

DA DEMOCRACIA FORMAL À DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

Rosana Carrijo Barroso¹

Resumo: Este artigo pretende definir democracia como processo de formação da ordem social e também do Estado, a partir do pensamento de Hans Kelsen. O autor fixa dois fundamentos essenciais à democracia: liberdade e igualdade, restringindo-se a concepção formal do regime democrático. Em contra-partida, pretende-se ainda analisar o aspecto substancial da democracia, que pode promover a concretização de outros direitos fundamentais além do direito de participação popular nas decisões de governo, como defende Luigi Ferrajoli.

Palavras-chave: Democracia Formal. Democracia Substancial. Liberdade Política. Representação. Direitos Fundamentais.

Abstract: This article intends to define democracy as an arrangement process of the social order and the State as well, from the considerations of Hans Kelsen. The author presents two essential beddings to the democracy: freedom and equality, restricting itself to the formal conception of the democratic structure. In counterpart, it is still intended to analyze the substantial aspect of the democracy, which is able to promote the concretion of other basic rights beyond the right of popular participation in the government decisions, as Luigi Ferrajoli defends.

Keywords: Formal Democracy. Substantial Democracy. Politic Autonomy. Representation. Basics Rights.

1. Introdução

Este artigo pretende definir democracia como processo da formação da ordem social e também do Estado, a partir do pensamento de Hans KELSEN. Desde logo é mister precisar o caráter extremamente científico do autor que abstrai qualquer conteúdo valorativo em seus escritos. KELSEN trata da democracia essencialmente pelo seu aspecto formal, fundamentada na liberdade política em primeiríssimo lugar e na igualdade como pano de fundo, garantindo apenas a mesma possibilidade de participação de todos os indivíduos no governo.

O ideal de liberdade seria poder viver em sociedade sem a necessidade de submeter-se a ninguém e a nenhuma regra, entretanto essa liberdade anárquica gera insegurança. Logo, o homem precisa atender a uma ordem social que regule suas relações com os demais membros da comunidade, ao mesmo tempo em que deve haver um órgão que centralize o poder. Nada mais adequado ao indivíduo do que obedecer às normas estabelecidas por ele próprio, identificando-se com o Estado. A democracia é a liberdade natural transformada em liberdade política.

Do ideal de democracia, ou seja, o povo sujeitando-se ao povo e a ordem social por ele constituída, o que poderia ser imaginado como democracia direta nos moldes traçados por

¹ A autora é Advogada, especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, especialista em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Estado do Paraná – EMAP e mestrandia em Direito Constitucional na UniBrasil (Linha de Pesquisa: Estado e Concretização dos Direitos: Correlações e Interdependências Nacionais e Internacionais). (rosanabarroso@brturbo.com.br).

Rousseau, é transportado à democracia real. Na democracia real a liberdade obrigatoriamente deve ceder força ao princípio da divisão de trabalho. Impraticável ouvir-se todas as vozes como nas assembléias dos tempos da Grécia antiga. Os cidadãos devem organizar-se em partidos políticos segundo seus interesses comuns e eleger seus representantes para assim formar um parlamento, assumindo o conceito de democracia indireta. Com certeza a idéia original de liberdade é relativizada à representação parlamentar.

Outra constatação se torna irrefutável, não há como concentrar todos os esforços e tarefas burocráticas, decisórias, deliberativas nas mãos do parlamento. A esse é mantida a criação das normas gerais e abstratas, contudo é premente a separação de poderes, delegando aos poderes executivo e judiciário a aplicação das leis oriundas da vontade popular. Outro golpe certo no ideal de liberdade mostrando-se ainda mais distante da realidade.

Como forma de minimizar a falta de legitimidade popular no momento da concretização da lei, ou seja, na execução da norma geral e abstrata, conforme os interesses do povo, em norma individual e concreta, a democracia se socorre do princípio da legalidade e da publicidade.

Da democracia formal à democracia social pautada na igualdade material dos governados, absolutamente repudiada por retratar, segundo Kelsen, uma deformidade conceitual do termo democracia, com intuito maléfico de mascarar os sistemas totalitários. A democracia é um governo do povo e não um governo para o povo, ilusão vendida por déspotas que justificam arbitrariedades em nome do interesse público, conceito indeterminado ou fórmula vazia em que tudo se encaixa facilmente.

