permite que la comunidad no deje ningún margen de independencia y no conceda ninguna esfera de protección al individuo.¹⁸

104

Nos dizeres de Jânio Nunes Vidal sobre democracia, na Grécia antiga, havia contrapontos sobre a plenitude e a inspiração da sociedade da época no que tange à verdadeira democracia:

[...] cumpre ressaltar que a conhecida democracia da Grécia antiga ocorreu em uma sociedade profundamente dividida, em um contexto que significava, necessariamente, a exclusão participativa da maioria do povo – os escravos –, de maneira que o Estado-cidade pudesse promover um certo equilíbrio político que assegurasse a ordem dos proprietários fundiários e a manutenção do modelo escravocrata. Assim, não seria de todo incorreto afirmar-se que não houve na Grécia antiga uma verdadeira democracia. Somente no contexto de uma sociedade cindida em classes, na qual se excluía a base social escrava, seria possível traçar esta pretendida identidade entre governantes e governados.¹⁹

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado governo sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 135.

¹⁸ SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994, p. 218.

¹⁹ VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. São Paulo: Juspodivm, 2009, p. 63.

O Estado de direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática

Certo que a democracia é sempre uma *reflexão* e, ao mesmo tempo, um problema. Ela se difere como forma de governo, tendo em vista que é uma reunião de diversidades de pessoas, comunidades, sociedades civis e Estado. É a afirmação da consciência individual, num mundo de falsificação e relações coisificadas.

Segundo Hebert de Souza (Betinho), a democracia é vista sob dois aspectos:

Para alguns é apenas uma forma de governo, derivada de eleições diretas e que só existe nos países capitalistas. Para outros é algo mais profundo que afeta as relações da sociedade (econômicas, sociais, políticas, culturais) em busca da igualdade e que, portanto, não existe nas sociedades capitalistas.²⁰

Para Betinho, a democracia, para alguns, é uma ilusão, cuja função é desviar os esforços de lutas concretas, imediatas, fundamentais, uma espécie de ópio do povo. Para outros é uma utopia, uma inspiração radical de transformação da sociedade. Uma ideia-força que ilumina a história humana, sempre presente e jamais plenamente realizada. Por isso mesmo, motor permanente de transformação, evolução da própria humanidade.

Atenta é a lição de Norberto Bobbio sobre a democracia:

[...] existe uma forma de governo – chame-se ela democracia ou algo diverso – que se caracteriza, frente às demais, por ser o governo dos muitos com respeito aos poucos, ou dos mais com respeito aos menos, ou da maioria com respeito à minoria ou a um grupo restrito de pessoas (ou mesmo de um só), e que portanto o conceito de democracia.²¹

Ainda sobre a democracia, Tocqueville assevera que:

A democracia favorece o crescimento dos recursos internos do Estado; difunde o bem-estar, desenvolve o espírito público; fortalece o respeito à lei nas diferentes classes da sociedade. Todas essas coisas têm apenas uma influência indireta sobre a posição de um povo diante de outro. Mas a democracia só dificilmente poderia coordenar os detalhes de uma grande empresa, decidir-se por uma meta e perseguir-la obstinadamente através dos obstáculos.²²

Entende-se, portanto, que a democracia é uma obra sem limites e inacabável. Porém, ela é exatamente aquilo o que se fizer dela e por isso é fundamental

²⁰ SOUZA, Hebert de. Escritos indignados: democracia x neoliberalismo no Brasil. In: *Democracia no Brasil*, Rio de Janeiro: Rio Fundo Editora, 1991, p. 11.

²¹ BOBBIO, Norberto. *Estado governo sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 138.

²² TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América, livro I, leis e costumes*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 266.

reinventá-la. A democracia se constrói em torno de princípios fundamentais, simples em seus enunciados, complexos em suas realizações históricas. Solidariedade, igualdade, participação e diversidade são palavras-chave que compõem o sistema democrático. Se dissociadas, elas se recusam como valores estruturantes, pois a verdadeira democracia é a verdadeira liberdade de um povo. Nova e fundamental; velha e aberta a novos paradigmas; discutível e diversa. Sobre o assunto da fundamentabilidade da democracia, debate Silmara Carneiro e Silva:

A democracia é uma invenção cultural fundamental para o desenvolvimento societário. Constitui-se um processo no qual a humanidade cria e recria meios para organizar a sociedade, tornando-se um campo legítimo no qual as relações entre Estado e sociedade civil são concretizadas. É no âmbito de tais relações que as perspectivas para o desenvolvimento social são construídas na esfera pública na contemporaneidade. A cultura política e a participação dos sujeitos envolvidos neste processo são elementos essenciais para a configuração das relações construídas em meio às lutas inscritas no âmbito dos espaços de poder institucionalizado.²³

106

Para Vieira²⁴, a expressão democracia, fundamenta-se, exegeticamente, nos tipos de governo. Para o autor, a doutrina apresenta três modelos característicos, a saber: democracia *direta*, que é aquela em que o povo delibera as questões de interesse gerais e particulares para resolver questões do Estado. A democracia *indireta*, nos comentários do autor, também chamada representativa, foi adotada historicamente por força do aumento da densidade populacional, e, conseqüentemente, de cidadãos que passam a ter sua vontade política valorizada, mas cuja operacionalização direta se viu comprometida, o que torna necessário criar um mecanismo de representatividade para a efetivação dessas manifestações; e *semidireta* ou participativa, modelo que busca conjugar as virtudes dos modelos direto e indireto, modelo este adotado no Brasil.

Vieira preleciona que a democracia semidireta no Brasil dá-se da seguinte maneira:

A expressão “representantes eleitos” tem o valor hermenêutico de registrar a parte indireta de nossa democracia *semidireta*. Por ela, enuncia-se como o povo atua indiretamente na condução dos negócios governamentais.

Ao eleger seus representantes para o desempenho das atribuições máximas do governo, o povo credita a eles a competência e a legitimidade

²³ SILVA, Silmara Carneiro e. *Relações entre o executivo e o legislativo, processo decisório e análise de políticas governamentais*. Disponível em: http://www.seminariosociologiapolitica.ufpr.br/programacao_gt.php?gt=6. Acesso em: 06 jan. 2012.

²⁴ VIEIRA, Felipe. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2007, p. 27.

O Estado de direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática

para tomarem as decisões políticas necessárias e que expressem o anseio e as expectativas de toda a comunidade²⁵.

A democracia representa o pluralismo de ideias, a solidariedade benéfica para a sociedade, a voz ativa e efetiva das diferenças; o ideal e a diversidade políticos na abrangência de diversas doutrinas. A democracia ensina como o cidadão deve viver a sua existência, tramitando entre sua liberdade e o seu perfil ético. Na democracia, é dever do Estado fortalecer as virtudes políticas, moldar o caráter dos cidadãos, o que é sustentabilizado à equidade política que poderá ser previsível ao longo do tempo do governo de cada país.

Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federativa do Brasil de 1988. Em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais são subdivididos em cinco capítulos:

a) *Direitos individuais e coletivos*: são os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Estão previstos no artigo 5º e seus incisos;

b) *Direitos sociais*: o Estado Social de Direito deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos. Esses direitos são referentes a educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Sua finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando, assim, a igualdade social. Estão elencados a partir do artigo 6º;

c) *Direitos de nacionalidade*: nacionalidade, significa, o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo com que este indivíduo se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e, em contrapartida, o Estado sujeita-o a cumprir deveres impostos a todos;

d) *Direitos políticos*: permitem ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos, exercer sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado. Estão elencados no artigo 14;

e) *Direitos relacionados à existência, organização e à participação em partidos políticos*: garante a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito. Estão elencados no artigo 17²⁶.

107

²⁵ VIEIRA, Felipe. *Ibidem*.

²⁶ SILVA, Flávia Martins André da. *Direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 03 jan. 2012.

Para Flávia Martins Silva²⁷, todo ser humano já nasce com direitos e garantias, não podendo estes ser considerados uma concessão do Estado, pois alguns desses direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros por meio de certa manifestação de vontade; e outros ainda, apenas reconhecidos nas cartas legislativas.

Ainda para Silva, os Direitos Fundamentais são uma criação de todo um contexto histórico-cultural da sociedade. As principais características dos direitos fundamentais são:

- a) *Historicidade*: os direitos são criados em um contexto histórico e, quando colocados na Constituição, se tornam Direitos Fundamentais;
- b) *Imprescritibilidade*: os Direitos Fundamentais não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes;
- c) *Irrenunciabilidade*: os Direitos Fundamentais não são renunciáveis de maneira alguma;
- d) *Inviolabilidade*: os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa;
- e) *Universalidade*: os Direitos Fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independentemente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política;
- f) *Concorrência*: podem ser exercidos vários Direitos Fundamentais ao mesmo tempo;
- g) *Efetividade*: o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando, quando necessário, meios coercitivos;
- h) *Interdependência*: não podem se chocar com os Direitos Fundamentais as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionarem para atingir seus objetivos;

Complementaridade: os Direitos Fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta²⁸.

Para Neide Maria Carvalho Abreu:

Os direitos fundamentais resultam de um movimento de constitucionalização que começou nos primórdios do século XVIII. Encontram-se incorporados ao patrimônio comum da humanidade e são reconhecidos internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.

²⁷ SILVA, Flávia Martins André da. *Ibidem*.

²⁸ SILVA, Flávia Martins André da. *Ibidem*.

O Estado de direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática

Muito têm contribuído para o progresso moral da sociedade, pois são direitos inerentes à pessoa humana, preexistentes ao ordenamento jurídico, visto que decorrem da própria natureza do homem, portanto, são indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma existência livre, digna e igualitária²⁹.

Várias são as expressões usadas para nomeá-los: direitos do homem, direitos naturais, direitos individuais, direitos humanos, liberdades fundamentais etc.

A soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e todos os direitos fundamentais contemplam o processo do constitucionalismo, do neoconstitucionalismo (novo Direito Constitucional) e do processo democrático, tendo como distinção, na Constituição Brasileira, o Estado democrático de Direito. Estão embutidos nesses institutos argumentos inquestionáveis que sustentam a vivência jurídica constitucional. São conjuntos compensatórios quando colocados em prática a favor da dignidade da pessoa humana.

Está cotejada a dignidade da pessoa humana no princípio de igualdade, como algo que transcende o âmbito jurídico, pois o tema é bem eclético na esfera das ciências sociais. Alguma coisa além acontece. A Carta Magna de um país se constitui no paradigma hermenêutico de definição para dar sustentabilidade a qualquer pensamento constitucional.

Sobre os direitos fundamentais, aufero o ilustre doutrinador Alexandre de Moraes que a natureza jurídica das normas que disciplinam tais direitos se inserem num contexto de imediata *eficácia e aplicabilidade*. O autor preleciona:

[...] a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).³⁰

Coadunam-se as ideias do Prof. Uadi Lammêgo Bulos sobre a nobreza do assunto no que tange aos direitos fundamentais:

²⁹ ABREU, Neide Maria Carvalho. *Os direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. Disponível em: <http://www.passeja.com.br/file/download/Os_direitos_fundamentais_na_constituicao.pdf>. Acesso em: 03/01/2012

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Por isso é que eles são, além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do homem nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se, a depender do influxo do fato social cambiante³¹.

110

Dentre todos os artigos dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, certo é que o artigo 5º. se destaca ao assegurar o respeito à sociedade democrática quando rege *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. A Constituição em seu artigo 5º se preocupa em afirmar certos valores, direitos de pessoas ou de grupos que, de certa forma, ocupam um lugar especial perante a sociedade, distinguindo-se da grande massa isonômica, uma vez que são detentores de necessidades específicas e, conseqüentemente, se enquadram em situações excepcionais. Portanto, ao citar certas peculiaridades do texto constitucional, o próprio constituinte autoriza uma interpretação do sentido de igualdade, visando o entendimento segundo o qual a igualdade só será atingida tratando desigualmente os desiguais. Tendo em vista essas considerações, estamos diante da denominada igualdade material ou igualdade na lei.

De acordo com as sábias palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello³², havendo correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação protegida, é possível desigualar ou tratar desigualmente situações. Em outras palavras, a Constituição autoriza o tratamento desigual, respeitando-se algumas premissas. Necessariamente, deverá haver uma determinada situação em que seja identificado o fator de discriminação para, em seguida, enquadrar a referida situação dentre aquelas que possuem respaldo legal para sofrerem a desigualação.

Partindo de uma premissa lógica, a quebra da igualdade só poderá ocorrer em virtude de autorização implícita ou explícita, tendo como pressuposto a iniciativa do constituinte em realçar os benefícios e hipóteses de cabimento dessa ruptura. Ilustrando esse entendimento, a figura da pessoa do cidadão enquadra-se, pela sua própria condição, no rol dos indivíduos de classes menos favo-

³¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 69.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17.ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52.

O Estado de direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática

recidas, admitidos para romper a igualdade, nos casos em que participe com outras pessoas. Nesse sentido, fica clara a importância de se promover ações e de permitir aos menos favorecidos que desfrutem de conveniências oferecidas às pessoas que possuem mais oportunidades de vida. Desse modo, o Estado deverá garantir, por exemplo, tratamentos especiais nas áreas de saúde, educação e transporte, como forma de adaptar a estrutura já existente.

Consubstancia-se que os direitos fundamentais são consagrados na nossa Constituição Federal. Nos dizeres de Moraes³³, não podem ser vilipendiados, ultrajados e utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Estado democrático de direito brasileiro

É no escopo dinâmico da teoria do constitucionalismo e da forma pura de governo, qual seja, a *democracia*, que surge o Estado democrático de direito. Entende-se por ser, fundamentalmente, uma reflexão *dinâmica e instrumental*. Refletir sobre um tema não traz começo, meio e fim. Faz sua história na concretização de valores de uma sociedade. Busca permanentemente os direitos dos cidadãos, estado latente de poder livre e igualitário, implicando um instrumental operativo para captar as relações e as concepções jurídicas quanto ao que seja liberdade e igualdade de um país.

Toda a garantia do indivíduo é gerada pela normatividade constitucional e pela ordem jurídica. Assim, é dever oriundo do Estado Democrático de Direito a efetiva caracterização da justiça na sociedade contemporânea, balizando as garantias fundamentais que são prerrogativas principais da constitucionalidade.

Para Felipe Vieira³⁴, sob o foco do positivismo normativista, a declaração de que o Brasil constitui-se um estado democrático de Direito nos preleciona uma dimensão formal-objetiva na qual, nos dizeres do autor, Estado e Direito são expressões equivalentes e interdisciplinares, por se referirem a um mesmo ser, a uma mesma lógica, sendo a democracia o elemento responsável pela legitimação da autoridade do ordenamento.

Nos dizeres de Vieira, se há Estado, há direito. O autor postula que:

Só há Estado quando este se apresenta sob a forma de uma ordem jurídica estabelecida. O elemento democrático é encetado no contexto de Estado de Direito, no sentido de definir o regime sob o qual o Estado/Direito irão se plasmar.

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

³⁴ VIEIRA, Felipe. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2007.

A formalização da democracia em uma dimensão estatal-normativa confere objetividade ao seu conteúdo, retirando de seu tecido o matiz da ilusão transcendental e metafísica de uma sociedade ideal submetida à pura ingerência das leis naturais.

Por outro lado, a organização política da sociedade humana requer a presença de um Direito consentâneo às condições espaço-temporais que definem as aspirações do elemento humano do Estado (homem, povo, nação).

Da mesma forma que só há Estado sob a égide de um Direito, podemos afirmar que o pressuposto para a existência de ambos os conceitos está calçado na satisfação do elemento humano. Nesse sentido, a democracia assume o caráter dinâmico e instrumental, revelador do processo sob o qual se constitui o Estado/Direito³⁵.

Luis Roberto Barroso averigua o papel do Judiciário no processo democrático e seu pensamento se adéqua aos valores constitucionais quando afirma que:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o deficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.³⁶

112

É sabido que no Estado Democrático de Direito, a organização estatal tolera o controle das garantias constitucionais. Certo é que tais garantias impetram e envolvem todo o sistema jurídico, nas ações sociais mais diversas.

A busca do aperfeiçoamento do Estado democrático de Direito em sua dimensão é um valor em si mesmo, que cresceu ao longo de cinco séculos e várias décadas de redemocratização no Brasil. O Estado democrático brasileiro é um arrojo ético dos mundos modernos, mas que se faz acompanhar da necessidade do uso político para modificar o “econômico”, o “social” e, finalmente, os “valores culturais”. Urge, sobretudo, compreender que a pobreza no Brasil, a concentração

³⁵ VIEIRA, Felipe. *Ibidem*, p. 15.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

O Estado de direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática

de renda nas mãos de poucos e a falta de acesso à saúde, à educação de qualidade e à segurança se devem a um modelo econômico tardio e sofrido. Tal modelo ultrapassado e ingrato ignora a hierarquia e estratificação das classes menos favorecidas e tão somente destrói nossas riquezas e as exporta. Um modelo econômico que mantém, ao longo do tempo, a sua perversa vocação concentradora de renda, a manipulação do capital e a manutenção do desemprego não se coaduna com o Estado de Direito. Não exige soluções de natureza macroeconômica que devem ser contempladas e enfrentadas na arena política. Se não houver o provimento do verdadeiro Estado democrático de Direito, conquistas médias e pequenas da população, no plano jurídico, serão meras declarações de boa vontade.

Resta indubitável que a efetivação do Estado democrático de Direito brasileiro contorna os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e valores culturais. Torna-se espécie necessária, para consolidar, no Brasil, a democracia política, criar uma verdadeira comunidade nacional. Superar o dualismo perverso que separa os brasileiros entre uma parcela de integrados, elitizados, e uma grande maioria de excluídos dos direitos fundamentais seria a suprema felicidade.

O princípio de igualdade no texto constitucional brasileiro

É necessário reconhecer que a teoria do constitucionalismo brasileiro trata das situações de desigualdade no Estado de Direito, para posteriormente revertê-las na tão almejada e consagrada igualdade, prevista na Carta Magna. Entretanto, definir tais situações exige que seja demonstrada a intenção do legislador em inserir o referido conceito no texto constitucional. Para se compreender o princípio da igualdade, pressupõe-se, inicialmente, a definição dos dois sentidos dessa palavra. Em um *primeiro momento*, a igualdade significa seguir uma regra isonômica, independentemente de qualquer privilégio, sendo estendida a todos de forma ampla e obedecendo à generalidade. Assim, está caracterizada a igualdade formal ou igualdade perante a lei. O conceito aludido refere-se tão somente a uma descrição literal da expressão igualdade, desconsiderando a hipótese sensata de definição por uma interpretação lógica, em que os diversos princípios constitucionais são interpretados conjuntamente.

Para Luís Roberto Barroso³⁷, o Estado Democrático de Direito passa pelo renascimento do Direito Constitucional, num ambiente de igualdade, sem o regime autoritário e ditatorial que outrora infligia nosso país. O autor afirma sobre a travessia do Estado brasileiro outorgando à “Constituição Cidadã” protagonismo de sua promoção. Ele aduz que:

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso³⁸.

