

# A força da democracia além das instituições

---

**Cleucio Santos Nunes**

Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UNB). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos. Vice-Presidente Jurídico dos CORREIOS, Membro da Comissão Especial de Direito Tributário do Conselho Federal da OAB. Professor do Centro Universitário do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB) e do Centro de Ensino Unificado de Brasília (CEUB).

**Resumo:** O presente artigo pertence ao campo do direito e da ciência política, tendo por objetivo discutir o jogo de forças políticas entre o parlamento, partidos políticos e o Poder Judiciário em busca de uma *última palavra* sobre o dissenso na democracia. Deliberações parlamentares referentes a direitos constitucionais podem ensejar divergências entre os partidos que dão sustentação ao Governo e os partidos de oposição, ainda que tais deliberações tenham como pano de fundo a promoção de políticas sociais, igualdade e justiça distributiva. A disputa pelo poder às vezes leva o dissenso ao Poder Judiciário a fim de que possa arbitrar solução institucional que atenda aos interesses dos grupos políticos opositores. Nem sempre a decisão judicial é imediata e o tempo entre a propositura da demanda e a sua solução será absorvido pela efetividade da lei, especialmente quando seu conteúdo estiver alinhado a princípios democráticos e de justiça distributiva.

**Palavras-chave:** Democracia. Política. Dissenso. Igualdade.

**Sumário:** Introdução – 1 Um exemplo do problema – 2 Percepções de democracia – 3 Necessidade de um *ponto final* ao dissenso democrático – 4 Satisfações democráticas e o confronto com regras constitucionais estruturadoras do sistema jurídico – Considerações finais – Referências

## Introdução

Não são poucos os episódios recentes nos quais omissões do Poder Legislativo em regulamentar direitos previstos na Constituição Federal causam fissuras nas expectativas de que um texto constitucional é manancial de direitos em constante emanção. Igualmente, o Poder Executivo, diante da inércia legislativa, pode valer-se de sua competência de iniciar o processo legislativo, mas também tem deixado de tomar essa iniciativa diante de grandes temas de interesse nacional. A hesitação ou o debate interminável de matérias no âmbito dessas instituições resulta na não entrega dos direitos constitucionais e estimula entidades da sociedade civil a procurar o Poder Judiciário para que este garanta a efetividade de direitos constitucionalmente previstos. Em geral, os pleitos judiciais invocam direitos fundamentais os quais, embora possuam a

característica da autoaplicabilidade em sentido lato, normalmente dependem de regulamentação legal dos detalhes para sua efetivação. A resposta do Poder Judiciário, no fundo, é dirigida também a toda a sociedade, menos para resolver o caso concreto, mas muito mais para produzir efeitos abstratos e futuros, o que se alcunhou de ativismo judicial.

O Poder Judiciário, por sua vez, não tem se feito de rogado. Na maioria dos casos de reluzente visibilidade o pronunciamento da Suprema Corte brasileira preencheu espaços vazios deixados pela omissão dos demais poderes. Foi assim nos julgamentos dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712. Estes precedentes trataram do direito de greve dos servidores públicos.<sup>1</sup> Para ficar com mais alguns exemplos nessa linha de abordagem, não foi diferente o caso do reconhecimento da união homoafetiva, do aborto de portadores de anencefalia e da perda do mandato decorrente da troca de partidos políticos.<sup>2</sup>

Essa demanda frequente das grandes questões nacionais estimulou Vieira a nomear o fenômeno com o neologismo *supremocracia* (2008, p. 445).<sup>3</sup>

Neste artigo trabalharei com um caso singular referente à iniciativa do Poder Executivo federal de efetivar direitos constitucionais sociais por meio da descentralização de recursos orçamentários da União para estados e municípios. A tomada dessa decisão pelo Executivo é resultante da omissão do Legislativo de regulamentar diretriz que permitiria o debate parlamentar prévio sobre os critérios que os entes federados deveriam observar para o recebimento dos recursos orçamentários. A inércia legislativa certamente estará por traz de toda a controvérsia que será exposta, de modo a revelar uma estratégia do jogo de poder político. No entanto, a iniciativa do Poder Executivo foi questionada perante o Poder Judiciário em sua mais alta corte por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3967). O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não decidiu a matéria até o momento, embora a ADI tenha sido ajuizada em 2007. Os autores da ação pediram o deferimento de liminar, pois a matéria, em tese, demandava pronunciamento urgente do judiciário, por se tratar de Medida Provisória, mas o pleito de urgência foi indeferido.