Todavia, Luigi Ferrajoli, acena com o ideal de democracia substancial ou também chamada de social como denominada por Kelsen a se referir ao totalitarismo, porém com uma nova proposta, como garantia dos direitos fundamentais positivados nas constituições modernas.

Os direitos fundamentais traduzem o Estado de Direito como limitador do poder da maioria num sistema democrático. O direito político de participação dos cidadãos nas discussões governamentais, base da democracia, é um direito consagrado constitucionalmente como direito fundamental, porém devendo ser ponderado diante de outros não menos importantes direitos fundamentais individuais.

Há um complexo embate entre o poder do povo e sua delimitação, trazendo novamente à tona o relevante papel da fundamentação das decisões judiciais, como forma de justificar as escolhas realizadas por aqueles que aplicam as normas, sejam em conformidade à vontade popular ou contrárias a ela, mas condizente aos direitos fundamentais.

2. A democracia formal de Hans Kelsen

O termo “democracia”, gravado pela teoria política da Grécia antiga, significa “governo do povo” (*demos* = povo, *kratein* = governo). O cerne do fenômeno político denominado pelo vocábulo era a participação dos governados na formação de uma ordem social, e conseqüentemente do Estado. O princípio de liberdade assume o sentido de autodeterminação política. E é nesta concepção que a democracia vem sendo adotada pela teoria política da civilização ocidental.

Democracia é um “governo do povo” e não como alguns sistemas totalitários defenderam e ainda defendem um “governo para o povo”. Um governo do povo supõe sua participação, na criação das normas gerais e abstratas que subordinará toda a sociedade. Distintamente dos governos que concentram todo o poder criativo da legislação nas mãos de uns ou alguns, sob o pretexto de agir em conformidade aos interesses dos demais, numa busca pela igualdade material. Para KELSEN trata-se de uma grande falácia prolatada por déspotas que justificam decisões arbitrárias com fórmulas vazias como “para o bem comum” ou “interesse público”, conceitos indeterminados em que atrocidades são facilmente ajustadas.

Liberdade e igualdade são os valores predominantes da democracia, a garantir influência dos indivíduos na formação da ordem jurídica a qual estará subordinado, assim como o Estado. A igualdade é referenciada sob o aspecto meramente formal, ou seja, como idêntica possibilidade de todos os indivíduos de se autodeterminarem. Norberto BOBBIO chama de *isogonia*, a igualdade de natureza ou de nascimento, que torna todas as pessoas iguais e igualmente dignas de governar².

O objetivo da democracia, segundo KELSEN, não é a eficiência do governo, incluindo a melhora da vida de seus cidadãos – traduzido na promessa, então, de igualdade material, e sim garantir a máxima liberdade. Isto fica claramente evidenciado pelo fato da igualdade material – não a igualdade política formal – poder ser realizada tão bem ou talvez melhor em regimes ditatórias, autocráticos, do que em regime democrático.

O maior fundamento da forma de governo democrática, acrescenta BOBBIO, é o pacto negativo de não-agressão entre os cidadãos socialmente integrados e o dever de obediência às decisões coletivas (pacto positivo). O primeiro retira o indivíduo do estado de natureza, enquanto o segundo funda uma sociedade civil, ou Estado³.

² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 378.

2.1. Definição de democracia

KELSEN ao estudar o fenômeno democracia manteve uma postura totalmente científica, assim como agiu quando escreveu Teoria Pura do Direito, desprovida de qualquer preocupação axiológica. Sua intenção era apresentar a estrutura dessa forma de governo, aplicável a qualquer ordem jurídica, como técnica possível de produção de normas da ordenação, em que se caracteriza pela “identidade entre governantes e governados, entre sujeito (pluralidade de indivíduos constituindo uma unidade - sentido normativo) e objeto do poder (todos os indivíduos submetidos às normas), governo do povo sobre o povo”⁴.