114

O debate em torno do princípio constitucional da igualdade alavanca os direitos fundamentais, muitas das vezes, explica a razão das constituições existirem como alça e leveza do Estado democrático de Direito. A raiz desse princípio se situa na discussão a respeito dos direitos civis e, especialmente, do seu mais eficaz instrumento de implementação, qual seja, a carga político-ideológica, numa base filosófico-constitucional não desprezível. Ao remontar o efeito aristotélico sobre a postura do homem na sociedade (o homem é um animal político) e passar por escolas modernas da filosofia jurídica, são diversos os postulados. Esses disputam a primazia da fundamentação do princípio de igualdade que criam âncoras frente ao constitucionalismo e à democracia. Ocorre aí, nesse âmbito, a fruição de todo o pensamento liberal de vivência jurídica da principiologia e da caracterização dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana no texto constitucional brasileiro

Refletir sobre a dignidade da pessoa humana no Brasil à luz do constitucionalismo e do estado democrático de direito é rever o passado, entender e vislumbrar um futuro, tendo como referência os princípios básicos da própria democracia.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

O Estado de direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática

Com a chegada dos portugueses, iniciam-se a desigualdade e o desrespeito à pessoa humana, impostos por meio de guerra e extermínio dos povos indígenas, da escravidão dos povos africanos e da implantação de uma estrutura econômica desleal em função da Coroa Portuguesa. Ainda existiam naquela época os grandes proprietários locais, capitanias hereditárias e sesmarias. Esse passado mostra o processo latifundiário, a riqueza concentrada, a indignidade e dominação da maioria.

A República, por sua vez, era oligárquica e sua essência era mal distribuída, produtora de desigualdades sociais e uma estranha realidade da democracia. Embora frágeis, a democracia e o respeito à dignidade da pessoa humana e a bravura do povo brasileiro romperam as barreiras da história e muitas lutas foram travadas. Nem sempre diretamente políticas, essas lutas chegaram a atingir proporções como em Canudos, onde milhares de sem-terras tentaram fundar sua própria sociedade. O tempo passou. Na República, o processo de democratização avançou com a elaboração de uma nova constituição, a primeira elaborada expressivamente com a participação da sociedade. A democracia evoluiu com a organização de partidos políticos; o desenvolvimento de movimentos sindicais, libertados da tutela estatal, movimentos sociais igualitários, movimentos feministas, antirracistas, ao lado dos movimentos dos direitos humanos e ecológicos. Ao acontecer a democracia na Constituição, estava resgatada a dignidade da pessoa humana, que se vislumbra a todo instante em movimentos nacionais por todo o país.

A dignidade da pessoa humana, conferida pela Constituição Brasileira de 1988, edita um privilégio que se detém entre o capital e os meios de produção. Para Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, essas dimensões são extremas e pessoais, garantindo a relação direta da dignidade humana com os direitos de personalidade:

Os direitos da personalidade saem de um paradigma meramente patrimonialista, passando a exercer uma função protetiva não mais do sujeito de direitos, mas um papel promocional do livre desenvolvimento da personalidade, afastando todos os óbices a que tal fato ocorra. E parece clara a opção do legislador Constituinte, neste sentido, quando elaborou a regra do § 2º do art. 5º da Constituição da República: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Aparece aí a opção de erigir a dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental, inserindo-a neste *locus*, logo no artigo do texto constitucional, outorgando-lhe, assim, precedência em face mesmo de outros princípios constitucionais³⁹.

³⁹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões*. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revisitas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2012.

A realidade do nosso país deve se perpetuar pelo constitucionalismo e pelo processo democrático, em quaisquer esferas e segmentos sociais, como uma radiografia sucinta do sistema político brasileiro. O alheamento, a desinformação e a falta de organização de setores populares já não podem mais afetar a população brasileira. O brio e a condição dessa dignidade devem corroborar o verdadeiro Estado democrático de Direito numa reflexão crítica e dinamizadora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há intenção neste trabalho de esgotar tão grandioso tema em sua preponderância e plenitude. Há de se considerar a limitação da ênfase dissertativa. No entanto, foi engrandecedor argumentar sobre tão preciosa doutrina constitucional e jurídica.

A prática do constitucionalismo não poderá de forma alguma ser colocada de lado. O neoconstitucionalismo com seus marcos fundamentais poderá ser o novo direito constitucional, se identificado como um conjunto de transformações ocorridas no Estado, com seus princípios filosóficos, teóricos e históricos.

A força normativa da democracia, a redemocratização brasileira, a nova dogmática da ordem constitucional, a ética, o pós-positivismo, o estado de direito, o estado democrático de direito são os novos *status* das normas jurídicas, abarcadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Poderes frente ao mundo globalizado. Necessário também postular sobre a expansão da jurisdição constitucional diante da vontade geral.

A supremacia da Constituição é o centro do sistema jurídico. É uma norma jurídica que tem imperatividade e superioridade, carga valorativa e axiológica, no que tange à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Sua eficácia é irradiante em relação aos Três Poderes Brasileiros e mesmo para o Direito de particulares. Somente sua concretização dará ensejo a uma norma jurídica eficaz e plena, quando essa norma adquire voz e é cumprida frente aos desmandos e às ilicitudes.

São uma expectativa e uma *reflexão jurídicas, dinamizadoras, reais e instrumentais* que dão suporte a uma aproximação entre o Direito e Moral, Direito e Ética, Direito e Justiça.

A conservação do constitucionalismo e da democracia são fenômenos sócio-jurídicos que deverão estar sempre em franca expansão e na pauta política do mundo moderno brasileiro. O primeiro como contrapeso ao uso irresponsável dos direitos fundamentais, durante o processo de desenvolvimento do homem. A democracia, como direção para os avanços soberanos da população brasileira num século ainda iniciante e frágil, em termos econômicos e sociais.

O Brasil depara-se, ainda, com sérios problemas de reconhecimento e com iniquidades na sua atenção. O campo político ainda enfrenta crises e questões

que impõem estudo, discussão e superação. Agravos persistentes; envolvimento sociais emergentes; obsolescência de modelos de atenção; questionamento de paradigmas; novas linhas de investigação no campo político, jurídico, legislativo e executivo; formas de intervenção do Estado e da sociedade, dentre outros segmentos, preocupam constitucionalistas, comunidades e governantes.

O governo brasileiro tem nobre missão de recuperação dos ambientes para eventos esportivos de grande monta, o encurtamento de distâncias na missão continental, levar o progresso aos “quatro cantos do país”, o avanço nos transportes e nas comunicações, o aumento do tempo livre para os trabalhadores, a empregabilidade, a concorrência leal com a produção e com o comércio exterior. Enfim, há muito ainda o que fazer como país emergente.

Países como o Brasil, com grandes áreas preservadas do território, enormes extensões geográficas, uma população imensa com rendas desiguais, têm a necessidade de obediência à Constituição, aos seus artigos e às emendas constitucionais. Despertar o interesse de toda a humanidade planetária como exemplo reivindicador na contemplação do direito individual e coletivo. Compor uma vantagem única legislativa e constitucional, reduzindo eventuais pressões internacionais para sua intocabilidade ambiental, política e jurídica, ou seja, colocar em pauta a real necessidade da “Constituição Cidadã”.

Os princípios gerais do Direito são algumas proposições basilares que se encontram na fundamentação de toda legislação brasileira, com a força da Carta Maior, constituindo verdadeiros pressupostos dos quais se derivam as regras jurídicas. A dogmática jurídica brasileira do Direito Constitucional sustenta que, dentre todos os princípios que regulam a relação entre o Estado e o cidadão, estão os da igualdade, da dignidade da pessoa humana, abarcando todos os direitos humanos o da liberdade e da honra, assim como o da função social da propriedade. Conclui-se que o constitucionalismo democrático moderno se arregimenta por intermédio desses parâmetros.

Tal supremacia tem sido identificada por juristas, sempre cumprindo distintas funções, com inegável transcendência normativa. De um lado, costuma-se identificar nas ações legislativas jurídicas com finalidades exclusivamente de interesse público, mas também sustentada pelo direito privado. Exemplos recentes demonstram que economia tendencial é gravosa, atrasando obras públicas e onerando o orçamento do poder público e acarretando prejuízos aos particulares. Assim, Estado e sociedade se unem para um único debate. Ou seja, os dois se completam.

Outro desafio importante para o Estado democrático de Direito brasileiro se encontra na pujança privada dos direitos fundamentais. Para tanto, é necessário concretizar com evidência e interesse os direitos humanos e a cidadania. Trata-se, destarte, de um desafio ético. Deve-se evitar o desgaste político inter-

nacional e nacional, relacionando a conscientização da população brasileira no novo patamar em que o país se encontra frente ao Planeta. A observação e a presença de valores como afetividade, valor essencial da família, o trabalho, a segurança, o lazer e a saúde são conteúdos merecedores de destaque no Estado Constitucional brasileiro. Está no patamar das normas constitucionais estabelecer padrões mínimos de segurança, de desempenho e eficiência na mobilidade da população do País.

Quando os direitos fundamentais não são obedecidos e deixados de lado, nossa Lei Maior, CF/88, adverte em seu art. 5º que: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Por isso, todos devem sofrer o peso da *transgressão ao Direito*, inclusive, aqueles que exercem o poder que emana do povo, já que se trata de um Estado Democrático de Direito.

De fato, foi com a Carta Magna de 1988 que se estabeleceu numa nova ordem jurídica com a valorização da cidadania situando axiomas até antes desconhecidos pela sociedade brasileira. A boa-fé objetiva, a sociabilidade, a probidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, os direitos de personalidade e os direitos reais passaram a ser os pilares que amparam e instituem novo arrolamento ético na vida da cidadania brasileira.

Tão amplo é o tema ora exposto que se faz necessário novas leituras especializadas, de modo responsável e construtivo. Novas teorias explicativas destacarão a democracia e o constitucionalismo em seu duplo aspecto: responsabilização e construção jurídica. Acontece, assim, uma silenciosa revolução de princípios, valores e direitos fundamentais conquistados com a Constituição de 1988, que passam a ser objeto de uma essencial e dinâmica implementação das relações jurídicas.

Por fim, reitera-se que o objetivo primordial do trabalho foi valorar o constitucionalismo e o Estado democrático a ponto de não permitir a volta ao passado ditatorial, satisfazendo, assim, todas as expectativas sociais.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Neide Maria Carvalho. *Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.passeja.com.br/file/download/Os_direitos_fundamentais_na_constituicao.pdf. Acesso em: 03 jan. 2012.
- ARAÚJO, A.V.; LEITÃO, S. Socioambientalismo, direito internacional e soberania. In: SILVA, L.B.; OLIVEIRA, P.C. (Coord.). *Socioambientalismo: uma realidade – homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 93-120, jul./dez. 2012

O Estado de direito brasileiro e sua perspectiva constitucional e democrática

- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 02/01/ 2012.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões*. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2012.
- BOBBIO, Norberto. *Estado governo sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. Traduzido por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KOZICKI, Katya, BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14994/13675>>. Acesso em: 31 dez. 2011.
- LANZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito constitucional: organização do estado e dos poderes*. Tomo II. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial*. Fortaleza: ABC, 2005.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005.
- SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994.
- SILVA, Flávia Martins André da. *Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 03 jan. 2012.
- SILVA, Silmara Carneiro e. *Relações entre o executivo e o legislativo, processo decisório e análise de políticas governamentais*. Disponível em: <http://www.seminariosociologia-politica.ufpr.br/programacao_gt.php?gt=6>. Acesso em: 06 jan. 2012.
- SOUZA, Hebert de. Escritos indignados: democracia x neoliberalismo no Brasil. In: *Democracia no Brasil*, Rio de Janeiro: Rio Fundo Editora, 1991.

Claudine Rodembusch Rocha / Milton Schmitt Coelho

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América, livro I, leis e costumes*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. São Paulo: Juspodivm, 2009.

VIEIRA, Felipe. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2007.

Data de recebimento: 01/03/12

Data de aprovação: 23/04/13

CONSTITUCIONALISMOS: ESBOÇO DA ESTRUTURA CIS

CONSTITUTIONALISMS: OUTLINING THE CIS STRUCTURE

Gabriel Rezende de Souza Pinto*

RESUMO

Baseado em *Transconstitucionalismo*, de Marcelo Neves, este artigo se propõe a trabalhar os riscos inerentes à ideia de construir um método de diálogo constitucional. A partir da noção schmittiana de decisão e das aporias ali identificadas por Jacques Derrida, o chamado *cis*-constitucionalismo é esboçado como modelo necessariamente entrelaçado ao *trans*-constitucionalismo. Enquanto este último diz respeito ao léxico da passagem, transformação, Desenraizamento, aquele representa a lógica circular do retorno a *si*, a ausência de qualquer deslocamento, o autoconfinamento no interior de fronteiras autoidentitárias. A estrutura *cis* assombra a estrutura *trans* desde o início, desafiando-nos a repensá-la numa era global, na qual abundam interações e problemas, confluências e conflitos entre diferentes ordens jurídicas.

Palavras-chave: transconstitucionalismo – desconstrução – globalização

ABSTRACT

Based on Marcelo Neves's *Transconstitutionalism*, this paper engages itself in displaying the risks embedded in the idea of constructing a method of constitutional dialogue. Coping with the schmittian notion of decision and the aporias drawn from it by Jacques Derrida, the so-called *cis*-constitutionalism is outlined as a model necessarily intertwined with *trans*-constitutionalism. Whereas the latter is concerned with the lexicon of passage, transformation, Uprooting, the former represents the circular logic of the return to *itself*, the absence of any displacement, the self-confinement within the borders of one's own self-identity. The *cis* structure haunts the *trans* structure from the very beginning and defies us to

* Graduado em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrando em direito pela Universidade de Brasília. Membro dos grupos de pesquisa *Percursos*, *Fragmentos e Narrativas e Direito e História*. Bolsista da CAPES. grezendesou@gmail.com EQN 412/413, bloco A, 127, Asa Norte, Brasília-DF. CEP: 70867-405.

Gabriel Rezende de Souza Pinto

rethink it in a global Era where interactions and problems, confluences and conflict between different legal orders abound.

Keywords: transconstitutionalism – deconstruction – globalization

Solange die Weltgeschichte noch nicht abgeschlossen, sondern noch offen und in Bewegung ist, solange die Zustände noch nicht für immer fixiert und versteinert sind, solange, mit anderen Worten, die Menschen und die Völker noch eine Zukunft und nicht nur eine Vergangenheit haben, wird auch in den immer neuen Erscheinungsformen weltgeschichtlicher Ereignisse ein neuer Nomos entstehen. So handelt es sich für uns um den für jede geschichtliche Epoche wesentlichen, raum-einteilenden Grundvorgang, um das Struktur-bestimmende Zusammentreffen von Ordnung und Ortung im Zusammenleben der Völker auf dem in zwischen wissenschaftlich vermessenen Planeten. In dieser Bedeutung wir hier vom Nomos der Erde gesprochen. Denn jeder neuen Zeit und jeder neuen Epoche der Koexistenz von Völkern, Reichen und Ländern, von Macht-haben und Machtgebilden aller Art, liegen neue, raumhafte Einteilungen, neue Hegungen und neue Raumordnungen der Erde zugrunde.¹

There are paradoxes everywhere, wherever we look for foundations.²

122

Em face da fragmentação, o método transconstitucional precisa desenvolver-se na busca de construir ‘pontes de transição’ que possibilitem um relacionamento mais construtivo (ou menos destrutivo) entre ordens jurídicas, mediante a articulação pluridimensional de seus princípios e regras em face de problemas jurídico-constitucionais comuns, dependentes de soluções suportáveis para todas as ordens envolvidas, sem uma última instância decisória. Antes do que autoridade, o transconstitucionalismo precisa de método.³

Autant dire que, dans cette mesure du moins, cela n’arrive pas. Car s’il y en a, s’il y a quelque chose de tel, la pure événementialité singulière de ce qui arrive ou de qui arrive et m’arrive (ce que j’appelle l’arrivant), cela supposerait une irruption qui crève l’horizon, interrompant toute organisation performative, toute convention ou tout contexte dominable par une conventionnalité. Autant dire que cet événement n’a lieu que là où il ne se laisse domestiquer par aucun ‘comme si’, ou du moins par aucun ‘comme si’ déjà lisible, déchiffrable et articulable comme tel.⁴

¹ SCHMITT, Carl. *Der nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europæum*. Berlin: Dunker & Humboldt, 1974. p. 48.

² LUHMANN, Niklas. The third question: the creative use of paradoxes in the law and legal history. *Journal of Law and Society*, v. 15, n. 2, 1988. p. 154.

³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 277.

⁴ DERRIDA, Jacques. *L’université sans condition*. Paris: Galilée, 2001. p. 73.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 121-146, jul./dez. 2012

INTRODUÇÃO

Giacomo Marramao escrevia, em 1983, no terceiro capítulo de seu *Pottere e Secolarizzazione*, que, “[d]este ponto de vista, o decisionismo de Luhmann (...) coloca-se, pelo seu intrínseco caráter de despolitização, exatamente nos antípodas do decisionismo de Schmitt”.⁵ A frase, deslocada de seu contexto original, conduz necessariamente a equívocos que, entretanto, não elidem por completo o conteúdo da crítica de Marramao. Há, para ele, um pressuposto metafísico que fundamenta a teoria dos sistemas – notadamente em sua versão luhmanniana –, e acaba por hipertrofiar a rotina administrativa do poder, aproximando-se perigosamente das teses sociológicas do “fim do político”: trata-se da distinção operatória entre sistema (*System*) e entorno (*Umwelt*). É uma questão menor julgar, agora, os erros e acertos contidos nessa afirmação, bem como o excuro argumentativo que conduziu o filósofo italiano até este ponto. Parece promissor, contudo, desdobrar e reinterrogar esta pista com o objetivo de contribuir para o debate ao redor daquilo que se encaminha para ser o mais interessante aporte contemporâneo à teoria do direito proveniente da *Systemstheorie*: o transconstitucionalismo de Marcelo Neves.

Pode Carl Schmitt ensinar algo ao transconstitucionalismo? Essa pergunta não se dá sem gerar certa estranheza; sem certo mal-estar. Afinal, o fenômeno do transconstitucionalismo, definido por Neves nos termos de um “constitucionalismo relativo a [soluções de] problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens”,⁶ distancia-se não apenas temporalmente, mas encarna um espírito de época que é completamente alheio à reflexão do jurista alemão. Morto em 1985, Schmitt não pôde ver a ruína do bloco soviético e a mudança de panorama nas relações internacionais que caracterizaram o aprofundamento da sociedade mundial conhecido como globalização. Ao menos, não em sua inteireza; não em sua forma prioritária. Muito dos riscos e possibilidades que daí decorrem escapam à capacidade imaginativa daquele que se autoproclamou o último professor do *Ius Publicum Europæum*, o último a tê-lo ensinado num sentido existencial. Onde hoje se fala da interação incessante entre ordens nacionais, supranacionais, internacionais e transnacionais, Schmitt certamente teria visto a confirmação de seu diagnóstico de fim de uma era cujo centro fora não apenas o Estado, mas os Estados europeus.

Se não é possível esconder a bizarria desta proposta, é hora de modificar levemente a pergunta posta em foco. Trata-se menos de saber o que Schmitt pode ensinar ao transconstitucionalismo, e mais de trabalhar as aporias internas de

⁵ MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Editora Unesp, 1995. p. 212.

⁶ NEVES, 2009, p. 129.

sua obra. A suspeita a ser confirmada, ou não, ao final deste trabalho, é a de que são essas mesmas aporias que estão a afetar o transconstitucionalismo, colocando em perigo seu projeto e seu poder explicativo.

Neste sentido, pode-se mostrar uma interessante estratégia de diálogo com a obra de Jacques Derrida e sua desconstrução da soberania. Ora, são bastante conhecidos seus esforços em aprofundar a leitura de Carl Schmitt como ponto culminante de uma imensa cadeia de reflexão política no Ocidente. Conta-se como um de seus principais méritos ter jogado luz sobre a necessária aporia que atravessa a decisão e o *decisionismo*, ainda que, em verdade, possa-se dizer que a *aporia* que se substitui ao *problema* – aqui em seu sentido grego de *προβλημα*, obstáculo e proteção, escudo e tarefa – do político é coextensiva a todo o pensamento de Schmitt. São essas nuances que aguardam ser reveladas no exame crítico do transconstitucionalismo.