No ponto, fica a indagação, se há riscos à democracia quando a omissão sobre a solução de controvérsia em torno de direitos constitucionais ocorre também no âmbito do poder judiciário. A inação da justiça seria uma espécie de *antiativismo* judicial? Por outro lado, a ação do Poder Executivo diante da

<sup>1</sup> Mandado de Injunção nº 670, Rel. Min. Maurício Correa, Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25.10.2007.

<sup>2</sup> Os precedentes originais dos mencionados exemplos são: o caso da união homoafetiva (ADPF nº 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5.5.2011); o caso do aborto de portadores de anencefalia (ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 12.4.2012); o caso da perda do mandato decorrente da troca de partido (MS nº 26.604, Rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 4.10.2007).

<sup>3</sup> Vieira defende dois sentidos para o termo *supremocracia*. Segundo o autor, a primeira acepção para o termo é explicável pela posição de prevalência do STF sobre os demais órgãos do Poder Judiciário, de modo que atua praticamente como uma última instância; a outra acepção da palavra tem a ver com a prevalência das decisões da Suprema Corte sobre as deliberações dos demais poderes (2008, p. 445).

inércia do legislativo poderia ser considerada outra forma de ativismo político institucional? Quando a questão for a efetivação de direitos constitucionais é relevante às expectativas democráticas que as iniciativas somente se deem pelos órgãos aos quais o ordenamento constitucional previu as competências de iniciativa? Atenta contra a democracia e consequentemente à separação dos poderes o ativismo de instituições umas sobre as competências das outras?

### 1 Um exemplo do problema

A Medida Provisória nº 387, de 31.8.2007, convertida na Lei nº 11.578, de 26.11.2007, dispôs basicamente sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC.

De acordo com o artigo 2º da Lei foi criado no âmbito do Poder Executivo o Comitê Gestor do Programa de Aceleração do Crescimento – CGPAC, encarregado de discriminar as ações do PAC que seriam executadas por meio de transferência obrigatória. O artigo 3º da mencionada norma estabeleceu os requisitos que deveriam ser observados pelos entes federados para que pudessem ter acesso aos recursos orçamentários que seriam descentralizados. Tais requisitos teriam que constar de um *termo de compromisso* declarado pela Lei como condição prévia para a efetivação da transferência.

Ainda em relação ao caso, dois partidos políticos que faziam oposição ao Governo Federal decidiram questionar a constitucionalidade da Medida Provisória perante o Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, a validade constitucional da Lei de conversão, propondo a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3967. Tais partidos políticos alegaram, em suma, que a norma em comento teria violado dispositivos constitucionais que outorgam à Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO – a função de definir regras para transferências de recursos aos entes federados. A LDO, em razão de se tratar de lei de natureza orçamentária não poderia ser objeto de Medida Provisória por força da vedação prevista no artigo 62, §1º, I, “d” da Constituição Federal. Além disso, alegaram que a Medida Provisória teria deslocado indevidamente à União o poder de impor prioridades nas transferências legais de recursos orçamentários, função que compete precipuamente ao Congresso Nacional.

De forma indireta, a ADI proposta levanta questões que calam fundo nas estruturas básicas do federalismo fiscal e, consequentemente, do regime democrático. Isso porque, se o sistema federado é desenhado pela Constituição, a interpretação das regras que o efetivam traz à tona noções e percepções da tradição democrática que não podem ser depositadas.