Analisa todos os elementos componentes da democracia, a começar pelo povo como grupo de pessoas unidas por interesses comuns e passíveis de influência política (potência prática)⁵, então como partidos políticos⁶. Esses representados por um parlamento eletivo a partir do sufrágio universal e livre – abarcando o maior número possível de eleitores e tomando como método o sistema proporcional, com a finalidade de aglutinar representantes dos diferentes partidos e assim parcelas importantes da sociedade. Como fator relevante, discorre sobre o princípio da maioria, forma de votação que predomina nas decisões parlamentares.

O princípio da maioria tem como objetivo central, impedir o domínio de uma específica classe social, na medida em que a relação dialética entre maioria-minoria é altamente dinâmica, alternando a cada decisão proposta. Quanto maior o número dessa maioria, mais próxima estará a vontade individual de sua concretização.

Por outro lado, a minoria poderá constantemente estabelecer compromissos visando o mais alto grau possível de liberdade política. Hans KELSEN sugere até uma nova nomenclatura ao princípio da maioria, princípio majoritário-minoritário⁷, justamente porque reflete uma inabalável acomodação de opiniões divergentes em favor de soluções que as une. O princípio da maioria se revela como um princípio de compromisso, de compensação das antíteses políticas⁸.

³ Ibid., p. 384-385.

⁴ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35.

⁵ Ibid., p. 42.

⁶ “Partidos políticos são, segundo KELSEN, órgãos de formação da vontade do Estado.” Ibid., p. 39.

⁷ Ibid., p. 70.

⁸ Id.

Qualquer integração social, em última análise, só se torna possível em razão da tolerância recíproca patenteadas pelos compromissos assumidos numa perfeita coalizão partidária, não como um mal, mas um avanço.

2.2. Características que distinguem a democracia da autocracia

A democracia tem características próprias que a coloca em vantagem como forma de governo se comparada à autocracia em que o governante representa uma autoridade de valor absoluto e superior aos governados, que a eles é imposto. Não se submete à ordem social e muito menos a críticas.

Diferente da posição relativa do governante em um sistema democrático, o qual é imanente à comunidade e não a ela transcendente, com mandato e competência limitados, subordinado à ordem social e por ela responsável; eleito por breves períodos; designado por meio de um processo racional e publicamente controlável.

O governo democrático é dinâmico, possibilita a ascensão de qualquer membro da comunidade à posição de governante e objetiva constituir uma comunidade de iguais, tendo como princípio o ajustamento harmônico.

Sem dúvida nenhuma, a democracia parece ser um organismo racional do poder político, enaltecendo a liberdade como direito político do cidadão, promovendo o debate de interesses díspares, consolidando a integração partidária e construindo uma ordem social progressista. Entretanto, Hans Kelsen, alerta sobre alguns detalhes que poderiam ser aprimorados, como, por exemplo, o incentivo de maior participação direta do eleitor em questões pontuais da vida cotidiana, por meio do referendo, do plebiscito ou da iniciativa popular, todas já implementadas na Constituição de 1988⁹, mas ainda de utilidade inexpressiva.

A imunidade parlamentar no Brasil é um privilégio absurdo, tornando o mandato parlamentar um escudo para a impunidade, sem qualquer justificativa, devendo ser motivo de campanhas populares para sua breve supressão.

E a fidelidade partidária, na qual vincula o mandato eletivo ao partido político e conseqüentemente a mudança de partido retira do mandatário o direito de representação do

⁹ Art. 14/CF.1988. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

eleitor é a mais coerente medida dentro do esquema democrático, que felizmente é tema de vários projetos de lei.

A liberdade política é uma conquista que deve ser preservada e alimentada por um sentimento cívico, ainda meio latente na cultura brasileira, que instiga os cidadãos a dedicarem parte de seu tempo à vida pública e não tão-somente aos seus interesses privados.

2.2. Perda de autonomia da idéia democrática à realidade

A autodeterminação do indivíduo perde força gradativamente durante o percurso da democracia ideológica à democracia real ao passo que parte da liberdade de autogovernar-se de maneira direta, sendo chefe de si mesmo, aos estágios subseqüentes da representatividade por um parlamento, no qual a liberdade se reduz a um voto, cedendo lugar à divisão de trabalho. É óbvio que um governo autocrático também conta com assessores, mas estes são nomeados e desempenham função consultiva, distinta dos parlamentares que são escolhidos pelo povo para que exerçam função deliberativa em seu nome.