O texto que se segue é dividido em três partes.

Na primeira, interroga-se o problema do método transconstitucional ou, caso se prefira, do *método* transconstitucional como *problema*, para enfocar a capacidade de se lidar com questões constitucionais comuns e a necessidade de decidi-las. Argumenta-se que supor que este intercâmbio se dê sem determinada violência – a ser ainda especificada –, sem um efeito corrosivo, desenraizante da própria identidade da ordem jurídica, equivale à manutenção de um *locus* clássico do pensamento político-jurídico. O fantasma da soberania e do *soberanismo* ainda rondam o transconstitucionalismo, arriscando transformá-lo no que se denominará um *cis-constitucionalismo*.

A segunda parte destrincha as implicações práticas da estrutura *cis*, tomando como exemplo a ordem jurídico-constitucional norte-americana. Assim, serão trabalhadas as nuances específicas de algo que Schmitt já havia se admirado na dissolução do *nomos* da terra que viveu entre os séculos XVI e XX, a saber, a dialética entre isolacionismo e intervencionismo. A ideia primordial é esmiuçar o mecanismo de *autonomia* (ou *auto-stance*), que se revela no impulso identitário típico do *cis-constitucionalismo*, e a forma como ele coloca graves problemas para o enfrentamento das questões mais sensíveis de nosso tempo.

Ao final, em sede de conclusão, o artigo avança três desafios a serem colocados ao *transconstitucionalismo* em sua reflexão vindoura.

O RISCO SEMPRE PRESENTE DO CIS-CONSTITUCIONALISMO

Marcelo Neves encerra o quarto capítulo de seu *Transconstitucionalismo* com aquilo que talvez seja o mais importante trecho de toda a obra:

Em face da fragmentação, o método transconstitucional precisa desenvolver-se na busca de construir 'pontes de transição' que possibilitem

um relacionamento mais construtivo (ou menos destrutivo) entre ordens jurídicas, mediante a articulação pluridimensional de seus princípios e regras em face de problemas jurídico-constitucionais comuns, dependentes de soluções suportáveis para todas as ordens envolvidas, sem uma última instância decisória. Antes do que autoridade, o transconstitucionalismo precisa de método.⁷

A importância deste excerto é difícil de ser mensurada. Não apenas pelo tom de fechamento projetivo com o qual abre espaço para aprofundamentos posteriores ou pelo modo claro e direto com que sintetiza a densa proposta de todo o livro, mas também porque é possível retirar dali três dos grandes axiomas que conformam a ideia de transconstitucionalismo.

a) Em primeiro lugar, o transconstitucionalismo se interessa pela interação de ordens jurídicas diversas na solução de questões constitucionais comuns. O próprio Neves precisa que o constitucionalismo surja para responder a duas interrogações fundamentais: “a) como determinar coercitivamente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos; b) como limitar e controlar o poder estatal expansivo e, ao mesmo tempo, garantir a sua eficiência organizacional”.⁸ Com o passar do tempo e o crescimento exponencial de relações transfronteiriças com implicações normativas, tanto os direitos fundamentais quanto a organização do poder precisaram ser pensados também para além do Estado. Portanto, o transconstitucionalismo se interessa pelo fato de que várias ordens jurídicas nacionais, internacionais, supranacionais e transnacionais são chamadas a dar resposta, simultaneamente, a questões constitucionais comuns.

O problema se põe, justamente, ao se constatar – como pareceria óbvio desde sempre – que essas mesmas ordens podem ser conduzidas de modo a oferecer soluções completamente diversas ou, ainda, mutuamente excludentes. Daí a necessidade de construção de “pontes de transição”: ora, em face da fragmentação (multiplicidade de respostas) num contexto que não é abarcado por nenhum tipo de ordem fundamental a que se possa recorrer – ausente, neste sentido, uma norma fundamental –, o diálogo transconstitucional é uma exigência adaptativa do sistema do direito – no sentido próprio de Luhmann.⁹

b) Em seguida, o citado trecho de Neves esclarece o ponto que diferencia sua proposta dos modelos que com ela concorrem mais proximamente. Onde Luhmann observava as diversas segmentações de um sistema do direito mundial, Neves avançará um modelo de pluralidade de ordens jurídicas num processo de

⁷ NEVES, 2009, p. 277.

⁸ NEVES, 2009, p. 120.

⁹ Ver, a título de exemplo, LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2006. p. 73, *inter alia*.

aprendizado normativo. Sem entrar nos pormenores de sua distinção entre fechamento normativo – enquanto fechamento operativo do sistema do direito – e abertura normativa – enquanto abertura para o aprendizado transversal de ordens jurídicas –, é possível perceber seu compromisso com uma *moral do dissenso*. O que fora dito por ele em *Entre Têmis e Leviatã* é também observado *pari passu* no transconstitucionalismo:

É nesse segundo plano, da intermediação procedimental e pretensão de generalização desses valores, interesses e expectativas como normas vigentes ou decisões vinculantes, que emerge a esfera pública pluralista. Ela é *arena do dissenso*. O pluralismo significa que, em princípio, todos os valores, interesses e expectativas possam apresentar-se livre e igualmente no âmbito dos procedimentos políticos e jurídicos.¹⁰

Em outras palavras, a única forma de manutenção da pluralidade é a sua preservação por meio de mecanismos que assegurem a possibilidade permanente de dissenso. Em relação ao transconstitucionalismo, isso significa que, *a priori*, não há prevalência de uma ordem jurídica sobre outra, nem sequer a de um tipo específico de ordenamento jurídico sobre os demais. Ao contrário de Günther Teubner¹¹ e seu direito vivo de uma *Bukowina Global*, Neves rejeita terminantemente a invalidação das possibilidades do direito produzido *no* (direito nacional) e *pelo* Estado (direito internacional). Ao contrário de Jürgen Habermas,¹² Neves rejeita um modelo *supranacional* de inspiração europeia (União Europeia) nos termos da promoção de uma *política interna mundial* (*Weltinnerpolitik*). É precisamente este caráter distintivo que conduz ao terceiro ponto.

126

c) Uma vez que não pretende jamais reduzir a pluralidade, Neves apoia seu modelo numa interação que não se resolve com recurso a uma autoridade superior. O transconstitucionalismo não atribui – tanto do ponto de vista descritivo quanto do normativo – prevalência autoritativa a nenhuma ordem específica. “A rigor [dirá ele], no monismo metodológico, a escolha de uma das normas fundamentais é uma questão político-ideológica”.¹³ Ausente uma última instância decisória, a questão do transconstitucionalismo é sempre a de certa economia da violência na interação entre ordens sem *suma auctoritas*: de que modo é possível tornar o relacionamento entre elas mais construtivo, mais instrutivo, isto é,

¹⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 132.

¹¹ TEUBNER, Günther. *A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2005.

¹² HABERMAS, Jürgen. *The postnational constellation: political essays*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2001.

¹³ NEVES, 2009, p. 123.

“menos violento”. Trata-se, portanto, de uma menor violência. Uma menor violência que necessita “antes do que autoridade”,¹⁴ de método.

É por si só evidente que este não é o espaço para uma crítica do método, ou da filosofia como método que estaria a ligar Descartes a Hegel, pelo menos. Nem sequer pretende-se rejeitar a proposta do professor Neves com base num juízo deste cariz.

Contudo, este é o ponto em que se observa com maior nitidez o distanciamento produzido em relação à abordagem de um autor como Carl Schmitt. Exatamente por se tratar de pontos antípodas, de propostas diametralmente opostas, é que porta interesse um exame comparativo entre ambos.

Schmitt, como é bem sabido, engajou-se continuamente num exame minucioso do normativismo jurídico – ou da tradição do positivismo legal, de Carl Friedrich von Gerber a Hans Kelsen –, sendo ainda hoje considerado seu maior émulo. Opunha a toda esta linha de pensamento a concretude dita existencial de um direito que, além das normas, era composto por exceções: “a decisão de que uma verdadeira exceção existe não pode ser, por completo, derivada [de uma] norma”.¹⁵

A categoria fundamental do direito em sua proposta era justamente a *Entscheidung*, a decisão. Daí o significado mais profundo da conhecida frase de abertura da *Politische Theologie*: “Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”.¹⁶ Não se trata simplesmente de uma apologia tacanha à suspensão dos direitos fundamentais constitucionalizados, como boa parte de seus leitores teimam em crer. Se, obviamente, essa é uma das consequências possíveis e prováveis – e jamais se pode esquecer disto –, é preciso também conhecer o sentido que a frase adquire no contexto mais amplo de seus trabalhos e da cadeia axiomática que liga todos esses termos. Pois bem, dado que Schmitt rejeita a ideia de que o direito possa ser reduzido somente às suas normas, isto é, a um conjunto regrado de proposições de dever-ser – tal como na *Reine Rechtslehre* de Kelsen –, aquilo que *excede* não pode ser das normas deduzido. Uma decisão digna desse nome só é possível quando se decide para além de toda normatividade anterior: ausência de regras preestabelecidas para comandar; ausência de uma norma fundamental da qual possam ser retiradas sucessivas legitimações de dever-ser em cascata.

¹⁴ NEVES, 2009, p. 277.

¹⁵ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlin: Dunker & Humblot, 2004. p. 13. A sentença completa no original é: “Die Entscheidung über die Ausnahme ist nämlich im eminenten Sinne Entscheidung. Denn eine generelle Norm, wie sie der normal geltende Rechtssatz darstellt, kann eine absolute Ausnahme niemals erfassen und daher auch die Entscheidung, daß ein echter Ausnahmefall gegeben ist, nicht restlos begründen”.

¹⁶ SCHMITT, 2004, p. 13. No original: “Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet”.

A *Entscheidung* diz ainda mais, sobretudo quando se atenta para a sua etimologia e a forma como ela traduz com perfeição o termo latino *dēcīdō*, derivado do verbo *dēcīdō*, que, por sua vez, é formado pelo prefixo *de* somado a *caedo*. A decisão é um corte, é a cisão, o cortar (*caedo*; *scheiden*) no sentido de dividir. A decisão é fundamental para o direito precisamente onde o aproxima do conceito do político; enquanto tal, ela é a instauração do político pela divisão entre amigos e inimigos.

O problema, para Schmitt, surge exatamente aí. Se o critério do político é uma decisão, sem qualquer regra anterior que opere a distinção entre amigos e inimigos, quem deve ser o responsável por tal divisão? Em *Der Begriff des Politischen*, dirá que: “[c]ada envolvido está em posição de julgar se o adversário pretende negar o modo de vida de seu oponente e, por essa razão, precisa ser repellido ou combatido para a conservação de sua forma própria de existência”.¹⁷ A situação, a oportunidade para a decisão, surge, com efeito, disto que ele chamou de um caso de extremo conflito (*extremen Konfliktfall*), ou seja, uma situação de perigo existencial para determinado modo de vida. A consequência disso é que todos os envolvidos ou implicados estão em posição de operar a decisão.

A categoria da soberania é a que fecha o elo final deste círculo. Para compreendê-la, entretanto, é necessária uma bifurcação do argumento. Em primeiro lugar, deve-se compreender de que modo a soberania resolve o caos gerado pela infinitamente plural possibilidade de decisões em casos de extremo conflito existencial. Enquanto recurso teórico-político, ela permite que se atribua a uma instância final o poder de decidir. Certamente, para Schmitt, essa *última instância* precisa receber um caráter de indivisibilidade que a absolutiza e a libera de todos os liames normativos (2004, p. 18), posto que, sem isso, seria impossível pensar a unidade jurídico-política de um Estado. Estado este que prevalece em seu sentido concreto e existencial porque ultrapassa a validade da norma jurídica na exceção; na constante abertura para uma decisão sobre o estado de exceção que o preserva ou, numa linguagem mais derrideana, que o autoimuniza.¹⁸ Em segundo lugar – e isto é o que sobremaneira interessa à argumentação aqui desenvolvida –, a soberania também se explica historicamente. Se, na *Politische Theologie*, Schmitt dirá que o soberano produz uma situação de totalidade ao “possuir o monopólio sobre esta última decisão”¹⁹ – mantendo um diálogo

¹⁷ SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. Munique: Dunker & Humblot, 1932. p. 15. No original, “(...) namentlich kann jeder von ihnen nur selbst entscheiden, ob das Anderssein des Fremden im konkret vorliegenden Konfliktfalle die Negation der eigenen Art Existenz bedeutet und deshalb abgewehrt oder bekämpft wird, um die eigene, seismäßige Art von Leben zu bewahren”.

¹⁸ Para uma reflexão mais aprofundada sobre a autoimunidade, ver DERRIDA, Jacques. *Voyous – deux essais sur la raison*. Paris: Éditions Galilée, 2003.

¹⁹ SCHMITT, 2004, p. 19. No original: “Er hat das Monopol dieser letzten Entscheidung”.

constante com a obra de Max Weber –, em *Der Nomos der Erde* o autor deixa claro que a soberania fora a nota definidora do período histórico que ele intitulou de a “era do *ius publicum europæum*”.

Este dilema retornará em instantes. Por ora, basta ver de que modo o *trans-constitucionalismo* de Neves e o *decisionismo* de Schmitt oferecem respostas que se opõem: este atribui a solução do dilema da pluralidade à fixação numa instância última de decisão, reconhecível no monopólio estatal da derradeira *Entscheidung*; aquele concebe um modelo em que inexiste esta última instância decisória e, por essa razão, propõe um método de diálogo-aprendizado entre ordens jurídicas que seja capaz de operar a economia da violência de suas relações.

Entretanto, há que se reconhecer uma comunidade do problema no ponto em que os dois autores ensaiam respostas completamente díspares, estando a questão da unidade-identidade do ordenamento implicada nas duas propostas. A dinâmica do problema se explica, em verdade, pelo fato de não haver simplesmente um problema, mas uma aporia.²⁰

Ora, o problema carrega em si a herança grega de seu duplo significado: por um lado, alude a toda projeção, a tudo aquilo que se coloca adiante como uma tarefa a cumprir; por outro, é proteção na forma de um aparato protetivo colocado à frente como barreira ou disfarce. Segundo Jacques Derrida, sempre que se está às voltas com algo que trabalha as fronteiras, os limiares, as bordas, sempre que algo ameaça o traçado de qualquer divisão entre o *eu-mesmo* e o lado de fora, está-se diante de um problema.

A *soberana* decisão e o *método* transconstitucional são problemas neste sentido. A um só tempo, são também respostas – naquilo que já há de resposta em todo problema – a uma mesma aporia. “Há paradoxos onde quer que se busquem fundações”,²¹ como uma vez escrevera Niklas Luhmann. Por óbvio, não se tentará percorrer o curso de sua demonstração, nem as razões que o levaram a considerar os paradoxos inerentes à autodescrição do sistema social, bem como a *temporalização* enquanto estratégia moderna de resolução destes paradoxos.²² Privilegia-se, contudo, a tentação de reinterpretar esta frase de Luhmann: qual seria o paradoxo que Schmitt teria identificado na dinâmica do monopólio da última decisão atribuído ao Estado?

²⁰ Recorro aqui ao conceito de aporia empregado inúmeras vezes e nos mais variados contextos por Jacques Derrida. Para a distinção entre problema e aporia, ver DERRIDA, Jacques. *Aporias*. Stanford: Stanford University Press, 1993.

²¹ LUHMANN, 1988, p. 154. No original: “There are paradoxes everywhere, wherever we look for foundations”.

²² Para uma abordagem completa e complexa do tema, ver LUHMANN, 2006, p. 840 et seq. Num mesmo sentido, cf. a belíssima tese de doutoramento de NEUENSCHWANDER, Juliana. *História semântica do conceito de soberania: o paradoxo da soberania popular*. 2000. 424 f. (Tese de doutorado) –Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2000.

Entre a *Politische Theologie* e *Der Nomos der Erde*, Schmitt constantemente se perguntará pelo fator, o *quid* que permite a uma ordem ser *ela-mesma*. Se inicialmente a questão parece ser trabalhada nos limites da *conceituabilidade* da Soberania, ao final de sua reflexão parecerá cada vez mais claro que a soberania como conceito pertence a um momento específico da história, notadamente aquele compreendido entre os séculos XVI e XX. Quatro séculos em que o Estado esteve no centro do político, representando a neutralização dos conflitos que o precederam – as guerras religiosas que assolaram a Europa – e a supremacia de uma resposta particular à aporia que se elucida aqui.

Como dirá Giacomo Marramao, na reflexão madura de Schmitt, perfeita em sua obra máxima, *Der nomos der Erde*:

Os conceitos básicos da ciência jurídica ocidental – o de “político” e o de Estado – são enquadrados aqui e relativizados dentro da vicissitude geral do *nomos*. Com a teoria do *nomos*, Schmitt se propõe a delinear os requisitos originais daquele mecanismo de apropriação que se encontra como fundamento de todo direito.²³

130

Para Schmitt, o *nomos* possui um sentido originário que não pode ser traduzido pela forma decadente “lei”; seu significado mais profundo remete a algo que lhe é anterior, ou seja, à tomada de terras (*Landnahme*), que é, *per si*, também uma divisão de terras. O par ordenação-localização (*Ordnung-Ortung*) é o que comanda a aventura do *nomos* no racionalismo ocidental, dispondo-se em cada época, em cada período de tempo identificável, com uma nova formatação.

O *nomos* é, portanto, a configuração imediata sob a qual a ordem social e política de um povo se torna espacialmente perceptível, a primeira mensuração e divisão de pastos, isto é, a tomada de terras e a ordem concreta que ela comporta e que ela engendra de uma só vez.; nos termos de Kant: ‘a lei distributiva do Teu e do Meu sobre o solo’; ou ainda segunda a feliz expressão inglesa, o *radical title*. O *nomos* é a medida que divide e fixa o terreno e os fundos de terra de acordo com uma ordem precisa, bem como a configuração que daí resulta para a ordem política, social e religiosa. Medida, ordem e configuração formam aqui uma unidade espacial concreta.²⁴

²³ MARRAMAIO, Giacomo. *Pasaje a Occidente: filosofía y globalización*. Tradução de Heber Cardoso. Buenos Aires: Katz Editores, 2006. p. 147. Na versão para a língua espanhola: “Los conceptos básicos de la ciencia jurídica occidental – el de lo ‘político’ y el de Estado – son encajados aquí y relativizados dentro de la vicisitud general del *nomos*. Con la teoría del *nomos*, Schmitt se propone delinear los requisitos originales originarios de aquel mecanismo de apropiación que se encuentra como fundamento de todo derecho”.

²⁴ SCHMITT, 1974, p. 39. No original: “Der Nomos ist demnach die unmittelbare Gestalt, in der die politische und soziale Ordnung eines Volkes raumhaft sichtbar wird, die erste Messung und Teilung der Weide, d. h. die Landnahme und die sowohl in ihr liegende wie aus ihr folgen-

Ora, uma vez que o direito se dá e se apresenta a partir da estrutura geral do *nomos*, é possível deduzir, do pensamento de Schmitt, que todo e qualquer direito está sujeito a um jogo incessante de limitações e possibilidades. A seus olhos, portanto, o *transconstitucionalismo*, naquilo que comporta de teor descritivo da realidade do direito na contemporaneidade, seria uma nova configuração do *nomos* justamente porque é o resultado mais claro da dissolução do aparato *neutralizador* anterior: se o Estado não mais representa o centro nevrálgico da composição, participando apenas como um dos elementos do arranjo normativo complexo que envolve uma alta variedade de ordens jurídicas, é possível investigar até que ponto a aporia que o conjuga é ainda visível.