Nesse sentido, os artigos 2º e 3º da Lei levantam a indagação se no caso das transferências de natureza obrigatória o acesso aos recursos orçamentários poderia ficar a cargo de decisão única do Poder Executivo federal. Outro ponto questionado, tratando-se de recursos financeiros públicos, uma vez que decorrerem do Orçamento Geral da União – OGU, em boa parte composto

de receitas fiscais arrecadadas de toda a sociedade na forma de tributos, seria legítimo somente o Poder Executivo federal decidir a qual ente federado cabe essa ou aquela parcela do orçamento para transferência obrigatória? Dentre diversos requisitos constantes do *termo de compromisso*, chama a atenção o primeiro deles: a identificação do projeto. A escolha de um projeto a ser apoiado pela União poderia ficar a cargo de um Comitê Gestor, vinculado a Casa Civil da Presidência da República, ou essa escolha resultaria da análise de critérios técnicos definidos em lei? Note-se que todas essas questões nascem de uma premissa: a omissão institucional. Caso existisse lei definindo as prioridades para a transferência obrigatória de recursos do OGU talvez toda a controvérsia residente neste texto tivesse sua importância mitigada. Tais definições serviriam para a escolha de projetos prioritários de alcance social ou de infraestrutura, mas diante da ausência de parâmetros gerais, a Medida Provisória, e posteriormente sua lei de conversão, preencheu o espaço institucional vazio para atender demandas sociais urgentes.

Por outro lado, é difícil enrijecer critérios e definir projetos em uma espécie de lei geral. Em um país com profundas carências sociais por suprir, o debate a respeito de competências constitucionais entre os poderes, ou as dificuldades na elaboração de padrões normativos que alcancem idealmente a efetivação de direitos constitucionais, especialmente os dependentes de recursos orçamentários para sua execução, não pode ignorar a urgência no atendimento dessas carências. Nessa ordem de ideias, as demandas levadas ao judiciário para solução institucional desse tipo de controvérsia contêm em seu âmago conjunto de expectativas que visam *politizar* o debate no foro judicial. A função do Poder Judiciário adquire certa ambivalência, talvez resultante de consequências naturais da demanda. Tal ambivalência se verifica, primeiramente, em um ponto extremo da questão que é o exame jurídico de normas constitucionais de competência que estruturam o sistema orçamentário; em segundo lugar, procura-se saber se carências da sociedade supridas com recursos orçamentários oriundos do OGU podem ser postergadas para outro momento, isto é, depois de solucionada a questão constitucional sobre competências. Na sequência desse questionamento, outro ponto emerge como resultante dos fatos e não exatamente da interpretação das normas, qual seja, a longa demora do judiciário no julgamento desse tipo de matéria. A espera conduz a uma pergunta inevitável: a conversão da Medida Provisória em lei, conjugada com a falta de decisão da justiça, reduz a ameaça de risco à democracia?

Minha pretensão neste estudo não visa responder, objetivamente, todas as questões formuladas anteriormente. Quero aprofundar os pontos sobressalentes do federalismo, da promoção dos direitos sociais e do direito constitucional, dispersos nas questões ventiladas acima, com alguns elementos da ciência política, tendo como pano de fundo o caso aludido. Meu instrumental teórico prioritário serão questões áridas debatidas no âmbito da ciência política e seu entroncamento com o direito.

Desses objetivos fluem algumas hipóteses. A primeira tem a ver com as percepções de democracia (e não exatamente uma definição) a partir da leitura dos postulados morais que compõem sua noção comum na atualidade. A segunda, diz respeito à necessidade de se buscar uma instituição para colocar o ponto final no dissenso democrático, função normalmente atribuída ao Poder Judiciário, especialmente à Corte Suprema, e se a revisão judicial é sempre instrumento eficiente para a afirmação de direitos constitucionais. A última questão figura como interseção entre as demais, pois busca demonstrar, no caso concreto, que as satisfações sociais viabilizadas por meio de leis podem transcender a pronunciamentos judiciais, mormente quando a decisão tiver que dirimir a conformidade das leis às regras constitucionais estruturadoras do sistema jurídico.