Não obstante, o parlamento restringir a autodeterminação dos indivíduos, é um procedimento antitético-dialético que permite a contraposição de teses e antíteses dos diversos interesses políticos apresentados por seus mandatários resultando numa síntese. Assim a decisão majoritária prevalece, sobreponde-se a todos.

Outra quebra ainda mais danosa à liberdade política, é a incontornável separação dos poderes, incidindo na delegação de competências entre órgãos executivos, como judiciários, que aplicarão as leis criadas pela vontade popular. Não há como evitar uma grande margem discricionária nas tomadas de decisões, já que as normas são abstratas e gerais na sua origem. A eleição, como método de escolha dos chefes, minimiza um pouco o distanciamento do poder de ingerência do povo no governo, embora não se possa, no Brasil, eleger juizes.

Na medida em que o poder soberano dos cidadãos vai se ramificando em órgãos distintos e mais longínquos dos seus olhos, o controle da discricionariedade é premente numa conscientização do déficit democrático entre a legislação e a execução. Nesse momento, a democracia socorre-se dos princípios da legalidade e da publicidade dos atos decisórios, destacando imensa importância à motivação das decisões judiciais, assim como a conceitos como validade e eficácia da norma, que serão tratados adiante.

Outro fator importantíssimo dentro de uma democracia é a suposta vulnerabilidade da minoria discordante da vontade geral que apesar de estar mais bem representada no

parlamento com a adoção do sistema proporcional, ainda assim sempre se encontra em desvantagem.

Sob o prisma estrutural idealizado por Hans Kelsen, a minoria pode contar com a proteção dos direitos fundamentais positivados nas constituições modernas, afirmando a soberania popular como uma ideologia, que por vezes, não corresponde à realidade. A democracia não se coaduna com verdades absolutas ou valores incontestáveis é, ao contrário, um exercício cotidiano de tolerância, compromissos e integração política, a fim de alcançar soluções mais razoáveis e oportunas.

Mesmo um sistema democrático não pode prescindir jamais do controle e limitação verificados no Estado de direito, estando exposto ao perigo de sucumbir em uma ditadura da maioria. Maioria, essa, muitas vezes equivocada, enganada pelo poder econômico, encantada pelo carisma de líderes demagogos, ludibriada pela imprensa ou amedrontada pelos perigos reais e imaginários. São episódios em que a maioria, sob pretextos dos mais diversos ou até perversos, atacam direitos fundamentais dos indivíduos-monstros criados pela mídia ou por pura desatenção. Na verdade, são indivíduos que vivem à margem do mercado de consumo, mas existem, estão lá, como um estorvo.

O desejo da maioria não pode suplantar os limites constitucionais dos direitos fundamentais, previstos por uma ordem maior, também democrática, o poder constituinte do Estado.

3. A democracia e os direitos fundamentais

A democracia, como já salientado, assegura a liberdade política, constituindo um direito fundamental, entretanto esse poder é limitado por outros direitos fundamentais que são talvez mais caros ao indivíduo. Os direitos fundamentais são anteriores a formação do Estado, pois inerentes ao homem, já fartamente exaltados pelo Direito Natural. Luigi Ferrajoli os coloca, desse modo, como fundantes do Estado, devendo vincular toda legislação.

O Estado Democrático de Direito convive em situação de conflito permanente entre o Estado de Direito e o Estado Democrático. De um lado o poder “ilimitado” do povo e de outro a premissa dos direitos fundamentais. Jorge Reis Novais concebe os “direitos fundamentais como trunfos contra a maioria”¹⁰, mas não deixando de prever a devida

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 107.

ponderação entre direitos fundamentais e outros bens não menos importantes e ancorados por princípios ou interesses jusfundamentais.