O argumento é simples. Se o *nomos* é demarcação, como pensa Schmitt, sua característica mais fundamental é a da necessidade de divisões, limites, fronteiras. *Nomos* e *limen* trabalham-se mutuamente. Há um lado de dentro e necessariamente um lado de fora demarcado. A imensa parábola do Estado e de seu aparato teórico, o *ius publicum europæum*, oferecem à vista que, na história dos caminhos e descaminhos do *nomos*, o limite é sempre desafiado pelo esquema de oposições que o sustenta. Há um trecho de *Politiques de l'amitié* em que Derrida traz à tona um desafio muito similar àquele com que se defronta Schmitt:

Ela é a aporia do talvez (*peut-être*), sua aporia histórica e política. Sem a abertura de um possível absolutamente indeterminado, sem a suspensão radical que marca o talvez (*peut-être*), não haveria jamais acontecimento, nem decisão. De fato. Mas as coisas acontecem e se decidem somente quando se suspende o talvez guardando dele sua possibilidade viva, em memória viva. Se nenhuma decisão (ética, jurídica, política) é possível que não venha a interromper a determinação ao se engajar no talvez (*peut-être*), por outro lado a mesma decisão deve interromper aquilo mesmo que é sua condição de possibilidade, o próprio talvez (*peut-être*).²⁵

131

de konkrete Ordnung; mit den Worten Kants: "Das austeilende Gesetz des Mein und Dein am Boden"; oder, mit dem anderen, gut bezeichnenden englischen Wort, der radical title. Nomos ist das den Grund und Boden der Erde in einer bestimmten Ordnung einteilende und verordnende Maß und die damit gegebene Gestalt der politischen, sozialen und religiösen Ordnung. Maß, Ordnung und Gestalt bilden hier eine raumhaft konkrete Einheit".

²⁵ DERRIDA, Jacques. *Politiques de l'Amitié*. Paris: Galilée, 1994. p. 86. No original: "Elle est l'aporie du peut-être, son aporie historique et politique. Sans l'ouverture d'un possible absolument indéterminé, sans le suspens radical que marque un peut-être, il n'y aurait jamais ni événement ni décision. Certes. Mais rien n'arrive et rien ne se décide jamais qu'à lever le peut-être en en gardant la possibilité « vivante », en mémoire vive. Si aucune décision (éthique, juridique, politique) n'est possible qui n'interrompt la détermination en s'engageant dans le peut-être, en revanche la même décision doit interrompre cela même qui est sa condition de possibilité, le peut-être même".

Em outras palavras, a condição para a decisão é o tempo, a contingência, o acontecimento imprevisível e incontrolável. Doutra parte, é função da decisão, a mesma decisão que ergue e cria uma nova estrutura do *nomos*, neutralizar o acontecimento, regulá-lo. Este predicado aporético compõe uma necessidade irreduzível e pode ser traduzido no dilema de identificação de um ordenamento qualquer. O que faz dele *ele-mesmo*?

Marcelo Neves observa bem que esta é uma questão fundamental para o transconstitucionalismo. Por um lado: “Ordens jurídicas isoladas são evidentemente levadas, especialmente mediante os seus tribunais supremos ou constitucionais, a considerar em primeiro plano a sua identidade, pois, caso contrário, diluem-se como ordem sem diferença do ambiente”.²⁶ Por outro:

Há reconstrução de sentido que envolve uma desconstrução do outro e uma autodesconstrução: tanto conteúdos de sentido do “outro” são desarticulados (falsificados!) e rearticulados internamente, quanto conteúdos de sentido originários da própria ordem são desarticulados (falsificados!) e rearticulados em face da introdução do “outro”.²⁷

132

Marcelo Neves nota muito bem, assim como o faz Schmitt (com e contra seu próprio pensamento) que o preço inevitável de toda identificação, de todo processo identitário é sua própria desconstrução. Sua condição de possibilidade é também sua condição de impossibilidade e se inscreve originariamente na estrutura do *nomos* que lhe é anterior.

Nem a decisão, nem o método transconstitucional, podem conter este movimento; necessariamente, não possuem forças suficientes para conter o jogo de reenvios que o sustenta e delimita o campo semântico e sintático de sua alocação.

É preciso, portanto, interpretar corretamente a necessidade do método de que fala Neves. Afinal, com Derrida se diz que são ao menos duas as grandes linhas de sentido que atravessam o vocábulo método e sua raiz grega no *μέθοδος*; se assim se faz, certamente não é por um exercício vazio de erudição, mas para abrir espaço à bifurcação que ali já existia.

Em *La langue et le discours de la méthode*, Derrida refaz o caminho etimológico para voltar-se sobre a ideia de *caminho* inserida no método. Todo método envolve em si o caminho adiante e o caminho deixado para trás; é também o caminhar sobre o trajeto, sobre a rota. O itinerário. O caminho, portanto, é o traçado dos passos percorridos e a percorrer, é a história ela-própria: “[d]aí a familiaridade entre o conceito de método e a história, a historicidade sempre implicada nesse último na medida em que ‘uma história é um caminho’ (...) e um

²⁶ NEVES, 2009, p. 272.

²⁷ NEVES, 2009, p. 118.

caminho forma sempre uma história”.²⁸ Inovação e repetição se abraçam no método. Ora, é certo que toda via é aberta de forma única, é a experiência irrepetível do *fazer o caminho*, a originalidade do traçar, do caminhar que exige criatividade e inventividade. Em outras palavras, o caminho é um acontecimento.

Entretanto, e aí reside a aporia, o método, enquanto rota, é também a neutralização do acontecimento implicada num conjunto de regras e procedimentos a serem seguidos. Nas palavras de Rudy Steinmetz: “Enfim, uma certa capacidade de ultrapassar o acontecimento factual para registrar-lhe o impacto e assimilá-lo. Inovação e tradição, são essas as duas faces indissociáveis da realidade histórica e de seu desenvolvimento”.²⁹ Acontecimento e neutralização; “transcendência e imanência”³⁰ num mesmo vocábulo.

Os riscos se apresentam assim: o método neutraliza o que o permite acontecer, isto é, o acontecimento e, num mesmo golpe, é sempre por ele excedido, surpreendido; por sua vez, sem a neutralização promovida pelo método, o acontecimento jamais teria sua história, sua inscrição, sua síntese provisória, seu *espaçamento*.³¹ Não poderia, por fim, jamais ser notado, guardado ou, caso se queira, arquivado.

O aqui chamado *cis*-constitucionalismo corresponde ao apelo dessa aporia. Dito de modo menos hermético, significa que a proposta de um método transconstitucional, apta a configurar a melhor resposta possível num desenho estrutural de ordens jurídicas (que não se resolve com recurso a uma autoridade última, a uma norma fundamental), desenvolve-se no contrário de si própria se não tematiza suficientemente este *tópos*. O método de aprendizado normativo se sustenta, assim como a *de-cisão* de Schmitt, sobre o solo movediço da aporia do *talvez*, de sorte que sua condição de possibilidade é o que macula desde sempre sua impossibilidade. Nenhum conjunto regrado de procedimentos é capaz de neutralizar *em si* e de uma vez por todas o acontecer do acontecimento. Se o faz, ou melhor, se assim dá a entender, é porque opera em sua estrutura um conjunto de vetores – políticos, jurídicos, sociais etc. – que mascaram, elidem seu caráter aporético.

²⁸ DERRIDA, Jacques. La langue et le discours de la méthode. *Recherches sur la philosophie et le langage*, n. 3, p. 35-51, 1983. p. 36. No original: “Et dès lors la parenté entre le concept de méthode et l’histoire, l’historicité toujours impliquée par ce dernier dans la mesure où “une histoire est un cheminement [...] et un cheminement forme toujours une histoire”.

²⁹ STEINMETZ, Rudy. *Les styles de Derrida*. Bruxelas: De Boeck, 1994. p. 56. No original: “Bref, une certaine capacité à dépasser l’événement factuel pour en enregistrer l’impact et l’assimiler. Innovation et tradition, Telles sont les deux faces indissociables de la réalité historique et de son développement”.

³⁰ DERRIDA, Jacques. *Le problème de la genèse dans la philosophie de Husserl*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. p. 8.

³¹ Recorro aqui à noção de *espaçamento* desenvolvida por Jacques Derrida. Ver, sobretudo, DERRIDA, Jacques. *De la grammatologie*. Paris: Éditions de minuit, 1967a; e DERRIDA, Jacques. *Marges de la philosophie*. Paris: Éditions de minuit, 1972.

O prefixo *cis*, que se acopla ao constitucionalismo, é a marca gráfico-simbólica do resultado (possível) deste *coup de force*. Ao contrário do *trans*-constitucionalismo, que implica passagem, travessia, mudança de lado – e isso retornará em instantes neste trabalho –, o prefixo *cis* agrega a noção antipódica: trata-se do léxico do *lado-de-cá*, da alteração não ocorrida, do encerramento em si mesmo daquilo que não atravessa, não se desenraíza; é o método que se esquece de sua historicidade e da necessária originalidade que contém e que o contém.

Cumprido notar, contudo, que o *cis*-constitucionalismo não é algo externo, não é a decadência promovida por um ataque exterior, alheio e estrangeiro; ele se encontra inscrito desde sempre na estrutura do transconstitucionalismo e a consciência deste fato pode representar a melhor sorte deste último.

O DILEMA ENTRE ISOLAMENTO (ISOLATION) E INTERVENÇÃO (INTERVENTION): O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO ECONOMIA DA VIOLÊNCIA

Uma vez destrinchada a lógica do *cis*-constitucionalismo, torna-se possível avançá-la nos termos de sua relevância prática e, como consequência, contribuir para o desenvolvimento de uma teoria *transconstitucional*.

O argumento geral é: o diálogo entre ordens jurídicas e seu aprendizado normativo recíproco pode ser sintomático também da dinâmica *cis*, isto é, de fechamento identitário e surdez à resolução conjunta de problemas recíprocos. O exemplo eleito – e a eleição de um exemplo é sempre perigosa – é o dos Estados Unidos. São duas as concausas dessa eleição. Primeiro, os EUA foram objeto de uma quantidade importante de estudos de direito constitucional comparado, tendo fornecido material de alta relevância para as reflexões que desembocaram no transconstitucionalismo. Pense-se em Cass Sunstein e o cosmopolitismo de seu *A constitution of many minds*,³² em Jeremy Waldron e sua leitura do moderno *ius gentium*³³ ou em Vicki C. Jackson³⁴ e Mark Tushnet³⁵, todos encampando uma visão mais ou menos entusiasta da internacionalização do direito constitucional; contudo, cite-se também seus principais opositores, como Antonin Scalia³⁶ e Adrian Vermeule.³⁷

³² SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

³³ WALDRON, Jeremy. The Supreme Court, 2004 Term – Comment: foreign law and the modern *ius gentium*. *Harvard Law Review*, 119, p. 129-147, 2005.

³⁴ JACKSON, Vicki C. Methodological challenges in comparative constitutional law. *Pennsylvania State International Law Review*, n. 28, p. 319-326, 2010.

³⁵ TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. *Virginia Journal of International Law*, v. 49, 985-1006, 2009; ainda, do mesmo autor, Transnational/domestic constitutional law. *Loyola of Los Angeles Law Review*, n. 37, p. 239-69, 2003.

³⁶ Os argumentos utilizados por Scalia são mundialmente conhecidos por terem sido utilizados em sua *dissenting opinion* no caso *Roper vs. Simmons* (2005).

³⁷ VERMEULE, Adrian. Many-minds argument in legal theory. *The Journal of Legal Analysis*, v. 1, n. 1, p. 1-45, 2009.

Em segundo lugar, e a despeito dos importantes julgamentos prolatados por sua Suprema Corte, que incluíram referência ao direito de outras nações ou ao direito internacional, os Estados Unidos representam o maior exemplo de constitucionalismo *cis*. É possível demonstrar, com um grau razoável de precisão, o modo como a inclusão do direito comparado em situações de controle de constitucionalidade continua a ser tomado, a ser caracterizado por aquilo que Carl Schmitt chamou de o dilema entre *isolamento e intervenção*.

Aqui, é necessário um cuidado especial para não se operar uma distorção estética do raciocínio schmittiano. O autor pretendia traçar uma caracterização geral – generalíssima – da participação dos EUA nas relações internacionais ao longo do *Ius Publicum Europæum* e para além de sua derrocada. “Ocorre com frequência na história universal que os povos e os impérios se isolem do resto do mundo e procurem se proteger de uma infecção por meio de uma linha imaginária”.³⁸ Essa frase é em si muito significativa e mereceria um artigo inteiro a ela dedicado. No presente contexto, entretanto, ela aporta uma boa medida de luz à questão que envolve o relacionamento dos EUA – que, repita-se, é tomado apenas em honra à exemplaridade do exemplo – com os demais Estados, com as demais potências – para utilizar um vocábulo mais afeito ao direito internacional. Dois vetores são facilmente identificáveis em sua análise. O primeiro recupera a ascensão econômico-militar dos EUA durante o século XIX, após a tomada de consciência da dimensão de uma imagem global da terra. Tendo vivido as lazeiras de uma guerra de independência e uma guerra civil, o país se ergue sobre a crença de que se destinava a construir um novo mundo, puro, destituído das mazelas próprias de uma Europa decadente. Para as potências europeias do período, contudo, isso significava apenas uma dinâmica de profundo isolamento traduzida no traçamento de uma linha divisória entre o bem e o mal, entre o mais e o menos. O segundo vetor diz respeito ao outro lado desta mesma moeda. Numa contradição que se desdobra a partir da confusão espacial – no sentido concreto-existencial do *nomos* –, o conceito de guerra é afetado. Schmitt não trata como acaso o engajamento norte-americano na forjadura do Pacto de Briand-Kellog, em 27 de agosto de 1928. Dirá ele que se tratava do passo definitivo na dissolução do *Ius Publicum Europæum*: modifica-se o conceito de neutralidade para algo que não mais se aproxima da sinonímia da paz, mas da guerra. A guerra é condenada no mesmo movimento que a transforma em crime passível de ser reprimido. Isso permitirá a Schmitt afirmar, inclusive, que a própria admissibilidade de uma guerra mundial havia sido deixada nas mãos dos EUA; mesmo em face da *Liga de Genebra* e da França e da Inglaterra, as duas grandes potências europeias de então.

³⁸ SCHMITT, 1974, p. 270. No original: “Daß Völker und Reiche sich von der übrigen Welt isolieren und durch eine Verteidigungslinie vor einer Infektion zu schützen suchen, ist oft in der Weltgeschichte vorgekommen”.

Ora, silogisticamente pode-se concluir que, precisamente onde afirma sua neutralidade,³⁹ os EUA praticam o intervencionismo. Carl Schmitt desenvolve essas premissas com uma profundidade que, infelizmente, não poderá ser aqui reproduzida em sua inteireza; todavia, uma de suas conclusões revela-se bastante útil para os fins propostos neste artigo. Segundo o autor, observou-se a partir daquele ponto uma importante alteração no significado jurídico do instituto do reconhecimento em direito internacional – seja em relação a grupos rebeldes insurgentes, seja em relação a governos estrangeiros em sentido estrito.

No interior da Europa, o reconhecimento constituía, até o fim do século XIX, uma recepção à família das nações, uma admissão a uma associação e, portanto, um ato constitutivo. Nós já sublinhamos que Lorimer via nesse reconhecimento a instituição fundamental do direito das gentes europeu. Mas, na medida em que a ordem concreta do direito das gentes se dissolvia, perdia-se também a consciência de seu caráter constitutivo. Foi assim que a doutrina dominante não mais viu no reconhecimento internacional de um novo Estado ou de um novo governo um ato constitutivo de admissão, nem tampouco uma formalidade vazia, mas uma “atestação de confiança” quanto às relações Estado-Estado e governo-governo.⁴⁰

136

O efeito disto foi que, ao contrário do *motus* que animava a sistemática do reconhecimento no direito das gentes europeu, no novo *nomos* da terra, o reconhecimento passa a ser não medida da igualdade de posições, da igualdade de armas – mesmo num sentido bélico –, mas aprovação ou reprovação particular que – e aí reside o caráter verdadeiramente contraditório – arroga a encarnação do espírito universal de um mundo global unitário. A nação *P* reconhece a nação *B* como um Estado porque esta celebra uma série mais ou menos longa de convergências ideológico-político-comerciais com aquela. A famosa doutrina *Stimson*, também citada por Schmitt, dá conta de que os EUA só outorgam reconhecimento se o poder no Estado a ser reconhecido não foi tomado de forma

³⁹ Ver, a título de exemplo, os discursos do presidente Woodrow Wilson já antes da Primeira Grande Guerra, citados por Carl Schmitt em *Der nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europæum*. Berlin: Dunker & Humboldt, 1974.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 280. No original: “Innerhalb Europas galt die Anerkennung bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts immer noch als Aufnahme in die Familie der Nationen, als Zulassung zu einem Verein und daher als konstitutiver Akt. Wir haben schon erwähnt, daß Lorimer diese Anerkennung für die Grund-Institution des europäischen Völkerrechts hielt. Aber in demselben Maß e, in dem die konkrete Ordnung des europäischen Völkerrechts sich auflöste, ging auch das Bewußtsein dieses konstitutiven Charakters verloren. So wurde die völkerrechtliche Anerkennung sowohl eines neuen Staates wie auch einer neuen Regierung nach der herrschenden Lehre nicht mehr als konstitutiver Zulassungsakt, aber andererseits auch nicht als leere Formalität, sondern als eine “Vertrauensbescheinigung” für den Verkehr von Staat zu Staat und von Regierung zu Regierung aufgefaßt”.

“ilícita”. Trata-se, portanto, de uma ponderação própria e exclusivista que não obedece, necessariamente, a nenhum critério.

A razão por que se recupera esta análise schmitiana tem a ver com a estrutura do constitucionalismo *cis*, em que todo isolamento é uma intervenção e toda intervenção é um isolamento. Não é o objetivo deste artigo realizar uma crítica abrangente e destruidora, nem sequer discordar dos posicionamentos adotados em julgamentos como *Lawrence vs. Texas* (2003), *Roper vs. Simmons* (2005), famosos pelo esforço comparativo; ou os conhecidos *Boumediene vs. Bush* (2008), *Hamdan vs. Rumsfeld* (2006) e *Hamdi vs. Rumsfeld* (2004), celebrados pela aplicação apropriada do direito internacional, notadamente do direito internacional humanitário. Não se trata de um argumento que carregue uma *pars destruens* em relação a esses julgados. Antes, o objetivo é refletir sobre o contexto geral em que eles se inscrevem, o qual ainda procede segundo o dilema isolamento/intervenção.

Os casos acima citados, todos julgados pela Suprema Corte norte-americana, são indicativos da operatividade da dinâmica *cis* porque – para utilizar um vocabulário tomado de empréstimo a Vick C. Jackson – representam o esforço de uma única ordem de entender a si própria. É o retorno a si daquilo que volta: a lógica circular, como dirá Derrida.⁴¹ Em *Roper vs. Simmons* (2005), o voto que conduziu a maioria, prolatado por Anthony Kennedy, não fez mais do que percorrer sumariamente o direito inglês e listar algumas provisões do direito internacional dos direitos humanos. É difícil inclusive conseguir apreender o sentido normativo de tais provisões, posto que parecem ter sido usadas muito mais como *topoi* de um discurso tendente à pura persuasão. Em outras palavras, perde-se de vista o emaranhado de exigências normativas que o comparativismo carrega e os próprios níveis de adequação e conformidade – e não uniformidade, como bem sublinha Tushnet⁴² – impostos pelo *ser-com* do sistema global do direito. O que se fez ali foi um esforço – válido, mas limitado e limitante – para interpretar ou, caso se prefira, reinterpretar o direito constitucional norte-americano, em especial o significado da décima oitava emenda e a aplicação da pena de morte para pessoas que cometeram seus crimes quando ainda eram menores de idade.