## 2 Percepções de democracia

Remonta a períodos longínquos a noção de que os povos podem auto-governar-se, isto é, sem a necessidade de uma entidade extrínseca, surgida magicamente, e com a capacidade de ditar regras e diretrizes de como um grupo social terá que conviver. A noção básica de democracia teria sido descoberta pelo povo grego, mais exatamente pelos atenienses, ainda no século V a.C. e, segundo Dahl, “imaginaram [os gregos] um sistema político no qual os participantes consideram uns aos outros como politicamente iguais”. Além disso, governariam a si próprios em uma coletividade composta de indivíduos soberanos e com capacidades, recursos e instituições suficientes para tal governo (2012, p. 1).

É amplamente divulgado o esclarecimento de que a democracia grega não se estabeleceu conforme o entendimento e os postulados morais atualmente valorizados. Primeiramente devo ressaltar que a democracia grega foi concebida para funcionar no âmbito de Cidades-Estados, ou em pequenas extensões territoriais nas quais viviam singelas comunidades, especialmente quando comparadas com os parâmetros atuais de sociedades multicomplexas e de massas. Mas, como aponta Dahl, “a cidade-estado foi tornada obsoleta pelo Estado nacional” (2012, p. 2). Essa transformação obrigou, evidentemente, a um conjunto diferente de instituições e muito mais complexo quanto aos seus aspectos estruturais. Esse conjunto de instituições, que pode ser resumido nos conceitos de república, separação de poderes, direitos e regras estabelecidas previamente, coadunam-se na percepção moderna de democracia.

Sabe-se que o emprego da palavra *demokratia* pelos gregos é hoje controverso, pois se *demos* significava *povo* e *kratia*, governo, portanto, *governo do povo*, resta indagar quem era *o povo* e o que significava *governar* para os gregos.

Uma primeira abordagem para a palavra *povo* era a divisão de diversas comunidades, tais como os próprios atenienses, coríntios, os espartanos e tantos habitantes de outras cidades-estados. Cada um desses povos possuía sua própria autonomia política (DAHL, 2012, p. 4). Nesse aspecto, a noção de povo é comparável ao que atualmente se compreende por países e suas respectivas

nações. Portanto, uma face do conceito de povo como elemento essencial para a percepção do que possa ser revelado como democracia persiste há milênios. Mas o entendimento do que era o povo para a democracia grega, quando desdobrado internamente, despertava outro significado curioso. Nem toda pessoa que compõe o povo na primeira acepção poderia participar do governo. Portanto, o *governo do povo* era uma ideia abstrata *a priori*, quando desafiada em saber qual povo poderia governar, a resposta dependia de outra verificação. Assim, a democracia, desde sua origem, sempre distinguiu pessoas de uma dada comunidade e não foi diferente até o século XX. É perturbador lembrar que nos Estados Unidos da América, por exemplo, negros, mulheres e índios somente conquistaram o direito ao voto naquele século, o que não foi muito diferente no Brasil.

A palavra *governar*, por sua vez, desperta a conclusão de que o povo poderá desenvolver processos de deliberações coletivas que se voltam à satisfação de interesses individuais e de todos. Assim, governar, em acepção radical para o termo, não é uma atividade externa ao poder de deliberação, mas a própria deliberação coletiva resume a noção de democracia como forma de governar. A execução das ações governamentais deliberadas coletivamente dependerá das regras estabelecidas pelo povo.