Os direitos fundamentais são um remédio contra o poder exacerbado do Estado e da ordem social, como criaturas do poder soberano do povo, então, criador, e a favor do indivíduo frágil e submisso à mesma ordem social violenta e um Estado hostil.

4. A democracia substancial de Luigi Ferrajoli

Luigi FERRAJOLI, ao contrário de Hans KELSEN, direcionou seus estudos não na democracia como modelo de formação da ordem social, em caráter estritamente formal, mas sim num modelo normativo de direito, o qual batizou de Garantismo¹¹. Distintamente da democracia tida como forma de exercício de poder coloca o garantismo ou Estado de Direito como estrutura do poder, entendido como sistema de limites substanciais, que se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático.

O fenômeno da constitucionalização positivou os direitos naturais separando o direito da moral e definindo regras de caráter normativo estatal e jurídico como base do exercício de poder e à manutenção do Estado, tomando os direitos fundamentais como fundantes do Estado e não fundados pelo Estado.

Assevera que a democracia formal ou política surgiu num segundo momento histórico, como o “Estado político representativo”, isto é, tomando o princípio da maioria como fonte de legalidade, disciplinando as formas de expressão da soberania popular a estabelecer “quem” decide e “como” se decide num arcabouço de competências e procedimentos;

Para tanto, resgatou a distinção protagonizada por Norberto BOBBIO¹² quanto ao Estado de Direito como um governo *sub leges* em sentido fraco, ou seja, um governo submetido às leis no aspecto meramente formal, regulado procedimentalmente. E num sentido

¹¹ Designa não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: RT, 2002, p. 688).

¹² Ibid., p. 687.

forte, alargando a submissão dos atos governamentais a uma ordem normativa limitadora e condicionante de seus conteúdos, assumindo, então, um aspecto substancial.

Nesse quadro o autor italiano sugere a subdivisão dos direitos fundamentais em liberais e sociais. Os direitos fundamentais liberais são os direitos negativos do indivíduo, aqueles que impedem interferência estatal na vida dos cidadãos e objetiva apenas não piorar ou regredir a situação individual dos governados. Não reclamam qualquer prestação do Estado.

Os direitos fundamentais sociais ou de caráter positivo, requerem ações concretas do Estado, objetivando ganhos nas condições de vida dos governados, enquanto gera obrigações e custos proporcionais ao governo.

Sem dúvida esse arquétipo idealizado por FERRAJOLI, muda consideravelmente a legitimação do poder e do Estado. Pensou na democracia substancial ou social como o “Estado de direito” dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais, a exigir uma atitude mais incisiva daqueles responsáveis pela execução das normas e um maior comprometimento com o resultado final obtido.

O princípio da legalidade perde o sentido de mera fiscalização da validade formal das normas, apreendida quando todos os poderes dos sujeitos titulares são legalmente predeterminados, bem como as formas de exercício; avocando um sentido restrito ou de validade substancial, a ordenar que lhe sejam legalmente preordenadas e circunscritas, mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão¹³.

Trata-se de estruturar o poder, estabelecendo as regras sobre “o que se deve ou não se deve decidir” democraticamente. Tem-se como regra do Estado Liberal que “nem sobre tudo se pode decidir”, nem mesmo a maioria, constituindo obstáculos ao poder punitivo do Estado frente à liberdade individual. E como regra do Estado Social que “nem sobre tudo se pode não decidir”, nem mesmo a maioria, em perfeita sintonia com a expansão de direitos dos cidadãos. Sinteticamente, conclui o autor garantista: “Estado liberal mínimo e ao mesmo tempo como Estado social máximo”¹⁴.

O princípio da democracia política, relativo a quem decide, é, com certeza, submetido aos princípios da democracia social, relativos ao que não é lícito decidir e ao que não é lícito não decidir¹⁵.

¹³ Ibid., p. 694.

¹⁴ Ibid., p. 695.

¹⁵ Ibid., p. 694.

Nesse novo cenário, os princípios da legalidade e da publicidade adquirem ainda mais relevância, pois traduzem além da efetiva correspondência da vontade popular desde a criação legislativa à execução da ordem normativa no caso concreto, numa demonstração de legitimidade política, colocar à prova o caráter do direito imposto, garantista ou arbitrário.