O que há de transconstitucionalismo nisso? Esta pergunta deve ser feita sabendo que a estrutura *trans* é permanentemente assombrada pela estrutura *cis*, tornando-se muitas vezes difícil (e até perigoso) discerni-las, já que habitam as imediações de uma tênue linha que as separa.

Ainda que o recurso argumentativo a outros ordenamentos jurídicos venha se estabelecendo como uma imposição na inevitável globalização do Direito

⁴¹ Ver DERRIDA, 2003; DERRIDA, Jacques. *Séminaire La bête et le souverain*: volume II (2002-2003). Paris: Galilée, 2010.

⁴² TUSHNET, 2009, p. 987.

Constitucional, o “excepcionalismo” continua presente, como bem afirmará Lorraine E. Weinrib.⁴³ No caso norte-americano, a abertura normativa vai de par com um fechamento interno que oscila entre isolamento e intervenção. Este “excepcionalismo” que se isola e intervém pode ser traduzido em linguagem hegeliana como a *autonomia*,⁴⁴ isto é, o equivalente mais próximo em português da palavra *Selbständigkeit* – que jamais pode ser confundido, como nos lembra Theresa Calvet de Magalhães, com a noção kantiana de autonomia (*Selbstgesetzgebung*).⁴⁵ Revela-se, assim, o sentido próprio de uma realidade que “se tem de pé”, que “coloca em pé a si própria”, uma *auto-stance*:

(...) aquilo que faz que uma realidade “se tenha em si como um Si”, por que não chamá-lo de *auto-stance*? Um conceito que recobre, por exemplo, o sentido do termo alemão *Selbständigkeit* e que não possui um equivalente exato em nossa língua.⁴⁶

O *cis*-constitucionalismo é o retorno a si com viés identitário e autosuficiente. Assim, o direito comparado, por exemplo, é reclamado apenas como um modo mais adequado de realizar a interpretação do direito interno, reafirmando a excepcionalidade da Constituição dos EUA. Em outras palavras, em nada se modifica a atitude *voyous* deste país – para empregar o termo como o faz Derrida (2003)⁴⁷ – em relação a outros engajamentos normativos e possibilidades diversas de articulação institucional para resolução de problemas comuns. A autonomia ou *auto-stance* do direito interno norte-americano é entendida como um processo capaz de absorver e suprasumir as informações obtidas do direito comparado para realizar a manutenção do espaço que no último século deu-lhe a nota definidora, qual seja, a mais completa recusa de co-construção de outras ordens possíveis. Uma certa *neutralidade* neutralizadora em face de outras ordens possíveis; uma paridade

⁴³ WEINRIB, Lorraine E. The postwar paradigm and American exceptionalism. In: CHOU-DHRY, Sujit. *The migration of constitutional ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006. Cap. 4, p. 84-112. p. 85.

⁴⁴ Ver HEGEL, G. W. F. *Phänomenologie des Geistes*. Berlin: Akademie-Verlag, 1998. Sobretudo a parte A do capítulo IV, intitulada *Selbstständigkeit und Unselbstständigkeit des Selbstbewußtseins; Herrschaft und Knechtschaft*, é bastante instrutiva em relação à dinâmica *cis*.

⁴⁵ CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. O reconhecimento em Hegel: leituras de Labarrière. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 7, p. 311-344, 2009. p. 312.

⁴⁶ LABARRIÈRE, Pierre-Jean. *L'utopie logique*. Paris: L'Harmattan, 1992. p. 120. No original: “ (...) ce qui fait qu'une réalité “se tient en soi comme un Soi”, pourquoi ne pas l'appeler son “auto-stance”? Un concept qui recouvre par exemple le sens du terme allemand Selbständigkeit, et qui n'a pas d'équivalent exact dans notre langue”.

⁴⁷ DERRIDA, 2003. Jacques Derrida utilizava a expressão em seu *Voyous* para realizar uma ácida crítica à conduta dos EUA diante do direito internacional, com especial foco para sua atuação na segunda guerra do Golfo. *Voyous* aqui significa a um só tempo mais e menos do que a categoria dos *Rogue States*. Claramente, neste ponto, desenha-se o dilema isolamento-intervenção.

que encontra fulcro num *reconhecimento* que se sabe desigual, dessemelhante e hierarquizante.

É evidente que se refere prioritariamente ao direito internacional; o que, contudo, não significa que se caia na tentação de lhe atribuir um privilégio *a priori*, uma *suma auctoritas* transfigurada em “arroubos e bravatas internacionalistas”.⁴⁸ Quer-se, sim, notar a persistência do isolacionismo dos EUA, representada pela não adesão a numerosos tratados internacionais de altíssima importância e pela constante violação dos patamares normativos fundantes do direito das gentes (intervenção). O caso mais flagrante é, sem dúvida, sua relação com o Tribunal Penal Internacional (TPI).⁴⁹

Fechamento operativo e abertura normativa são características de ambas as dinâmicas e, por essa razão, talvez se deva buscar o significado mais profundo do *transconstitucionalismo*. Não há transconstitucionalismo sem passagem, sem travessia, sem trânsito, sem transição. O método de que fala Marcelo Neves, necessariamente, deve abrigar o *caminho* como passagem, ainda que se deva conceder que toda passagem inclui a possibilidade do retorno, da volta, e também do *a-poros*, do fechamento, da ausência de saída. Sem essa experiência *princeps* do desenraizamento – palavra tão cara a Jacques Derrida⁵⁰ –, do constante deixar-se para trás, o *transconstitucionalismo* não é mais do que o contrário de si mesmo. Pergunta-se: vale mesmo celebrar *Hamdan vs. Rumsfeld* quando o TPI é constantemente sabotado pela principal potência mundial? Qual o valor de *Ropper vs. Simmons* quando os EUA mantêm todas as suas reservas ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, incluindo a famosa cláusula (2), que permite ao país o direito de impor a pena de morte a pessoas com idade inferior a dezoito anos? A *auto-stance* norte-americana, abrangida pelo dilema isolamento-intervenção, reflete bem o problema que identificava Mireille Delmas-Marty:

Enfim, o pluralismo de separação, se fornece poucos recursos para lutar contra o risco de expansão hegemônica do direito nacional, permanece também desarmado em face do risco de desordem jurídica quando um Estado poderoso recusa a norma internacional considerando-a oposta a seus interesses.⁵¹

⁴⁸ NEVES, 2009, p. 249.

⁴⁹ Para uma compilação minimamente apropriada desta relação tensa, ver FEINSTEIN, Lee; LINDBERG, Tod. *Means to an end: U.S. interest in the international criminal Court*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2009. Deve-se atentar, antes de mais nada, para a conclusão de tratados bilaterais de imunidade que os EUA celebraram com diversos países, visando garantir que seus oficiais não pudessem ser enviados ao TPI.

⁵⁰ DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elizabeth. *De quoi demain... dialogue*. Paris: Fayard, 2001.

⁵¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (ii): le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 23. No original: “Enfin, le pluralisme de séparation, s’il donne peu de moyens pour lutter contre le risque d’expansion hégémonique du droit national, est également démuní

É preciso levar a sério a ideia de que no transconstitucionalismo ocorre uma “reconstrução de sentido que envolve uma desconstrução do outro e uma autodesconstrução”⁵². Há que se ter em conta a medida de uma certa economia da violência *transconstitucional*. Recorrendo à noção de Outro em Derrida – em especial ao anacíclico “*tout autre est tout autre*”⁵³ –, pode-se trabalhar a exigência de que o transconstitucionalismo carregue em si o desenraizamento. Ora, uma vez que ele necessariamente procede a uma relação com o outro – daí o prefixo *trans* fazer todo sentido –, não é possível pensá-lo arredado do conceito de violência.

Ao retornar à *Violence et Métaphysiqyue*, nota-se de que modo se articulam o *Outro* e a violência ou, em outras palavras, de que modo o *Outro* é desde sempre uma violência. Para Derrida, sem essa violência o acontecer do acontecimento estaria *a priori* inviabilizado e, conseqüentemente, toda a aporia do *talvez* que envolve o transconstitucionalismo – e também o decisionismo:

O pensamento do ser não é, portanto, nunca, em seu desvelamento, estranho a uma certa violência. Que esse pensamento apareça sempre na diferença, que o mesmo (o pensamento (e) (do) ser) não seja jamais o idêntico, isso significa, primeiro, que o ser é história, dissimula-se ele mesmo em sua produção e se faz originariamente violência no pensamento para se dizer e aparecer. Um ser sem violência seria um ser que se produziria fora do ente: nada, não história, não produção; não fenomenalidade.⁵⁴

140

Num sentido próximo àquele de Martin Hägglund, poder-se-ia dizer que o transconstitucionalismo implica um método de “menor violência”⁵⁵ ou, quiçá, uma *melhor violência*. Ao lidar sempre com a alteridade, seu mister e seu mistério envolvem a escolha da violência mais apropriada, a que melhor contribui à resolução dos problemas postos adiante. O retorno identitário do *autos* é desaranjado por essa lógica; o constitucionalismo *cis* é colocado em xeque. Com

face au risque de désordre juridique quand un État puissant refuse la norme internationale en considérant qu'elle s'oppose à ses intérêts”.

⁵² NEVES, 2009, p. 118.

⁵³ DERRIDA, Jacques. *Spectres de Marx: l'état de la dette, le travail du deuil et la nouvelle internationale*. Paris: Galilée, 1993. p. 273.

⁵⁴ DERRIDA, Jacques. *L'écriture et la différence*. Seuil: Paris, 1967b. p. 218. No original: “La pensée de l'être n'est donc jamais, dans son dévoilement, étrangère à une certaine violence. Que cette pensée apparaisse toujours dans la différence, que le meme (la pensée (et) (de) l'être) ne soit jamais l'identique, cela signifie d'abord que l'être est histoire, se dissimule lui-même dans sa production et se fait originariamente violence dans la pensée pour se dire et s'apparaître. Un être sans violence serait un être qui se produirait hors de l'étant : rien; non-histoire; non-production; non-phénoménalité”.

⁵⁵ HÄGGLUND, Martin. *Radical atheism: Derrida and the time of life*. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 82.

efeito, a possibilidade de identidade, de ser um *si-mesmo*, é traduzida pelo léxico da saída; na travessia, e não no retorno: somente o rastro (*trace*) é capaz de operar a síntese necessária da passagem do tempo ao espaço. Ser *si-mesmo* significa a memória de suas alterações, o constante trabalho de memória daquilo que necessariamente está implicado num movimento de mudança inelutável.

O *cis*-constitucionalismo pretende eclipsar este movimento de alteração e alternância inscrito na própria noção de temporalidade.⁵⁶ É o esforço de manutenção de um privilégio de presença e de unidade, de imunização do *autos* contra o *alter*; de uma ordem jurídica contra as demais. Ainda que com Derrida se creia que este mecanismo defensivo esteja sempre condenado ao fracasso, sendo sua desconstrução uma necessidade, uma incondicionalidade, é certo que seus efeitos se produzem e se fazem sentir. Sobretudo num mundo em que o direito global é uma realidade e a interação entre ordens normativas se transforma num *modus procedendi* cotidiano; sobretudo quando se fala da maior potência mundial. Neste ponto, a pergunta pela “melhor violência” precisa ser vigilante e atenta aos desafios globais. Ao lado de Jürgen Habermas⁵⁷ e Mireille Delmas-Marty,⁵⁸ torna-se possível dizer que a estrutura do *cis*-constitucionalismo é inadequada para o enfrentamento das questões mais riscosas de nosso tempo, seja em matéria de direitos humanos e direito humanitário, seja em face da crise ecológica, da pauperização dos direitos trabalhistas, do combate ao crime organizado ou das biotecnologias. É o momento de não ceder ao medo dos “monstros jurídicos”⁵⁹ e ultrapassar a dinâmica de fechamento-*cis*.

CONCLUSÃO

Tentou-se ao longo deste texto introduzir o significado daquilo se chamou de *cis*-constitucionalismo. Argumentou-se que o transconstitucionalismo carrega em si seu contrário em razão da estrutura aporética do que pretende resolver e que, em Carl Schmitt, revelou-se como a aporia da decisão: algo precisa acontecer para que se decida; mas a decisão é a tentativa de antemão fracassada de neutralizar o acontecimento. O *cis*-constitucionalismo é a busca desesperada de elisão deste paradoxo por meio de um léxico da presença, isto é, a procura incessante por elementos de identificação e afirmação da identidade. Em se tratando de ordens jurídicas, isso equivale justamente ao contrário do transconstitucio-

⁵⁶ Para a noção de temporalidade adotada, ver o ensaio intitulado *Ousia et Grammè* em DERRIDA, 1972, p. 31 et seq.

⁵⁷ HABERMAS, 2001.

⁵⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relative et l'universel*. Éditions du Seuil: Paris, 2004.

⁵⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (iii): la refondations des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007.

nalismo ao tentar suprimir aquilo que lhe é próprio, a saber, a travessia, o deslocamento, a passagem. O desenraizamento, enfim.

Por meio de uma breve análise do caso norte-americano e do dilema isolamento-intervenção, buscou-se demonstrar as implicações práticas da estrutura *cis*, mostrando, inclusive, que o diálogo entre tribunais e os esforços de direito comparado não lhe são alheios. Seu caráter distintivo é mais profundo e se relaciona com a ideia de autonomia ou *auto-stance*, o “estar de pé por si só”, a autosuficiência de uma ordem que atribui a si própria um excepcionalismo. Ainda que essas práticas possam vir a significar, diante de casos concretos, soluções jurídicas adequadas, a partir de um espectro mais amplo, o *cis*-constitucionalismo representa um risco. Em verdade, faz transparecer a recusa a engajamentos mais amplos, mais inovadores e mais adequados aos problemas globais.

À guisa de conclusão, lista-se três tópicos que devem ocupar a reflexão e a pesquisa ao redor do transconstitucionalismo diante da possibilidade sempre presente da estrutura *cis*.

1) O *transconstitucionalismo* tem seu impulso primordial e, ainda hoje, mais significativo, na ação de juízes. O fenômeno da internacionalização dos juízes, que possui entre seus principais vieses a relevância do direito comparado na tomada de decisões, a aplicação do direito internacional por juízes nacionais e o aumento de força dos juízes de tribunais internacionais, é de fundamental importância para se compreender a dinâmica de um direito global. Entretanto, a estrutura *cis* passa a verificar se este fenômeno se encerra em si próprio, é dizer, se a internacionalização dos juízes se transforma num império de juízes. Ora, os estudos transconstitucionais devem se preocupar com o potencial destrutivo de um judiciário globalizado desatento à necessidade de interação entre os demais poderes. Com razão, Mireille Delmas-Marty clama por um novo cruzamento e pela refundação desses mesmo poderes, ainda que se possa suspeitar da trilogia proposta a partir de saber/querer/poder.⁶⁰ O transconstitucionalismo, portanto, deve também investigar os fenômenos de aprendizado normativo mutualistas que se desenham a partir do Legislativo, do Executivo e das ascendentes forças de uma sociedade civil mundial.⁶¹

2) Como consequência do primeiro item, é talvez mais do que nunca necessário levar a sério a ideia schmittiana de que a política é um destino. O risco de um *cis*-constitucionalismo de juízes autossuficientes e mundialmente atuantes representa a total neutralização do político. Se, na esteira de Marcelo Neves, a

⁶⁰ DELMAS-MARTY, 2007, p. 253.

⁶¹ Há que se ter em conta, também, as mudanças estruturais e as relações de poder existentes em ordens transnacionais, *i.e.*, investigar de modo profundo os atores privados ligados a elas. Contudo, é ainda objeto de dúvida saber se esses componentes devem – de um ponto de vista normativo – integrar de fato um novo arranjo de poderes global.

crítica à *Weltinnerpolitik* é atual e acachapante, não menos fundamental é a estruturação de uma alternativa que se volte para o fortalecimento dos espaços políticos. De outro modo, a própria ideia de uma moral do dissenso pode se perder por falta de arenas em que se realize.

3) Finalmente, levando em conta a tendência demonstrada nos estudos dos ordenamentos jurídicos de que eles privilegiem, por meio de seus juízes e Cortes Supremas, suas identidades e, mais do que isto, sabendo da aporia interna que impossibilita a manutenção deste *status* diante de problemas globais, o transconstitucionalismo deve ser capaz de estabelecer um diálogo crítico e produtivo com as tentativas de construção de *monstros jurídicos* atualmente existentes. Ora, ainda que se possa duvidar dos potenciais da União Europeia, parece errado desfazer-se de seu aprendizado, ou supor que sua proposta seja a única alternativa verificável. Neste sentido, o transconstitucionalismo tem muito a ganhar caso se interesse e se engaje em projetos de ultrapassagem, de construções inovadoras e transformadoras. Parece promissor, por exemplo, um estudo sobre o caráter normativo associado às redes de convergência entre ONGs globais, a interação entre *experts* de diversos domínios em torno das questões climáticas, o Group d'Experts intergovernamental sur l'évolution du climat (GEIC),⁶² ou a evolução das trocas simbólicas envolvendo tecnologias numéricas. Enfim, algo como um *transconstitucionalismo from below*.

REFERÊNCIAS

- CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. O reconhecimento em Hegel: leituras de Labarrière. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 7, p. 311-344, 2009.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (ii): le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (iii): la refondations des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relative et l'universel*. Éditions du Seuil: Paris, 2004.
- DERRIDA, Jacques. *Aporias*. Stanford: Stanford University Press, 1993.
- DERRIDA, Jacques. *De la grammatologie*. Paris: Éditions de minuit, 1967a.
- DERRIDA, Jacques. La langue et le discours de la méthode. *Recherches sur la philosophie et le langage*, n. 3, p. 35-51, 1983.
- DERRIDA, Jacques. *Le problème de la genèse dans la philosophie de Husserl*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

⁶² Cito o nome em francês por reter a ideia fundamental de que se trata de um grupo de *experts*. Em outras línguas, como no português (Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas), perde-se esta noção e parece se tratar de um agrupamento por demais atrelado à vontade de seus governos.