Da democracia grega para os tempos atuais algo essencial provocou uma mudança paradigmática que dará ensejo à releitura dos elementos que podem se encaixar como pressupostos morais para outra percepção de democracia. Antes dessa releitura é necessário afirmar que a democracia grega era um conjunto de condições sem o qual não seria possível um governo do povo, com todas as ressalvas a essa última expressão. Tais condições são importantes para verificação de que, modernamente, a noção de democracia é incompatível com o regime dos gregos. A primeira dessas condições era (i) *a harmonia* entre os cidadãos, de modo que seus interesses pessoais não poderiam confrontar drasticamente com os interesses coletivos; (ii) condição que decorria da anterior era a *homogeneidade de características* entre os cidadãos, a ponto de reduzir margens de conflitos; (iii) uma outra, era o número pequeno de cidadãos, o que facilitaria o aprimoramento da homogeneidade e da harmonia e poderia servir de anteparo a inclusão de pessoas de línguas, religiões e etnias diversas; (iv) em quarto lugar, deveriam possuir *capacidade de se reunir e deliberar* diretamente sobre seus próprios interesses; (v) *participação na assembleia e na administração da cidade-estado* por meio de eleição ou de sorteios; (vi) *autonomia* da cidade-estado, sem prejuízo de eventuais uniões para a defesa em casos de guerra ou de invasões (DAHL, 2012, p. 27).

Observa-se que tais condições, factíveis nas Cidades-Estados, são incompatíveis com os estados nacionais. Os óbices vão desde o numeroso contingente populacional até as habituais dificuldades de reuniões para deliberação direta de assuntos coletivos ou de interesse individual. O modelo de democracia direta dos gregos sucumbiu diante das características e vicissitudes dos estados nacionais. Não é o caso de explorar aqui as razões históricas do crescimento dos estados ou

países. O registro que desejo fazer diz com as contradições de uma determinada leitura moral dos elementos ou condições que refletiam certo sentido para a palavra democracia no passado e sua necessária releitura na modernidade, o que abre margem a outro tipo de debate em torno de pressupostos, que, de certa maneira, não são tão diferentes de algumas condições da democracia grega. Mas exatamente em razão de suas alteridades históricas é possível considerar que as mencionadas condições fazem parte de uma releitura dos pressupostos que levam à percepção do que pode ser um governo democrático na atualidade.

Antes de se mencionarem tais pressupostos é necessário dizer que a ausência de condições para a democracia direta levou à construção da democracia representativa. Igualmente, a administração da coisa pública cedeu a uma máquina burocrática de pessoas que se habilitam aos cargos que conferem legitimidade para gerir o interesse coletivo. E isso terá relação emblemática sobre a participação do Poder Judiciário nas decisões julgadas democráticas.

Voltando à questão dos pressupostos, embora não se tenha conseguido estabelecer uma conceituação explícita de democracia entre os cientistas políticos (DWORKIN, 2006, p. 26), é possível enxergar premissas que podem conduzir à noção de governo do povo. Refiro-me a *liberdade e igualdade* como valores que dão conformidade a alguma releitura da percepção de democracia, capaz de conciliar um governo de representação (oposto à democracia direta) com as condições ideais de democracia defendidas desde seus tempos imemoriais.

Rawls concebe a *liberdade* inserida no contexto de uma teoria que explique a justiça como fim de convivência em sociedade (2002, p. 92). Não irei explorar argumentos em torno da percepção de justiça em Rawls, pois isso poderá desviar demasiadamente o curso da presente abordagem. Algumas considerações, porém, serão feitas no item seguinte à guisa de supedâneo para explicar o conteúdo das deliberações parlamentares e sua união com o caso concreto mencionado no item anterior. No momento, preciso esclarecer porque, ainda que em síntese, *liberdade e igualdade* são pilares para as decisões morais adotadas pelo grupo social na democracia representativa.