A validade da norma deixa de ser exclusivamente com relação à observância de regras procedimentais e de competência, revelando-se ao respeito incondicional pelo conteúdo do ordenamento, ou ainda, a correspondência substancial entre o conteúdo normatizado e os limites existentes no ordenamento pelos direitos fundamentais.

As Cortes de Cassação, numa perspectiva juspositivista crítica¹⁶, ficam responsáveis pela conformação das sentenças e acórdãos com o texto constitucional e os direitos fundamentais, aconselhando, quando necessário, o próprio legislador na adequação da legislação infraconstitucional, sendo explicando-lhe a incoerência da norma ou antinomias, como apontando as lacunas ou não completude da lei vigente, porém inválida.¹⁷ O fato de a norma estar vigendo no ordenamento jurídico não deixa incontestável sua validade, já que para ser válida deve estar em sintonia com a lei maior, a constituição do Estado, este dito de direito. A qualidade de validade da norma deve ser constantemente colocada à prova, eis que não é definitiva.

Os juizes por meio do controle de constitucionalidade difusa têm o dever-poder de expor as disparidades entre legislação e execução, porém sob o risco de violação de sua competência funcional, é mister que toda prestação jurisdicional seja fartamente fundamentada. A motivação judicial deve ser dirigida à opinião pública com requinte argumentativo, cujo discurso deva ensejar a adesão de destinatários, a princípio hostis, pois previamente deslumbrados pela retórica avessa aos direitos fundamentais.

¹⁶ “Juspositivismo crítico é uma teoria que se configura principalmente como crítica ao direito positivo vigente, não meramente externa ou política, mas interna ou jurídica, porque voltada aos seus delineamentos de não efetividade e de invalidade.” Em contraposição ao Juspositivismo dogmático que o autor identifica como “toda orientação teórica que ignora o conceito de vigor das normas como categoria independente da validade e da efetividade: sejam os ordenamentos normativos, que assumem como vigentes somente as normas válidas; sejam os ordenamentos realistas, que assumem como vigentes apenas as normas efetivas.” (Ibid., p. 699-700.)

¹⁷ “A tarefa do jurista, em uma perspectiva juspositivista de tipo crítica, não é ainda aquela de sistematizar e reelaborar as normas do ordenamento para apresentá-las com uma coerência e uma completude que efetivamente não têm, mas, ao contrário, de explicar-lhes a incoerência e a não completude mediante juízos de invalidade sobre aquelas inferiores e correlativamente de não efetividade sobre aquelas superiores. É assim que a crítica do direito positivo, sob o ponto de vista do direito positivo, tem uma função descritiva das suas antinomias e das suas lacunas, e ao mesmo tempo prescritiva da sua auto-reforma, mediante invalidação das primeiras e integração das segundas.” (Ibid., p. 704.).

A decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁸ na qual reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990 (lei dos crimes hediondos) num caso concreto, é um exemplo recente do devido posicionamento dos ministros da mais alta Corte Constitucional diante do poder da maioria. Obviamente não foi uma determinação arbitrária ou imposta aos cidadãos brasileiros, mas enriquecida com argumentos jurídicos sólidos e coerentes com o Estado de Direito, em que contrastaram a impossibilidade da progressão de regime aos condenados por crime hediondo com o princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental violado pela legislação. É um afronte exemplar à validade substancial, nos termos defendidos por FERRAJOLI, em que uma norma é vigente, já que atendeu ao procedimento legislativo, contudo, inválida por nítida oposição ao conteúdo previsto na Constituição.

4.1 A motivação no ordenamento brasileiro

Não obstante as Ordenações Afonsinas e Manuelinas já trazerem prescrições sobre a motivação, bem como posteriores portaria (31 de março de 1824) e regulamento (737 de 1850), os juizes brasileiros relutaram e até hoje relutam em observar tal determinação.

Somente com o Código de Processo Penal¹⁹ – Decreto-lei 3.689, de 1941 ressurgiu no ordenamento jurídico pátrio, a exigência da indicação dos motivos de fato e de direito, como requisito formal da sentença judicial (art. 381²⁰), sob pena de nulidade absoluta (art. 564²¹).