Gabriel Rezende de Souza Pinto

- DERRIDA, Jacques. *L'écriture et la différence*. Seuil: Paris, 1967b.
- DERRIDA, Jacques. *L'université sans condition*. Paris: Galilée, 2001.
- DERRIDA, Jacques. *Marges de la philosophie*. Paris: Éditions de minuit, 1972.
- DERRIDA, Jacques. *Politiques de l'Amitié*. Paris: Galilée, 1994.
- DERRIDA, Jacques. *Séminaire La bête et le souverain: volume II (2002-2003)*. Paris: Galilée, 2010.
- DERRIDA, Jacques. *Spectres de Marx: l'état de la dette, le travail du deuil et la nouvelle internationale*. Paris: Galilée, 1993.
- DERRIDA, Jacques. *Voyous – deux essais sur la raison*. Paris: Éditions Galilée, 2003.
- DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elizabeth. *De quoi demain... dialogue*. Paris: Fayard, 2001.
- FEINSTEIN, Lee; LINDBERG, Tod. *Means to an end: U.S. interest in the international criminal Court*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *The postnational constellation: political essays*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2001.
- HÄGGLUND, Martin. *Radical atheism: Derrida and the time of life*. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- HEGEL, G. W. F. *Phänomenologie des Geistes*. Berlin: Akademie-Verlag, 1998.
- JACKSON, Vicki C. Methodological challenges in comparative constitutional law. *Pennsylvania State International Law Review*, n. 28, p. 319-326, 2010.
- LABARRIÈRE, Pierre-Jean. *L'utopie logique*. Paris: L'Harmattan, 1992.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2006.
- LUHMANN, Niklas. The third question: the creative use of paradoxes in the law and legal history. *Journal of Law and Society*, v. 15, n. 2, 1988.
- MARRAMAO, Giacomo. *Pasaje a Occidente: filosofía y globalización*. Tradução de Heber Cardoso. Buenos Aires: Katz Editores, 2006.
- MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: Editora Unesp, 1995.
- NEUENSCHWANDER, Juliana. *História semântica do conceito de soberania: o paradoxo da soberania popular*. 2000. 424 f. (Tese de doutorado) – Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2000.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. Munique: Dunker & Humblot, 1932.
- SCHMITT, Carl. *Der nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europæum*. Berlin: Dunker & Humbolt, 1974.
- SCHMITT, Carl. *Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlin: Dunker & Humblot, 2004.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 121-146, jul./dez. 2012

Constitucionalismos

STEINMETZ, Rudy. *Les styles de Derrida*. Bruxelas: De Boeck, 1994.

SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TEUBNER, Günther. *A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2005.

TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. *Virginia Journal of International Law*, v. 49, 985-1006, 2009.

TUSHNET, Mark. Transnational/domestic constitutional law. *Loyola of Los Angeles Law Review*, n. 37, p. 239-69, 2003.

VERMEULE, Adrian. Many-minds argument in legal theory. *The Journal of Legal Analysis*, v. 1, n. 1, p. 1-45, 2009.

WALDRON, Jeremy. The Supreme Court, 2004 Term – Comment: foreign law and the modern *ius gentium*. *Harvard Law Review*, 119, p. 129-147, 2005.

WEINRIB, Lorraine E. The postwar paradigm and American exceptionalism. In: CHOU-DHRY, Sujit. *The migration of constitutional ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006. Cap. 4, p. 84-112.

Data de recebimento: 14/04/2012

Data de aprovação: 23/09/2012

145

THE RIGHT TO VOTE AND THE AUSTRALIAN CONSTITUTION

O DIREITO DE VOTO E A CONSTITUIÇÃO AUSTRALIANA

Ronli Sifris*

ABSTRACT

Australia is a democracy. Therefore, the right to vote is an integral component of the Australian system of government. Thus it may come as a surprise that the Commonwealth Constitution does not contain an express right to vote. In the absence of an express constitutional right to vote, the High Court has nevertheless recognized that such a right is essential to ensuring the system of representative government established by the Commonwealth Constitution. Accordingly, along with the implied freedom of political communication, the High Court has found that the right to vote is inherent in sections 7 and 24 of the Commonwealth Constitution which require that the Parliament be “directly chosen by the people”. This article begins by providing a contextual overview of the Commonwealth Constitution. It then examines the concept of rights in Australian constitutional law. After noting that there are four express rights in the Commonwealth Constitution, the article turns to a discussion of the concept of implied rights before focusing on the implied right to vote. Discussion of the right to vote concentrates on the two High Court decisions which have established that there is a constitutionally entrenched right to vote in Australia: *Roach v Electoral Commissioner*¹ and *Rowe v Electoral Commissioner*².

Keywords: Australia. Constitutional law. Right to vote. Implied rights.

RESUMO

A Austrália é uma democracia. O direito de voto é, portanto, um elemento integral do sistema australiano de governo. Assim, pode parecer sur-

* Lecturer Monash University Faculty of Law. BA/LLB (Hons): Monash University. LLM (International Legal Studies): New York University. PhD: Monash University Address: Monash University Faculty of Law – Building 12, Clayton Campus – Victoria, 3800 – Australia, e-mail ronli.sifris@monash.edu.

¹ (2007) 233 CLR 162.

² (2010) 243 CLR 1.

preendente que a Constituição não disponha de forma expressa sobre esse direito. Na ausência de um direito constitucional e expresso ao voto, a Suprema Corte reconheceu que tal direito é essencial para assegurar o sistema representativo de governo estabelecido pela Constituição. Assim, seguindo a questão da liberdade implícita de comunicação política, a Suprema Corte decidiu que o direito de voto é inerente às seções 7 e 24 da Constituição, as quais requerem que o Parlamento seja “ diretamente escolhido pelo “povo”. Esse artigo se inicia com um panorama contextual da Constituição. Será então examinado o conceito de direitos no direito constitucional australiano. Após notar que há quatro direitos expressos na constituição, o artigo se volta para a discussão do conceito de direitos implícitos antes de focar a análise no direito implícito ao voto. O debate sobre o direito de voto se concentra em duas decisões da Suprema Corte que determinaram que há um direito ao voto constitucionalmente estabelecido na Austrália – casos *Roach v Electoral Commissioner* and *Rowe v Electoral Commissioner*.

Palavras-chave: Austrália. Direito constitucional. Direito de voto. Direitos implícitos.

INTRODUCTION

148

Australia is a Western, liberal democracy. Like other democracies, our system of government is based on a number of key doctrines such as the rule of law and the separation of powers. Further, like the United States but unlike the United Kingdom, Australia has a written Constitution which enshrines many of the core principles which underpin the functioning of our democracy. A survey of the majority of Australian citizens would undoubtedly reveal a widespread belief that inherent in our democratic system is the inalienable right of every adult citizen to vote. Thus it would surprise most people to learn that it was not until 2007 that the High Court of Australia confirmed that there is in fact a constitutionally entrenched right to universal suffrage.³ In one respect, this is to state the obvious. After all, Australia is a democracy and, given that the right to vote forms the foundation of any democratic system, it seems absurd that such a right would be contentious. Yet the notion of a constitutionally entrenched right to vote has been extremely controversial. After all, Australia has no Bill of Rights and the Constitution explicitly articulates only four express rights, which do not include a right to vote. Thus the path by which the High Court has determined that a right to vote is nevertheless implied from the text of the Constitution is

³ The High Court is the highest court in the land. It has both original jurisdiction and appellate jurisdiction. Its original jurisdiction includes jurisdiction to interpret the Commonwealth Constitution. See: *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) Ch III.

The right to vote and the Australian Constitution

mired in controversy, particularly stemming from those who adopt an originalist approach to constitutional interpretation.

Part A of this article provides a contextual overview of the Australian Constitution. Part B examines the concept of rights in Australian constitutional law. It begins by noting that, in the absence of a Bill of Rights, Australia relies mainly on institutional mechanisms for rights protection. Nevertheless, the Constitution does enshrine four express rights, which are briefly discussed. In addition to these express rights, the High Court has developed the notion of implied rights. Thus Part B concludes by discussing the concept of implied rights in Australian constitutional law. Part C then concentrates on the right to vote which is the focus of this article, discussing the two High Court decisions which have established that there is a constitutionally entrenched right to vote in Australia: *Roach v Electoral Commissioner*⁴ and *Rowe v Electoral Commissioner*.⁵

A OVERVIEW OF THE AUSTRALIAN CONSTITUTION

Australia is a Federation.⁶ This means that, like the United States, each State has its own Parliament and there is also a central, federal Parliament. Further, each State has its own Constitution and there is also a Constitution at the federal level, known as the Commonwealth Constitution.⁷ Each State is bound by its own Constitution, and all the States (and territories) are also bound by the Commonwealth Constitution. This article focuses on the Commonwealth Constitution, as opposed to the Constitutions of the States, as it is in relation to the Commonwealth Constitution that the implied right to vote has evolved.

The Commonwealth Constitution divides legislative power between the Commonwealth and the States. According to the Constitution, the Commonwealth can only legislate over areas where it has a “head of power”. In other words, the “Commonwealth can pass no law without specific constitutional authority for that law”.⁸ A few areas are designated by the Commonwealth Constitution as falling within the *exclusive* domain of Commonwealth legislative power. This means that only the Commonwealth, and not the States, is empowered to legis-

⁴ (2007) 233 CLR 162.

⁵ (2010) 243 CLR 1.

⁶ The Federation consists of six States (New South Wales, Victoria, Queensland, South Australia, Western Australia, Tasmania) and two territories (Northern Territory and Australian Capital Territory).

⁷ The Constitutions of each State take the form of an Act of Parliament: *Constitution Act 1902* (NSW) *Constitution Act 1975* (Vic), *Constitution of Queensland 2001* (Qld), *Constitution Act 1934* (SA), *Constitution Act 1889* (WA), *Constitution Act 1934* (Tas). The federal Constitution is known as the *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth).

⁸ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [1.55].

late in relation to these areas. For example, section 115 of the Commonwealth Constitution states that “[a] State shall not coin money”.⁹ Therefore, pursuant to this section, the Commonwealth has exclusive power to “coin money”. However, most areas of Commonwealth legislative power are shared with the States. These are known as *concurrent* legislative powers because both the Commonwealth and State governments may pass laws addressing these areas at the same time. For example, theoretically both the Commonwealth and the States may pass laws with respect to copyright, marriage or the old-age pension.¹⁰ Further, those legislative powers which are not allocated to the Commonwealth by the Commonwealth Constitution (or withdrawn from the States by the Commonwealth Constitution) remain within the exclusive domain of the States.¹¹ These are known as *residual* powers; essentially the power to legislate with respect to areas over which the Commonwealth has no legislative authority. For example, the Commonwealth Constitution does not authorise the Commonwealth to legislate with respect to education. Therefore, legislative power over education remains within the domain of the States.

Nevertheless, despite the division of legislative power which exists “on the books”, the balance of power inevitably skews towards the Commonwealth. There are a number of reasons for this imbalance of legislative power. First, section 109 of the Commonwealth Constitution states that “when a law of a State is inconsistent with a law of the Commonwealth, the latter shall prevail, and the former shall, to the extent of the inconsistency, be invalid”.¹² This means that, with respect to the concurrent powers, where both the Commonwealth and a State have passed laws dealing with the same topic area, and these laws conflict, the Commonwealth law prevails. This section of the Commonwealth Constitution has the effect of shutting the States out of legislating over many areas. For example, whereas the power to legislate over marriage is theoretically a concurrent power (as set out above), the fact that the Commonwealth has passed the *Marriage Act 1961* means that the States are shut out of legislating effectively with respect to marriage. The second key reason for the imbalance of legislative power towards the Commonwealth relates to the broad interpretation which the High Court has given to the legislative powers of the Commonwealth. This broad interpretation of Commonwealth power has had the corresponding effect of narrowing the scope of the States’ legislative power. For example, the broad interpretation of the external affairs power and the power to make laws with respect to corporations has potentially far reaching effects.¹³

⁹ *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) s 115.

¹⁰ *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) ss 51(xviii), (xxi), (xxiii).

¹¹ *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) s 107.

¹² *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) s 109.

¹³ The Commonwealth’s power to legislate with respect to external affairs is contained in s 51(xxix) of the Commonwealth Constitution. For an example of the High Court’s broad inter-

The right to vote and the Australian Constitution

In addition to dividing legislative power between the Commonwealth and the States, the Commonwealth Constitution also demarcates the power of the legislature, executive and judiciary respectively.¹⁴ This is the well-known ‘separation of powers’ doctrine, which “prescribes that the functions of the three arms of government be clearly and institutionally separated”.¹⁵ In this way, each arm of government acts as a check on the others to ensure that there is no abuse of power. In Australia, the separation between the legislature and executive has become increasingly blurred but the separation of judicial power remains a fundamental doctrine in Australian Constitutional law. This is because the separation of judicial power is crucial to ensuring the independence of the judiciary and to safeguarding individual liberty.¹⁶ By remaining independent from the legislature and executive, the High Court is empowered to categorise the conduct of the legislature or executive as unconstitutional and therefore to ensure that the arms of government act within the power conferred upon them by the Commonwealth Constitution. This “power to restrain or remedy unconstitutional acts of the other branches of government” is known as *judicial review*.¹⁷ One of the most well-known examples of the High Court striking down a Commonwealth law as unconstitutional occurred in the case of *Australian Communist Party v The Commonwealth*.¹⁸ In this case, the High Court struck down as unconstitutional a law which purported to dissolve the Australian Communist Party and which gave the Governor-General the power to declare any organisation which supported communism to be illegal.¹⁹

151

Another key doctrine which underpins the Australian system of Constitutional law is the doctrine of *representative government*. The Australian federal Parliament is made up of two houses of Parliament. The lower house is known as the House of Representatives and the upper house is known as the Senate. As the name suggests, the principle of representative government refers to the composition of the lower house, the House of Representatives, and dictates that the

pretation of this power see: *Commonwealth v Tasmania* (1983) 158 CLR 1. The Commonwealth’s power to legislate with respect to corporations is contained in s 51(xx) of the Commonwealth Constitution. For an example of the High Court’s broad interpretation of this power see: *New South Wales v Commonwealth* (2006) 229 CLR 1.

¹⁴ Chapter I of the Commonwealth Constitution sets out the role of The Parliament, Chapter II sets out the role of The Executive Government and Chapter III sets out the role of the Judicature.

¹⁵ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [1.50].

¹⁶ See for example *R v Davison* (1954) 90 CLR 353.

¹⁷ Goldsworthy, J ‘Australia: Devotion to Legalism’ in Goldsworthy J (ed), *Interpreting Constitutions*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p 110.

¹⁸ (1951) 83 CLR 1.

¹⁹ It should be noted that the High Court struck the law down on the basis that it failed to fall within a head of power rather than on the basis of any rights-based doctrine.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 147-170, jul./dez. 2012

lower house must be democratically elected.²⁰ This principle is reflected in section 24 of the Commonwealth Constitution which states that the “House of Representatives shall be composed of members directly chosen by the people of the Commonwealth”.²¹ The concept of representative government is fundamental to any democracy. In the words of John Stuart Mill, “the ideally best form of government is that in which the sovereignty, or supreme controlling power in the last resort, is vested in the entire aggregate of the community”.²² Mill eloquently explains the principle, stating that

the meaning of representative government is, that the whole people, or some numerous portion of them, exercise through deputies periodically elected by themselves the ultimate controlling power, which, in every constitution, must reside somewhere. This ultimate power they must possess in all its completeness. They must be masters, whenever they please, of all the operations of government.²³

Closely linked to the doctrine of representative government, and referred to as the central feature of the Australian constitutional system, is the doctrine of *responsible government*.²⁴ Pursuant to this doctrine the executive, the administrative arm of government, is responsible to the legislature in two ways. First, the Crown (represented by the Governor-General) exercises the executive power vested in it on the advice of its Ministers.²⁵ Second, the Ministers are responsible to Parliament for the actions of the Crown. In other words, the Ministers (including the Prime Minister) may only remain in government while they have the confidence of the House of Representatives.²⁶ Given that, pursuant to the principle of representative government, the House of Representatives is “composed of members directly chosen by the people”, the government is therefore responsible to the people.²⁷

To summarise the above discussion, it may be said that the fundamental principles of Australian constitutional law are: federalism, separation of powers, representative government and responsible government. This article will now

²⁰ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [1.35].

²¹ *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) s 24.

²² Mill, John Stuart, *Representative Government*, Germany: GRIN Verlag oHG, 2009, p 44.

²³ Mill, John Stuart, *Representative Government*, Germany: GRIN Verlag oHG, 2009, p 69.

²⁴ See for example *R v Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia* (1956) 94 CLR 254.

²⁵ Section 61 of the Commonwealth Constitution states that: “The executive power of the Commonwealth is vested in the Queen and is exercisable by the Governor-General as the Queen’s representative, and extends to the execution and maintenance of this Constitution, and of the laws of the Commonwealth.”

²⁶ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [1.40].

²⁷ *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) s 24.

The right to vote and the Australian Constitution

provide a brief overview of the role of rights in the Commonwealth Constitution before providing a more in-depth analysis of the rise of the right to vote.

B RIGHTS IN THE AUSTRALIAN CONSTITUTION

Unlike the United States Constitution, there is no Bill of Rights in the Commonwealth Constitution. In fact, Australia and Israel are the only two Western liberal democracies without a constitutional or statutory Bill of Rights.²⁸ Further, unlike the constitutions of most other Western liberal democracies, the Commonwealth Constitution includes only a few provisions that expressly confer rights.²⁹ Thus Australia relies mainly on institutional mechanisms for rights protection. The primary example of such an institutional mechanism for protecting rights may be found in the reliance on the Parliament to pass laws which protect human rights and to refrain from passing laws which infringe rights.³⁰ There are clearly weaknesses inherent in such a mechanism for protecting rights. For example, such an approach relies on Parliament's will to pass rights respecting legislation and to refrain from passing legislation which infringes rights. Such political will may vary depending on the composition of Parliament and, given that each Parliament has the power to pass laws overriding those of a previous Parliament, rights respecting legislation may exist one day and disappear the next. Further, relying on Parliament's law making power to protect rights fails to recognise that "members of the governing party in a Parliament, who rely on the support of a majority of voters, have less of an incentive to be concerned about the rights of minorities, especially if the minorities are small or politically weak and their cause is unpopular".³¹ This concept is known as "tyranny of the majority." Another example of the weakness of such an institutional approach to rights protection is that in the absence of an express requirement to consider a law's impact on rights, Parliament may pass laws which inadvertently infringe rights in the interests of promoting a different social value, such as economic management.³² In addition, the "Australian approach relies heavily on a political culture that respects rights. Political culture changes over time and Australia does relatively little to reinforce the understanding of the significance of rights and the willing-

153

²⁸ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [12.105].

²⁹ Saunders, C, 'The Australian Constitution and Our Rights' in Sykes, H (ed), *Future Justice*, Ebook, 2010, p 117.

³⁰ Saunders, C, 'The Australian Constitution and Our Rights' in Sykes, H (ed), *Future Justice*, Ebook, 2010, p 125.

³¹ Saunders, C, 'The Australian Constitution and Our Rights' in Sykes, H (ed), *Future Justice*, Ebook, 2010, p 126.

³² Saunders, C, 'The Australian Constitution and Our Rights' in Sykes, H (ed), *Future Justice*, Ebook, 2010, p 126.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 147-170, jul./dez. 2012

ness to give them priority”.³³ Consequently, Australia’s record of human rights protection is less than exemplary.³⁴

As well as presuming that Parliament protects rights, the Australian system also presumes that rights are protected by the judiciary. For example, the courts protect common law rights, such as the right to a fair trial and may interpret statutes in a way which assumes that Parliament does not intend to infringe fundamental rights.³⁵ Further, the High Court is empowered to strike down a law for which there is no specific Constitutional authority.³⁶ An example of the potentially rights respecting reach of this power of the High Court may be found in *Australian Communist Party v The Commonwealth*,³⁷ mentioned above, which had the effect of protecting the right of Australian citizens to ascribe to a range of political ideologies (including communism). Nonetheless, this institutional mechanism for protecting rights also harbours numerous weaknesses. For instance, the rights recognised by the common law are by no means comprehensive and there is ongoing debate as to whether the courts can take account of international law in interpreting statutes and developing the common law.³⁸ Thus it is clear that the most effective way to protect rights is by enshrining them in the Constitution, particularly one that is difficult to amend (like the Commonwealth Constitution).³⁹ It is with this in mind that we now turn to consider the few rights that are expressly enshrined in the Commonwealth Constitution.