Para Rawls a liberdade compreende dois aspectos: i) *fonte autônoma de reivindicações*; b) *independência em relação aos fins de cada um* (2002, p. 96). Como *fonte autônoma*, os indivíduos devem ser capazes de fazer suas próprias reivindicações estando, porém, limitados a certos princípios de justiça. A autonomia nesse caso está centrada em determinado poder de decisão que coincidirá com reivindicações coletivas de justiça. Isso se aplica facilmente a quem tem o poder de representar. Mas cada indivíduo é também autônomo o suficiente para deliberar a respeito do que pensa sobre temas simples ou complicados que interferem em sua vida pessoal. E podem levar isso no momento em que terão oportunidade de escolher quem os representará em assembleias parlamentares. Em uma sociedade organizada, não destoará da percepção de democracia, o fato de cada um deliberar sobre suas posições obrigando-se a enxergar um horizonte de valores e princípios concebidos anteriormente e que limitam a autonomia do



agente para suas reivindicações. O outro aspecto da liberdade, segundo Rawls, *a independência em relação aos fins de cada um*, antes de significar uma contradição ao aspecto anterior, é sua complementação. Embora a vida social obrigue naturalmente a admissão de certos princípios, para Rawls, o que importa são os princípios de justiça, isso não significa que as pessoas não possam ter convicções próprias em sua vida íntima ou em certas circunstâncias especiais. Não seria aceitável, porém, que essas opiniões que cercam a noção de liberdade pudessem sobrepujar ideais de justiça, concebidos coletivamente em momento anterior. Essa explicação da independência, contudo, não significa uma condenação a um apego imutável da noção do que vem a ser o bem; o *bem* que conduz à justiça. A noção do que seja o *bem* pode variar e o momento histórico poderá indicar qual o *bem* atenderá melhor o sentido de justiça desejável coletivamente.

A *igualdade* é outro aspecto indispensável para se compreender democracia, sobretudo quando esta, em razão de circunstâncias de fato intransponíveis, conforme se explicou anteriormente, é dependente de um sistema de representação, cujos representantes irão fixar as regras que poderão efetivar bens e valores desfrutáveis por alguns e por todos. Rawls concede à igualdade função mais coadjuvante em relação à representação da liberdade na formação de uma sociedade justa. A igualdade está associada a um senso de justiça que cada um possui e deve ser suficiente ao que se espera de quem age em nome desse senso de justiça. Isso quer dizer que o senso de justiça variará conforme certas posições ocupadas na sociedade. Um juiz, um sociólogo ou um político poderá obter níveis de informação conceitual sobre justiça que diferirá de um operário ou de um empresário. Porém, a participação ou o peso das deliberações de cada um desses e de todos que compõem o grupo social deve ser a mesma, o que indica a existência de certo padrão de igualdade no processo deliberativo (RAWLS, 2002, p. 97).

Dworkin insere nesses argumentos a *premissa majoritária* como um aspecto relevante, o que poderá revelar um efeito prático sobre o processo de deliberação nos sistemas democráticos da atualidade (2006, p. 26). Um processo político justo deriva de opiniões que se sobrepõem e se somam de modo a prevalecer o maior número de opiniões possível em determinado sentido. Dworkin enxerga na *premissa majoritária* um aspecto relevante e prático para as deliberações democráticas, mas não necessariamente a *premissa majoritária* estará sempre alinhada a princípios ou valores justos, como os defendidos por Rawls. Daí por que decisões majoritárias poderão atentar contra valores previamente albergados em estatutos normativos, e o ponto encontrado de colisão dessas normas remete a dificuldades de entendimento sobre um sentido autêntico à palavra democracia. A questão que desponta pode revelar uma contradição em linha a se responder o que prevalece quando a opinião majoritária é contrária a princípios justos decididos previamente e, portanto, igualmente democráticos. A solução apresentada por Dworkin é a *concepção constitucional de democracia*. A democracia se realiza quando são oferecidas as mesmas condições de *status* a



todos os cidadãos. Por conseguinte, as decisões democráticas serão tomadas por instituições que deverão deliberar de modo a garantir a todos as mesmas considerações e respeito.