A Constituição Federal de 1988²² consagra, enfim, como garantia constitucional, o dever de motivação de todas as decisões judiciais²³, colocando definitivamente num passado

¹⁸ HC 82.959.

¹⁹ Conforme exposição de motivos: A sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do livre convencimento do Juiz, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento. No caso de absolvição, a parte dispositiva da sentença deve conter, de modo preciso, a razão específica pela qual é o réu absolvido. É minudente o projeto, ao regular a motivação e o dispositivo da sentença. (Código de Processo Penal)

²⁰ “A sentença conterà: ... III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;”

²¹ “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: ... III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: ... m) sentença;”

²² Pode-se considerar tardia se comparada à primeira Constituição do ano III (1795) que em seu art. 208; “Les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée”, evidenciou a dignidade do dever de fundamentar as decisões. Id., p. 63.

recente e ditatorial, ações contrárias ao Estado de direito. Tendo como exemplo, a previsão do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, baseada na Emenda nº.1, de 1969, que conferia à Suprema Corte o poder de decidir a argüição de relevância de questão federal, em sessão secreta e desmotivada²⁴.

Importante sublinhar a amplitude do dever judicial de motivar que se refere o texto constitucional: a **todas as decisões** (grifos nossos). A qual demonstra grande senso de oportunidade do constituinte em vincular tal exigência a todo e qualquer pronunciamento jurisdicional que carregue uma carga, ínfima que seja, de decisão²⁵. Pois, como é cediço toda decisão jurisdicional tem força coercitiva para alterar a vida daquele a quem se destina, impondo sua adesão.

A determinação encaixa-se perfeitamente ao sistema intermediário preconizado pelo direito moderno, o qual delega maior poder de decisão aos julgadores em contrapartida ao devido embasamento jurídico e fático. Juarez FREITAS acrescenta que, havendo um direito afetado, este obrigará os juízes no exercício da tutela jurisdicional (e aos Tribunais, inclusive, no âmbito de suas decisões administrativas) a explicarem meticulosamente a razão, sob pena de nulidade dos atos realizados, sejam os propriamente vinculados ou de discricionariedade vinculada.²⁶

Em sistemas como o brasileiro, nos quais os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, inexistente vinculação entre eles e a maioria democrática, como ocorre com os membros do Poder Legislativo. Não têm seus atos submetidos ao controle hierárquico adotado pela Administração Pública, como são os funcionários subordinados ao Chefe do Poder Executivo. Logo, é natural que o modo como exercem a função jurisdicional, seja fiscalizado instrumentalmente pela sentença motivada e pública, como justificação de suas ações estatais com legitimidade democrática. Vista sob este ângulo, a motivação adquire conotação que transcende o âmbito do processo, situando-se no ponto elevado da política²⁷.

²³ “Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (grifos nossos).

²⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 70-71.

²⁵ Id.

²⁶ GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). **Lições de Direito Administrativo**: estudos em homenagem a Octavio Germano. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 24.

²⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 79-81.

A opinião pública cada vez mais esclarecida e consciente da sua participação política exigirá uma decisão razoável para o caso, dentro do melhor juízo. O caráter desarrazoado de uma escolha judicial atenta mais a critérios sociológicos do que meramente jurídicos²⁸, pois muitas vezes inaceitável ou oposta ao sentimento de uma comunidade.

5. Conclusão

Hans KELSEN desenhou o modelo de forma de governo democrática, assim como fez com o Direito, estrutura composta de elementos bem determinados e com funções específicas: povo, partidos políticos, parlamento, princípio da maioria, compromisso, integração política, direitos fundamentais, princípio da legalidade e da publicidade.

Apresentou o padrão democrático, fixou seus fundamentos: liberdade e igualdade formal; alertou aos perigos; sugeriu aperfeiçoamentos quanto à legitimidade e impôs seus limites: os direitos fundamentais. Deixou a cargo dos titulares do poder de formação e construção da ordem social e do Estado, a escolha de seu destino.