Express Rights in the Commonwealth Constitution

In the words of Joseph and Castan, the “short list of express rights hardly resembles any comprehensive attempt by the drafters to protect the human rights of individuals from government encroachment. This accords with the characteristic caution regarding constitutional rights of the Anglo-Australian legal

³³ Saunders, C, ‘The Australian Constitution and Our Rights’ in Sykes, H (ed), *Future Justice*, Ebook, 2010, p 119.

³⁴ Saunders, C, ‘The Australian Constitution and Our Rights’ in Sykes, H (ed), *Future Justice*, Ebook, 2010, p 119.

³⁵ The “common law” refers to “[t]he unwritten law derived from the traditional law of England as developed by judicial precedence, interpretation, expansion and modification: *Dietrich v R* (1992) 177 CLR 292”. See: *Encyclopaedic Australian Legal Dictionary*, LexisNexis.

³⁶ See above discussion providing an overview of the Australian Constitution. (1951) 83 CLR 1.

³⁷ Saunders, C, ‘The Australian Constitution and Our Rights’ in Sykes, H (ed), *Future Justice*, Ebook, 2010, p 127.

³⁹ Section 128 of the Commonwealth Constitution set out the procedure for amendment the Constitution: “The proposed law for the alteration thereof must be passed by an absolute majority of each House of the Parliament, and not less than two nor more than six months after its passage through both Houses the proposed law shall be submitted in each State and Territory to the electors qualified to vote for the election of members of the House of Representatives...”.

The right to vote and the Australian Constitution

tradition”.⁴⁰ Indeed, there are only four express rights enshrined in the Commonwealth Constitution: a right to just compensation if one’s property is compulsorily acquired, a limited right to trial by jury, freedom of religion, and freedom from discrimination on the basis of State residence.

Section 51(xxxi) of the Commonwealth Constitution protects property rights. It authorises the Commonwealth Parliament to make laws with respect to the ‘acquisition of property on just terms from any State or person in respect of which the Parliament has power to make laws...’.⁴¹ Thus section 51(xxxi) acts as a conferral of power in that it authorises the Commonwealth to acquire property belonging to another. However, this conferral of power is subject to the qualification that the acquisition be “on just terms”. Consequently, section 51(xxxi) is both a conferral of power, a limit on Commonwealth power and a guarantee of property rights. With respect to the meaning of “just terms”, the standard is that of full compensation. Thus Brennan J in *Georgiadis v Australian and Overseas Telecommunications Corporation*⁴² stated that “[u]nless it be shown that what is gained is full compensation for what is lost, the terms cannot be found to be just”.⁴³ Further, the importance of this section was emphasised by Callinan J in *Smith v ANL Ltd*⁴⁴ when he stated that:

It is unthinkable that in a democratic society, particularly in normal and peaceful times that those who elect a government would regard with equanimity the expropriation of their or other private property without proper compensation. What the public enjoys should be at the public, and not a private expense. The authors of the Constitution must have been of that opinion when they inserted s 51(xxxi) into the Constitution.⁴⁵

Section 80 of the Commonwealth Constitution provides a right to trial by jury. It states that the “trial on indictment of any offence against any law of the Commonwealth shall be by jury...”.⁴⁶ Thus section 80 guarantees a right to trial by jury but only in circumstances where the accused is alleged to have breached a Commonwealth (as opposed to State) law and only in cases of “trial on indictment”. The phrase “trial by indictment” has been interpreted literally, thus the right to trial by jury has been confined to apply only with respect to indictable federal offences. Given that the Commonwealth Parliament determines whether

⁴⁰ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [12.05].

⁴¹ *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) s 51(xxxi).
⁴² (1994) 179 CLR 297.

⁴³ *Georgiadis v Australian and Overseas Telecommunications Corporation* (1994) 179 CLR 297, 311.

⁴⁴ (2000) 204 CLR 493.

⁴⁵ *Smith v ANL Ltd* (2000) 204 CLR 493, 541-542.

⁴⁶ *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) s 80.

a particular offence is tried on indictment, section 80 only applies if the Commonwealth chooses to require such a trial.⁴⁷ As Joseph and Castan point out, the narrow interpretation given to section 80 “potentially allows the Commonwealth to completely undermine the guarantee by simply directing that all Commonwealth offences be tried summarily”.⁴⁸ Thus in *R v Archdall and Roskrige*⁴⁹ the High Court determined that the Commonwealth Parliament could create an offence of hindering the provision of a public service by the Commonwealth which is punishable by imprisonment for 12 months and which is triable summarily, without a jury. Higgins J clearly articulated the view of the court, stating that “if there be an indictment, there must be a jury; but there is nothing to compel procedure by indictment...”.⁵⁰ Another criticism which has been directed at the prevailing interpretation of the right to trial by jury is that it is not a right at all. The fact that a person accused of committing an indictable Commonwealth offence has no choice but to submit to trial by jury may be viewed as contradicting the notion of trial by jury as a “right” possessed by the accused.⁵¹

Section 116 of the Commonwealth Constitution guarantees freedom of religion. It states that “[t]he Commonwealth shall not make any law for establishing any religion, or for imposing any religious observance, or for prohibiting the free exercise of any religion, and no religious test shall be required as a qualification for any office or public trust under the Commonwealth”.⁵² Section 116 contains four separate guarantees; it prevents the Commonwealth from:

156

1. Establishing any religion;
2. Imposing any religious observance;
3. Prohibiting the free exercise of any religion; and
4. Requiring a religious test as a qualification for any office or public trust under the Commonwealth.

The High Court’s jurisprudence has focused exclusively on the prohibition of the Commonwealth establishing a religion and the prohibition of the free exercise of any religion.⁵³ While the term “religion” has been broadly interpreted, the rights therein have been interpreted narrowly.⁵⁴ For example, the prohibition

⁴⁷ Hanks, P, Gordon, F and Hill, G, *Constitutional Law in Australia*, 3rd ed, Chatswood: LexisNexis Butterworths, 2012, [10.108].

⁴⁸ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [12.65].

⁴⁹ (1928) 41 CLR 128.

⁵⁰ *R v Archdall and Roskrige* (1928) 41 CLR 128, 139-140.

⁵¹ See *Brown v R* (1986) 160 CLR 226.

⁵² *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) s 116.

⁵³ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [12.70].

⁵⁴ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [12.75].

The right to vote and the Australian Constitution

of the establishment of any religion has been interpreted as prohibiting the Commonwealth from overtly favouring a particular religion to such an extent that people may form the view that the religion in question has become the official religion of Australia.⁵⁵ Further, the assertion that “the Commonwealth shall not make any law... *for* prohibiting the free exercise of any religion” has been interpreted to mean that where the purpose of the law is not to prohibit the free exercise of any religion, the law will be valid even if its effect inhibits religious practice.⁵⁶

The fourth express right enshrined in the Commonwealth Constitution is the right not be discriminated against on the basis of interstate residence. Section 117 of the Commonwealth Constitution states that “[a] subject of the Queen, resident in any State, shall not be subject in any other State to any disability or discrimination which would not be equally applicable to him if he were a subject of the Queen resident in such other State”.⁵⁷ Thus pursuant to s 117, a State is prohibited from discriminating against a person because he or she lives in another State.⁵⁸ This right is different from the other express rights for a number of reasons. First, it binds the States whereas the other rights bind the Commonwealth. Secondly, given that the purpose behind s 117 was to help foster national unity rather than to protect individuals, whether it is a “human right” at all is debatable.⁵⁹ Nevertheless, assuming that section 117 does confer a right, it has evolved into a relatively strong right. It seems to apply to both direct and indirect discrimination and the limits on the right are relatively narrow.⁶⁰ For example, in *Goryl v Greyhound Australia Pty Ltd*⁶¹ McHugh J stated that in order to determine whether a subject-matter is outside s 117, it is necessary to ask “whether, by necessary implication, the matter is so exclusively the concern of the State and its people that an interstate resident is not entitled to equality of treatment in respect of it”.⁶² Thus the right to be free from discrimination on the basis of inter-state residence will be applicable in all circumstances except where a matter is exclusively the concern of a State and its people.

157

⁵⁵ See *Attorney-General (Vic) (ex rel Black) v Commonwealth* (1981) 146 CLR 559 (the Defence of Government Schools or DOGS case).

⁵⁶ *Adelaide Company of Jehovah's Witnesses v Commonwealth* (1943) 67 CLR 116.

⁵⁷ *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) s 117.

⁵⁸ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [12.90].

⁵⁹ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [12.90].

⁶⁰ *Street v Queensland Bar Association* (1989) 168 CLR 461. However, see *Sweedman v Transport Accident Commission* (2006) 226 CLR 632 where the High Court seems to have misapplied the test.

⁶¹ (1994) 179 CLR 463.

⁶² *Goryl v Greyhound Australia Pty Ltd* (1994) 179 CLR 463 [12.95].

Implied Rights in the Australian Constitution

The dearth of *express* rights in the Commonwealth Constitution has resulted in the development of the notion that there are certain *implied* rights in the Constitution. Currently, the High Court has developed the doctrine of implied rights with respect to the right to vote and the right to political communication, more accurately described as the implied freedom of political communication. This section will briefly discuss the implied freedom of political communication to provide some context for the discussion of the right to vote which constitutes the remainder of this article.

In the case of *Lange v Australian Broadcasting Corporation*⁶³ a unanimous High Court held that a guarantee of freedom of political communication is implied from the text of the Constitution which provides for a system of representative and responsible government.⁶⁴ The High Court stated that:

Sections 7 and 24 of the Constitution, read in context, require the members of the Senate and the House of Representatives to be directly chosen at periodic elections by the people of the States and of the Commonwealth respectively. This requirement embraces all that is necessary to effectuate the free election of representatives at periodic elections. What is involved in the people directly choosing their representatives at periodic elections, however, can be understood only by reference to the system of representative and responsible government to which ss7 and 24 and other sections of the Constitution give effect...

*Freedom of communication on matters of government and politics is an indispensable incident of that system of representative government which the Constitution creates by directing that the members of the House of Representatives and the Senate shall 'be directly chosen by the people' of the Commonwealth and the States, respectively.*⁶⁵

Thus the source of the implied freedom of political communication is the text of the Constitution; the freedom is implied from the sections providing for the system of representative government – specifically sections 7 and 24 of the Commonwealth Constitution. It is based on the notion that the system of representative government established by the Constitution cannot exist without a guaranteed freedom of political communication. In other words, the freedom is necessarily inherent in the text of the Constitution.

The freedom operates as a restriction on State and Commonwealth legislative powers; neither the States nor the Commonwealth may pass laws which vio-

⁶³ (1997) 189 CLR 520.

⁶⁴ For an explanation of the concepts of representative and responsible government see Part A of this article.

⁶⁵ *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (1997) 189 CLR 520, 556-559 (emphasis added).

The right to vote and the Australian Constitution

late the implied freedom of political communication. Further, the common law must conform to the freedom.⁶⁶ The High Court in *Lange v Australian Broadcasting Corporation*⁶⁷ formulated a test (which was modified slightly in *Coleman v Power*)⁶⁸ for determining whether a law violates the implied freedom. Pursuant to that test, a law will only violate the freedom if it burdens communication about government or political matters in its terms, operation or effect. However, a law which burdens political communication in this way will nevertheless be valid if it is reasonably appropriate and adapted to serve a legitimate end in a manner that is compatible with the maintenance of the constitutionally prescribed system of representative and responsible government.

Thus, unlike the right to free speech which is enshrined in the United States Constitution, the freedom does not cover all speech but only speech of a political nature. Further, while the term “political communication” has been broadly defined, the High Court has treaded cautiously in its application of the doctrine. Since the foundational cases in 1992⁶⁹ only two statutes and one aspect of the common law have been subjected to the requirements of the doctrine.⁷⁰ This has prompted Stone to comment that “the freedom of political communication is weak across two axes: it covers only a narrow category of expression and it provides relatively weak protection for that expression”.⁷¹

In addition, the implied freedom of political communication is not conceptualised as a right as such. The High Court in *Lange v Australian Broadcasting Corporation*⁷² was of the view that the freedom should be conceptualised as a shield and not a sword. Joseph and Castan explain this approach, pointing out

the Court’s concern to establish that the nature of the freedom was not that of a personal or individual right capable of conferring private rights in, for instance, common law defamation actions. Instead, according to the Court, the nature of the freedom was confined to that of a limitation upon legislative (and executive) power that conferred what might be distinguished as only public rights exercisable in public law constitutional actions.⁷³

⁶⁶ *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (1997) 189 CLR 520.

⁶⁷ (1997) 189 CLR 520.

⁶⁸ (2004) 220 CLR 1.

⁶⁹ *Australian Capital Television v Commonwealth* (1992) 177 CLR 106 and *Nationwide News v Wills* (1992) 177 CLR 1.

⁷⁰ Stone, A. “Insult and Emotion, Calumny and Invective”: Twenty Years of Freedom of Political Communication’ (2011) 30(1) *University of Queensland Law Journal* 79, 79.

⁷¹ Stone, A. “Insult and Emotion, Calumny and Invective”: Twenty Years of Freedom of Political Communication’ (2011) 30(1) *University of Queensland Law Journal* 79, 79-80.

⁷² (1997) 189 CLR 520.

⁷³ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [13.40].

Ronli Sifris

Thus the implied freedom of political communication acts as a relatively weak safeguard against censorship, particularly when compared with the guarantees of free speech which exist in other democracies, such as the United States. In Stone's words, "[t]he freedom of political communication is a *minimum* requirement protecting *only* communications without which representative and responsible government at the federal level would falter".⁷⁴

Nonetheless, despite the narrow applicability of the doctrine, the implied freedom of political communication (indeed the notion of implied rights generally) has been subjected to much criticism. In particular, criticism has been especially vehement from those who favour an originalist approach to constitutional interpretation. For example, Goldsworthy has stated that:

The implied freedom of political communication does not satisfy the obviousness test...the framers [of the Constitution] deliberately chose not to include a bill of rights in the Constitution...They entrusted to parliaments, not courts, the responsibility for striking the necessary balances between competing rights, and between rights and other community interests, because they knew that this requires political rather than legal judgment, and political judgment should be accountable to the electorate.⁷⁵

160

Thus in Goldsworthy's view, the framers of the Commonwealth Constitution deliberately decided not to include a bill of rights and not include an express right to free speech. Therefore, if such a right is to become a part of the Australian legal landscape, it can only be by constitutional amendment⁷⁶ or by Parliament passing a law which provides for such a right.⁷⁷ Allan makes a similar point when he queries why the framers of the Constitution would have inserted an express right to freedom of religion in section 116 but neglected to insert an express right to freedom of communication; "[w]hy bother to do that explicitly, but merely imply a right to freedom of political communication? Hard question, isn't it?"⁷⁸ Likewise, Callinan and Stoker are exceedingly critical of the doctrine, stating that:

⁷⁴ Stone, A, 'The Limits of Constitutional Text and Structure Revisited' (2005) 28 *University of New South Wales Law Journal* 842, 843 (emphasis added).

⁷⁵ Goldsworthy, J, 'Constitutional Implications Revisited' (2011) 30(1) *University of Queensland Law Journal* 9, 21-22.

⁷⁶ See footnote 37 for the procedure for constitutional amendment.

⁷⁷ For an alternative perspective which contests Goldsworthy's view of this issue see: Patrick Emerton, 'Political Freedoms and Entitlements in the Australian Constitution – an Example of Referential Intentions Yielding Unintended Legal Consequences' (2010) 38 *Federal Law Review* 169.

⁷⁸ Allan, J, 'Implied Rights and Federalism: Inventing Intentions While Ignoring Them' (2009) 34 *University of Western Australia Law Review* 228, 231.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 147-170, jul./dez. 2012

The right to vote and the Australian Constitution

The basis for a court in Australia to infer implied constitutional rights, having regard to the determination of the authors of the Constitution not to adopt the United States model of express rights, is a fragile one. That is not to say that true democrats should not be on the lookout for judges who might seek to peer through shadows of the penumbra, and to experience constitutional emanations like divine revelations.⁷⁹

It is with this derision of the concept of implied constitutional rights that we now turn to consider the most recently developed of the implied rights, the right to vote.

C THE RIGHT TO VOTE IN THE AUSTRALIAN CONSTITUTION

There is no express right to vote in the Commonwealth Constitution. Sections 8, 30 and 41 could potentially have been interpreted as the source of such a right but have instead been treated as transitional provisions.⁸⁰ Nevertheless, the High Court has declared that there is an implied right to vote, sourced in sections 7 and 24 of the Commonwealth Constitution. These sections, as set out above, require that the senators and members of the House of Representatives be “directly chosen by the people”.⁸¹ It is therefore on the basis of the system of representative government established by these sections of the Commonwealth Constitution that an implied right to vote has been recognised and developed. Indeed, it is no surprise that the High Court has found that sections 7 and 24 of the Commonwealth Constitution constitute the source of a Constitutional right to vote given that these sections have been held to constitute the source of an implied freedom of political communication. After all, “the claim that voting in elections is more fundamental to the text and structure of the Constitution than

161

⁷⁹ Callinan, I D F and Stoker, A, ‘Politicizing the Judges: Human Rights Legislation’ (2011) 30(1) *University of Queensland Law Journal* 53, 57-58.

⁸⁰ Joseph, S and Castan, M, *Federal Constitutional Law: A Contemporary View*, 3rd ed, Sydney: Thomson Reuters, 2010, [12.100]. Section 8 states: “The qualification of electors of senators shall be in each State that which is prescribed by this Constitution, or by the Parliament, as the qualification for electors of members of the House of Representatives; but in the choosing of senators each elector shall vote only once.”

Section 30 states: “Until the Parliament otherwise provides, the qualification of electors of members of the House of Representatives shall be in each State that which is prescribed by the law of the State as the qualification of electors of the more numerous House of Parliament of the State; but in the choosing of members each elector shall vote only once.”

Section 41 states: “No adult person who has or acquires a right to vote at elections for the more numerous House of the Parliament of a State shall, while the right continues, be prevented by any law of the Commonwealth from voting at elections for either House of the Parliament of the Commonwealth.” The following cases have discussed the meaning of s 41: *King v Jones* (1972) 128 CLR 221, *R v Pearson*; *Ex Parte Sipka* (1983) 152 CLR 254

⁸¹ *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) ss 7 and 24.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 147-170, jul./dez. 2012

political communication is well established.”⁸² Thus it is somewhat surprising that it took until 2007 for a case to come before the High Court which directly concerned this notion of a constitutional right to vote. Granted, a few previous cases had touched on this issue. For example, in *McGinty v Western Australia*⁸³ the High Court followed the 1975 case of *Attorney-General (Cth); Ex rel McKinlay v The Commonwealth*⁸⁴ and rejected the claim that the Commonwealth Constitution guaranteed equality of voting power. Another example is *Judd v McKeon*⁸⁵ in which the High Court rejected a constitutional challenge to the system of compulsory voting. However, it was only in 2007 with the case of *Roach v Electoral Commissioner*⁸⁶ that the High Court clearly expressed the view that there is a constitutional right to vote and in 2010, in *Rowe v Electoral Commissioner*,⁸⁷ that the High Court began to expand upon the nature of such a right.

Roach v Electoral Commissioner⁸⁸

In 2006, the federal Parliament enacted section 93(8AA) of the *Commonwealth Electoral Act 1918* (Cth). This section provided that: “[a] person who is serving a sentence of imprisonment for an offence against the law of the Commonwealth or of a State or Territory is not entitled to vote at any Senate election or House of Representatives election.” In other words, it prohibited a person serving a sentence of imprisonment from voting in any federal election irrespective of the nature of the offence committed or the duration of the prison sentence. The plaintiff in this case, Vickie Roach, was an Australian citizen of indigenous descent who was serving a sentence of six years imprisonment for committing a crime. She was prohibited from voting in a federal election pursuant to section 93(8AA). She claimed that this section was unconstitutional on the basis that it infringed the right to vote inherent in sections 7 and 24 of the Commonwealth Constitution which provide for the system of representative government (among other grounds).