É importante lembrar que as diversas opiniões ocorridas no grupo social convergem para os princípios democráticos ou de justiça, conforme os diversos níveis de qualificação de linguagem e de entendimento dos integrantes do grupo (HABERMAS, 2003, p. 22).<sup>4</sup> Quanto mais homogêneo for o nível de informação dos integrantes do grupo mais fácil poderá se chegar ao ponto de entendimento suportável para a tomada de decisão.

### 3 Necessidade de um *ponto final* ao dissenso democrático

Como visto anteriormente, o vocábulo *democracia* pressupõe *liberdade e igualdade* como aspectos relevantes, o que não descarta a presença de outras variáveis importantes. Por isso, a noção de democracia atual necessitou adaptar-se às vicissitudes das sociedades modernas em sua complexidade, vazada, em síntese, na compostura dos estados nacionais e não mais em cidades-estados. Nessa linha, a premissa majoritária dita por Dworkin estaria por trás de toda a teoria da democracia e solucionaria os problemas das sociedades democráticas modernas com facilidade. Se democracia fosse somente uma questão de número de participantes nos foros ou arenas deliberativas, o sistema majoritário seria óbice para qualquer rediscussão das deliberações parlamentares.

O caso que escolhi para trabalhar neste ensaio é prova da complexidade e do anseio de se satisfazer plenamente necessidades coletivas por processos democráticos. O artigo 3º da Constituição Federal estabelece o desenvolvimento nacional como um dos objetivos que serão perseguidos pela república. Sintetizo os objetivos da MP 387/2007 na noção de “desenvolvimento nacional”, pois o objetivo dessa norma foi criar condições jurídicas para a liberação de recursos orçamentários da União para estados e municípios. O foco da descentralização orçamentária reside, principalmente, em projetos nas áreas de saneamento básico, habitação e mobilidade urbana. Empreendimentos nessas áreas destinam-se trivialmente a garantir direitos sociais ao maior número possível de cidadãos, mediante investimentos nesses setores. Isso leva ao cumprimento de outro objetivo da república que é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Em percepção rasa, não seria difícil imaginar *consenso* na erradicação de mazelas sociais que se condensam na noção de pobreza em suas diversas variações (déficits de saúde, de saneamento básico, de educação, de habitação,

<sup>4</sup> “A teoria do discurso conta com a *intersubjetividade* de processos de entendimento, situada num nível superior, os quais se realizam através de procedimentos democráticos ou na rede comunicacional de esferas públicas políticas. Essas comunicações destituídas de sujeito – que acontece dentro e fora do complexo parlamentar e de suas corporações – formam arenas nas quais pode acontecer uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de matérias relevantes para toda a sociedade e necessidades de regulamentação”.

de transporte público etc.). Por conseguinte, deliberações que visem eliminar – ou ao menos diminuir – essas chagas cruéis parecem estar inseridas no contexto do que significa deliberação democrática, vocacionada ao alcance de uma das finalidades da justiça; no caso, justiça social.

A questão intrigante é se nesse tipo de assunto as opiniões são consentâneas. O fato de partidos políticos opositores levarem o tema a outra arena deliberativa, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, revela a complexidade do assunto quando nos deparamos com princípios ou valores que a democracia procura igualmente proteger. Se todos pudessem desfrutar dos bens sociais referidos, talvez a sociedade brasileira seria *livre e igual* na medida de suas possibilidades. Assim, pergunta-se: as deliberações coletivas não deveriam ao menos priorizar medidas que almejassem erradicar essas e outras mazelas sociais? Haveria lugar para se defender algo diferente do que o esforço moral na solução de tais flagelos? O que move partidos políticos a deliberarem diferentemente?

Tais indagações, sustentadas em fatos reais, comprovam que democracia não é consenso, mas dissenso. E o dissenso não é um fim, antes, é uma etapa de um fim que se deseja. Talvez seja ingênuo supor consenso em questões que se pretenda resolver por meio da democracia. Quem sabe possa ser uma saborosa utopia. Seja como for, deliberações sobre temas que resvalam em liberdade e igualdade têm demonstrado necessitar de um *ponto final* ao dissenso, o qual, obviamente, está longe de significar o consenso.