Cabe exclusivamente a sociedade preencher a moldura arquitetada por KELSEN, seja por um direito extremamente castrador, restringindo a liberdade de seus membros em favor de maior sentimento de segurança. Ou, optando por um direito garantidor que amplia a liberdade individual e abrevia o poder punitivo do Estado, em uma busca incessante aos direitos consagrados constitucionalmente: educação, saúde, moradia e tantos outros.

A democracia é a forma de governo mais adequada porque instiga a discussão, o debate, sucessão de tentativas, erros e acertos, avanços e retrocessos numa constante espiral de progresso social. Enquanto que os direitos fundamentais são a salvaguarda do poder ditatorial da maioria, direcionando a vontade popular dentro do limite normativo do Estado Constitucional.

Para que a democracia efetivamente se desenvolva como forma de governo é premente maior e melhor participação popular, no sentido de aprimorar o poder político do povo, sendo com a educação, a politização, o civismo, a informação, a cultura e principalmente com sentimento constitucional. Sentimento este que, segundo Pablo Lucas VERDÚ

consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com a intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento

²⁸ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 566.

exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência.²⁹

O Estado democrático de direito fundado em direitos naturais inerentes ao homem e o protegendo do próprio Estado deve permear todas as decisões majoritárias ou submetê-las ao crivo constitucional quando abusivas.

O magistrado assume, sob esse prisma, o dever-poder de respeitar os direitos fundamentais³⁰, assim como de insurgir-se em face de normas que o violem, deixando de aplicá-las (exercendo seu poder discricionário de disposição). Tomadas, por empréstimo, as palavras de Ingo Wolfgang SARLET,

os atos judiciais que atentem contra os direitos fundamentais poderão constituir objeto de controle jurisdicional, fiscalização esta que, entre nós, é exercida, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, na condição de autêntica Corte Constitucional, a quem incumbe, na medida em que ele próprio vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais, não apenas a guarda, mas o próprio desenvolvimento da nossa Lei Fundamental.³¹

É de clara percepção a importância da validade da norma³². E essa validade só pode ser avaliada diante de uma sentença fartamente fundamentada, enriquecida com argumentos de fato e de direito que traduzam um raciocínio jurídico lógico do julgador, comprometido com o sentimento constitucional.

O processo democrático é dinâmico, relativista e crítico, formando um círculo virtuoso de amadurecimento político, sempre harmonizando novos valores sociais aos já consolidados na Constituição Federal.

6. Referências bibliográficas

²⁹ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 75.

³⁰ O direito em geral é um “artifício” criado pelo homem e para o homem, como seu instrumento. Natural não é o Estado ou o poder, mas as pessoas e as suas necessidades vitais. Direitos “inatos” ou “naturais”, para além da metafísica jusnaturalista onde foram concebidos, significam precisamente direitos “pré-estatais” ou “pré-políticos”, no sentido de que não são fundados por aquela criatura que é o Estado, mas são “fundamentais” ou “fundadores” de sua razão de ser, como parâmetros externos e objetivos de sua organização, delimitação e disciplina funcional. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 707.)

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 398.

³² Conceituada por Luigi Ferrajoli como o respeito pelo conteúdo do ordenamento, ou ainda, a correspondência substancial entre o conteúdo normatizado e os limites existentes no ordenamento (direitos fundamentais). (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 701.)

- ACKERMAN, Bruce. **Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALEXI, Robert. **Teoria da argumentação jurídica.** São Paulo: Landy, 2001.
- ATIENZA, Manuel. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. **As razões do direito.** 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito.** São Paulo: Atlas, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia.** Rio de Janeiro : Forense, 2007.
- DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional.** São Paulo: Landy, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da Prisão; Tradução Raquel Ramalhte.** 26. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão.** São Paulo: RT, 2002.
- GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). **Lições de Direito Administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.
- KELSEN, Hans. **A democracia.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **O problema da justiça.** Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins, 1998.
- _____. **Teoria pura do direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- MACIEL, Katherinne de Macedo Mihaliuc. **Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados**: Estudos em face de um Paradigma Constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**: Anotações Nucleares. Curitiba: Juruá, 2001.
- _____. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.