Gummow, Kirby and Crennan JJ formed the majority together with Gleeson CJ who wrote a separate concurring judgment. They decided that section 93(8AA) of the *Commonwealth Electoral Act (1918)* was invalid on the basis that it infringed the right to vote inherent in sections of the Constitution which provide for the

⁸² Nicholas Aroney, “Towards the “Best Explanation” of the Constitution: Text, Structure, History and Principle in *Roach V Electoral Commissioner* (2011) 30(1) *University of Queensland Law Journal* 145, 155.

⁸³ (1996) 186 CLR 140.

⁸⁴ (1975)135 CLR 1.

⁸⁵ (1926) 38 CLR 380.

⁸⁶ (2007) 233 CLR 162.

⁸⁷ (2010) 243 CLR 1.

⁸⁸ (2007) 233 CLR 162.

The right to vote and the Australian Constitution

system of representative government. In other words, the majority accepted that sections 7 and 24 of the Commonwealth Constitution may be regarded as the constitutional source of a right to vote. Further, both stressed that these sections do not merely represent a general right to vote but a right to *universal* suffrage. Nevertheless, their Honours conceded that this right to universal suffrage may be subject to certain exceptions or limitations. Thus for the majority the question became: what are those exceptions and does the section of the Commonwealth legislation at issue fall within one of those exceptions?⁸⁹

In answering this question, Gleeson CJ expressed the view that, given the importance of the franchise to the system of representative government, there must be a “substantial reason” for limiting a person’s right to vote.⁹⁰ He stated that the rationale for excluding persons serving a sentence of imprisonment from voting in federal elections “must be that serious offending represents such a form of civic irresponsibility that it is appropriate for Parliament to mark such behaviour as anti-social and to direct that physical separation from the community will be accompanied by symbolic separation in the form of loss of a fundamental political right”.⁹¹ Nevertheless, while accepting this rationale for excluding certain prisoners from the general right to vote, Gleeson CJ expressed concern regarding the expansive wording of section 93(8AA). This section not only excluded those prisoners who had committed serious crimes from voting, but it excluded any person serving a sentence of imprisonment, regardless of the duration of the sentence or the nature of the offence.⁹² According to Gleeson CJ, denying all persons serving a sentence of imprisonment the right to vote, including those short-term prisoners serving sentences of less than six months (who may be imprisoned not because of the gravity of the offence committed but because of personal circumstances such as poverty, homelessness or mental illness) exceeded the permissible power of Parliament to limit the right to vote. On this basis, Gleeson CJ declared s 93(8AA) invalid.

In their joint judgment, Gummow, Kirby and Crennan JJ adopted a different path to reach the same conclusion. Drawing on the test established in *Lange v Australian Broadcasting Corporation*⁹³ (discussed above) for determining whether the implied freedom of political communication has been violated, they stated that in order to determine the constitutionality of disqualifying a class of persons from what is otherwise universal adult suffrage it is necessary to ask: is

⁸⁹ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162 [7] (Gleeson CJ), [49] (Gummow, Kirby and Crennan JJ).

⁹⁰ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162 [7].

⁹¹ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162.

⁹² *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162.

⁹³ (1997) 189 CLR 520.

the disqualification for a reason that is reasonably appropriate and adapted to serve an end which is consistent or compatible with the maintenance of the constitutionally prescribed system of representative government?⁹⁴ In this instance, they held that “[t]he legislative pursuit of an end which stigmatises offenders by imposing a civil disability during any term of imprisonment takes s 93(8AA) beyond what is reasonably appropriate and adapted ... to the maintenance of representative government”.⁹⁵ Like the Chief Justice, their Honours noted that s 93(8AA) “operates without regard to the nature of the offence committed, the length of the term of imprisonment imposed, or the personal circumstances of the offender”.⁹⁶ Similarly, they also noted that a significant proportion of prison sentences are short-term and are imposed because non-custodial sentences are unavailable due to indigence, homelessness, mental illness or other personal circumstances.⁹⁷ Consequently, their Honours held that the arbitrary and capricious operation of the section at issue rendered it unconstitutional.

Thus in their joint judgment, Gummow, Kirby and Crennan JJ reached the same conclusion as Gleeson CJ, that being that s 93(8AA) of the *Commonwealth Electoral Act* was invalid. However, whereas in the joint judgment their Honours essentially applied the proportionality test from *Lange v Australian Broadcasting Corporation*⁹⁸ to reach this conclusion, Gleeson CJ reached this conclusion without explicitly applying such a proportionality test. Nevertheless, it is possible that such an approach implicitly informed his reasoning given that he conceded that a narrower disqualification may be constitutional but that the expansive nature of the disqualification in s 93(8AA) strayed too far from the constitutionally prescribed ideal of universal suffrage. Consequently, all of the judges in the majority engaged in some kind of balancing act, as demonstrated by the fact that whereas all of the majority judges found s 93(8AA) to be unconstitutional, they also all found the equivalent provision of the previous Commonwealth Act to be valid. Unlike s 93(8AA) of the 2006 Act at issue, the 2004 Act distinguished between serious and less serious offences by only disqualifying those imprisoned

⁹⁴ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162 [85].

⁹⁵ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162 [95].

⁹⁶ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162 [90].

⁹⁷ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162 [91]. In addition, they noted that s 93(8AA) provides more stringent criteria with respect to the question of eligibility to vote than the Commonwealth Constitution provides with respect to eligibility to be a member of Parliament. Section 44(ii) of the Commonwealth Constitution stated that: “Any person who... is attainted of treason, or has been convicted and is under sentence, or subject to be sentenced, for any offence punishable under the law of the Commonwealth or of a State by imprisonment for one year or longer... shall be incapable of being chosen or of sitting as a senator or a member of the House of Representatives.” See: *Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)* (Cth) s 44(ii) (emphasis added).

⁹⁸ (1997) 189 CLR 520.

The right to vote and the Australian Constitution

for three years or more. All judges in the majority found the relevant provision of the 2004 Act to be valid on the basis that the criterion that a person be imprisoned for at least three years to be disqualified from voting demonstrated that the seriousness of the offence committed was being taken into account. As a result, the majority took the view that there is an implied right to vote stemming from the system of representative government established by sections 7 and 24 of the Commonwealth Constitution but that Parliament may impose certain limitations on this right to vote. When determining whether a limitation is constitutional, it is necessary to conduct a kind of balancing act; to administer a proportionality test for the purpose of determining whether the limitation can co-exist with the notion that Parliament must be “directly chosen by the people”.

In dissent, Hayne J (with whom Heydon J largely agreed) upheld the validity of s 93(8AA) primarily on the basis that the Commonwealth Constitution as a whole, particularly sections 30 and 8, give Parliament the power to decide the meaning of “directly chosen by the people” in sections 7 and 24.⁹⁹ In other words, the Constitution gives Parliament the power to decide who should be included in, and who should be excluded from, the notion of “the people” for the purpose of elections. Thus the dissenting judges refused to locate an implied right to vote in the Constitution. Further, Hayne J noted that the notion that persons serving sentences of imprisonment should be excluded from the franchise may be traced back to legislation enacted in 1902; such limitations were therefore clearly contemplated by the framers of the Constitution and there is no reason to suggest that the constitutionally permissible limitations on the right to vote have changed over time.¹⁰⁰ Thus the tenor of the dissenting judgments echoed the criticisms of those favouring an originalist approach to constitutional interpretation discussed towards the end of Part B above.¹⁰¹

165

Rowe v Electoral Commissioner¹⁰²

The most recent case concerning the right to vote under the Commonwealth Constitution revolved around the 2010 federal election. It concerned the duration of time that a person has to enrol to vote, or transfer to a different voting district, following the announcement of a federal election. Prior to 2006, a person eligible

⁹⁹ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162 [111].

¹⁰⁰ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162 [126]. It should nevertheless be noted that the law in 1902 excluded persons serving sentences of imprisonment for one year or longer: *Commonwealth Franchise Act 1902* (Cth) s 4.

¹⁰¹ In addition to the dissenting judgments, a critique of the reasoning of the majority may be found in: Nicholas Aroney, ‘Towards the “Best Explanation” of the Constitution: Text, Structure, History and Principle in *Roach V Electoral Commissioner* (2011) 30(1) *University of Queensland Law Journal* 145.

¹⁰² (2010) 243 CLR 1.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 147-170, jul./dez. 2012

to vote had seven days to enrol or to transfer their enrolment following the “issuing of the writs”, a process which follows announcement of an election. In 2006, the legislation was amended such that the time period during which a person could enrol to vote or transfer their enrolment following the announcement of a pending federal election was significantly shortened. Both plaintiffs were eligible to vote. However, the first plaintiff, Rowe, was not allowed to vote in the 2010 federal election because she enrolled too late and the second plaintiff, Thompson, lodged his transfer too late for it to be considered. The plaintiffs challenged the 2006 amendment to the legislation. They argued, in line with the reasoning in *Roach v Electoral Commissioner*,¹⁰³ that the shortened cut-off dates effectively disqualified them from exercising their right to vote and that the disqualification was for no “substantial reason”. In other words, they argued that the 2006 amendment breached the requirement in sections 7 and 24 of the Commonwealth Constitution that Parliament be composed of members “directly chosen by the people”.

In a 4-3 majority, the High Court agreed with the plaintiffs and held that the 2006 amendments were invalid. Crennan J posed the key question as follows:

166

The matters of qualification for the franchise and the method of election for both the Senate and the House of Representatives are left by the Constitution to the political choice of Parliament, so long as any electoral system adopted remains within the broad range of alternatives by which provision may be made for Houses of Parliament composed of members “directly chosen by the people”.¹⁰⁴

Thus the question was whether the constitutional requirement for a Parliament to be “directly chosen by the people” would be violated in circumstances where stringent time limitations were placed on an eligible person’s ability to enrol to vote following the announcement of an election. They reasoned that the law at issue could be differentiated from the law in *Roach v Electoral Commissioner*¹⁰⁵ on the basis that it did not explicitly carve out an exception to the right to vote. Nevertheless, the circumstances in this case could be analogised with *Roach* given that the right to vote is conditional upon effective enrolment to vote, therefore, procedural requirements regarding enrolment to vote have a substantive effect upon entitlements to vote.¹⁰⁶

After concluding that the substantive effect of the 2006 amendment was to disqualify eligible persons from exercising their franchise, the majority then

¹⁰³ (2007) 233 CLR 162.

¹⁰⁴ *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1 [325] (Crennan J).

¹⁰⁵ (2010) 243 CLR 1.

¹⁰⁶ *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1 [24] (French CJ), [154] (Gummow and Bell JJ).

The right to vote and the Australian Constitution

proceeded to apply the proportionality test from *Roach*¹⁰⁷ to determine whether the law was nevertheless constitutional and found that it failed this test. In other words, the majority drew on the reasoning in *Roach*,¹⁰⁸ finding that the obligation to enrol is designed to facilitate “maximum participation” in elections by those qualified to vote, and that there must therefore be a “substantial reason” for limiting the franchise by imposing such an early cut-off for enrolment.¹⁰⁹ The majority held that the removal of the seven day period, and the consequential disenfranchisement of 100,000 people, could not be justified by any of the purposes precipitating the amendment. According to Crennan J:

the impugned provisions have not been shown to be necessary or appropriate for the protection of the integrity of the Rolls, as that object was advanced by the Commonwealth. First, this is because the Australian Electoral Commission had no difficulty in processing the volume of late enrolments which occurred with the previous seven day cut-off period. Secondly, to seek to discourage a surge of late claims for enrolment by disentitling or excluding those making them constitutes a failure to recognise the centrality of the franchise to a citizen’s participation in the political life of the community. Thirdly, the main reason put forward by the Commonwealth as the justification for the impugned provisions – namely, that they will operate to protect the Rolls from a risk of, or potential for, systematic electoral fraud – is to protect the rolls from a risk or potential which has not been substantiated to date. Accordingly, *the justification put forward to support the impugned provisions does not constitute a substantial reason, that is, a reason of real significance, for disentitling a significant number of electors from exercising their right to vote for parliamentary representatives in the State and Subdivision in which they reside.* The impugned provisions cannot be reconciled with the constitutional imperative of choice by the people of those representatives.¹¹⁰

167

Accordingly, the majority judges held that the means of setting an early cut-off time for enrolment to vote was not appropriate and adapted to the end of ensuring the integrity of the electoral process. Thus while the aim of the legislation (to ensure the integrity of the electoral process) was compatible with the maintenance of the constitutionally prescribed system of representative government, the majority found that the means were not appropriate and adapted to achieving this end.

The minority judges dissented on the basis that the limited time period during which eligible persons could enrol to vote following the announcement

¹⁰⁷ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162.

¹⁰⁸ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162.

¹⁰⁹ *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1 [157]-[159]

¹¹⁰ *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1 [384] (Crennan J) (emphasis added).

of an election did not result in the disenfranchisement of eligible voters. There was therefore no need to consider whether the disenfranchisement met the proportionality test established in *Roach v Electoral Commissioner*.¹¹¹ Further, the minority differentiated this case from *Roach*¹¹² on the basis that *Roach*¹¹³ was concerned with the qualification of electors whereas this case was not about qualification but about the permissible procedure for exercising the right to vote.¹¹⁴ This is to be distinguished from the approach of the majority which viewed the procedure for enrolment as having a substantive effect on the right to vote. Another point which influenced the minority judgments was the reality that the plaintiffs could have enrolled to vote (or registered a transfer) any time prior to the announcement of a federal election. The time restrictions only applied after the election was announced. In fact, an eligible voter is not only able to enrol at any time before an election announcement but is obligated by statute to do so. Therefore, in the view of the minority, the plaintiffs disqualified themselves from voting, they could have enrolled before the announcement of the election but chose not to do so; Parliament is not obliged to enable last minute enrolments.¹¹⁵ To quote Kiefel J, there is a “requirement that persons qualified to vote enrol in a timely way, which is conducive to the effective working of the system. No denial of the franchise is involved”¹¹⁶ and to quote Heydon J, the plaintiffs were the “authors of their own misfortunes”.¹¹⁷ Thus the minority disputed the majority’s assertion that the constitutionally prescribed system of representative government requires that Parliament ensures the *maximum* participation by eligible voters.¹¹⁸

The Future of the Right to Vote

Following the cases of *Roach v Electoral Commissioner*¹¹⁹ and *Rowe v Electoral Commissioner*¹²⁰ it seems that the High Court is adopting a broad approach to the interpretation of sections 7 and 24 of the Commonwealth Constitution in the context of the right to vote. Williams and Lynch make the point that

It is hard to see where the limits of this lie. As French CJ stated: ‘all laws of the Commonwealth framework providing for enrolment and for the

¹¹¹ (2007) 233 CLR 162.

¹¹² *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162.

¹¹³ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162.

¹¹⁴ *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1 [186]-[187] (Hayne J).

¹¹⁵ *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1 [210] (Hayne J), [274]-[275] (Heydon J).

¹¹⁶ *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1 [210] (Hayne J), [489] (Kiefel J).

¹¹⁷ *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1 [287] (Heydon J).

¹¹⁸ *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1 [210] (Hayne J), [413] (Kiefel J).

¹¹⁹ (2007) 233 CLR 162.

¹²⁰ (2010) 243 CLR 1.

The right to vote and the Australian Constitution

conduct of elections must operate within the constitutional framework defined by the words “directly chosen by the people”. It is not such a big step to suggest that aspects of how ballots are cast, and in particular the secret ballot, may be constitutionally entrenched. It may also be that the constitutional expression ‘the people’ will be a source of further development. For example, does the constitutional protection of the right to vote of ‘the people’ negate restrictions imposed by the *Commonwealth Electoral Act 1918* (Cth) on the voting rights of Australian citizens living overseas?¹²¹

Further, it seems from the majority judgment in *Rowe*¹²² that there can be no turning back the clock. That once Parliament has legislated to institute an initiative designed to protect or promote a constitutional right, such as the seven day grace period designed to give people more time to enrol to vote, attempts to roll back such initiatives may be deemed unconstitutional.¹²³ This perspective is supported by the recognition of French CJ in *Rowe*¹²⁴ of “the possibility that the constitutional concept would acquire, as it did, a more democratic content than existed at Federation. That content, being constitutional in character, although it may be subject to adjustment from time to time, cannot now be diminished.”¹²⁵ Thus the evolution of the constitutional right to vote may be viewed as an example of the High Court using judicial review as a mechanism for securing and constitutionally entrenching human rights protection in the absence of a Bill of Rights (as discussed in Part B above).

169

CONCLUSION

Everyone agrees that a democracy requires the rule of the people, which is often effectuated through representatives in a legislative body. Therefore, frequent elections are necessary to keep these representatives accountable to their constituents.¹²⁶

Australia is a democracy. Therefore, the right to vote is an integral component of the Australian system of government. In the absence of an express constitutional right to vote, the High Court has nevertheless finally recognized that such a right is essential to ensuring the system of representative government

¹²¹ Williams, G and Lynch, A, ‘The High Court on Constitutional Law: The 2010 Term’ (2011) 34(3) *University of New South Wales Law Journal* 1006, 1011 (citations omitted).

¹²² *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1.

¹²³ Orr, G, ‘The Voting Rights Ratchet: *Rowe v Electoral Commissioner*’ (2011) 22 *Public Law Review* 83, 88.

¹²⁴ *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1.

¹²⁵ *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1 [18] (French CJ).

¹²⁶ Aharon Barak, ‘Foreword: A Judge On Judging: The Role Of A Supreme Court In A Democracy’, (2002) 116 *Harvard Law Review* 16, 38-39.

Ronli Sifris

established by the Commonwealth Constitution. Thus, along with the implied freedom of political communication, the High Court has found that the right to vote is inherent in sections 7 and 24 of the Commonwealth Constitution which require that the Parliament be “directly chosen by the people”. The willingness of the High Court to imply these rights from the text of the Commonwealth Constitution has potentially wide ranging effects. In 2007 the High Court decided that denying all persons serving sentences of imprisonment the right to vote was unconstitutional.¹²⁷ In 2010 the High Court decided that shortening the duration of time in which a person may enroll to vote following the announcement of a pending election was unconstitutional.¹²⁸

Moving forward, it is unclear how wide the High Court will cast this net and exactly what the boundaries of the right to vote will be. Further, it is unclear whether the broad reading of sections 7 and 24 in the context of the right to vote may act as a springboard for other rights to be derived from these sections. For example, for years there has been discussion regarding whether the High Court might be willing to recognize freedoms of movement, association and participation as deriving from sections 7 and 24 of the Commonwealth Constitution and in a number of cases individual judges have expressed the view that such rights exist.¹²⁹ Thus there is a possibility that the right to vote cases will provide renewed impetus to the development of additional constitutional rights and freedoms.

170

Data de recebimento: 28/05/2012

Data de aprovação: 23/09/2012

¹²⁷ *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162.

¹²⁸ *Rowe v Electoral Commissioner* (2010) 243 CLR 1.

¹²⁹ See for example: *Buck v Bavone* (1976) 135 CLR 110 per Murphy J, *Australian Capital Television v Commonwealth* (1992) 177 CLR 106 per McHugh and Gaudron JJ, *Kruger v Commonwealth* (the *Stolen Generation* case) (1997) 190 CLR 1 per Gaudron, Toohey and McHugh JJ, *Mulholland v Australian Electoral Commission* (2004) 220 CLR 181 per McHugh and Kirby JJ.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 147-170, jul./dez. 2012