A busca por um *ponto final* ao dissenso é uma prática espontânea experimentada nas mais diversas situações da vida, que vão desde a família até as relações sociais mais complexas. No campo da política, um jogo de forças se forma com o objetivo de um grupo enfraquecer o outro até lograr o poder. Essa disputa é intensa e constrói diversos arranjos. Por essa razão o grupo político que se encontra no governo articula diversas forças políticas a fim de obter vigorosa e ampla rede de aliados, o que poderá facilitar a implantação de ações governamentais que darão sustentação à sua continuidade no poder.

O dissenso, portanto, nem sempre é produto de uma consciência moral depurada, radicada em princípios de justiça social. O dissenso poderá ser simplesmente obstáculo para o sucesso de um grupo político, constituindo o único instrumento de que se vale a oposição para ser visível ao grande público. Portanto, o dissenso pode apenas fazer parte de uma estratégia de ação coordenada dos atores integrantes do bloco opositor. Essa ação coordenada é o que Habermas considera, no bojo da teoria da ação comunicativa, como *orientação para o sucesso*. O sucesso do *agir estratégico* do bloco de oposição é *orientado* de tal maneira para as consequências desse *agir*, a ponto de influir externamente por meio de “armas ou bens [sobre] as decisões ou motivos de seu adversário” (2003, p. 164). Nos regimes democráticos, partidos políticos de oposição costumam adotar a estratégia do dissenso como arma para o sucesso de sua ação, qual seja, impedir a efetivação de ações políticas que, em última análise, poderiam contabilizar dividendos à situação.

Na disputa entre armas no parlamento, o Poder Executivo se empenha, obviamente, para que seus interesses prevaleçam – nem sempre pelo poder de convencimento ou de comunicação – mas pela força pragmática e institucional. Isso porque, no caso brasileiro, por exemplo, a ordem jurídica previu a Medida Provisória como solução normativa de iniciativa do Chefe do Executivo para situações relevantes e urgentes que demandem providência legal. A Medida Provisória é, igualmente, instrumento jurídico para barrar o dissenso, pois a solução negociada com os blocos políticos pode não ser viável diante do pressuposto de urgência. Seja como for, adotada a ferramenta constitucional pelo Poder Executivo, a arena política será instaurada para debater a medida provisória. As regras constitucionais estabelecem que a matéria deverá ser votada seguindo o princípio da maioria. Se ainda assim prevalecer o dissenso por parte dos blocos de oposição, a questão que resta tem a ver com a *última palavra*; a busca de um *ponto final*.

Nos países de tradição democrática a teoria da constituição é quase uma justificação do regime democrático do que um texto normativo. Mais do que isso, a criação de instituições capazes de impor soluções a impasses é uma necessidade, sem a qual o texto constitucional deixa de fazer sentido. Nos Estados Unidos da América do Norte e no Brasil, o *controle de constitucionalidade* (*judicial review*) da produção legislativa é assimilado como peça indissociável do intrincado jogo democrático. A própria previsão de medidas judiciais para examinar a conformidade das leis ao texto constitucional é a prova de que a democracia brasileira referendou a técnica da *palavra final* a fim de alcançar a paz e a estabilidade, tal como os vivos almejam o fim do luto para aceitarem a morte.<sup>5</sup>

Para Dworkin, não existe qualquer atestado à democracia ou à premissa majoritária o processo de revisão judicial das leis (2006, p. 27). Mas pondera que nem toda decisão política poderá ser transferida para deliberação pelo Poder Judiciário, sem comprometer “a própria democracia e a igualdade do poder político” (2005, p. 30).

Por outro lado, Maus refuta a deificação do Poder Judiciário como super-rego da sociedade. Toda vez que expectativas sociais são frustradas levam-se ao Judiciário, especialmente à Suprema Corte, os grandes temas nacionais, esperando-se que este tribunal, uma vez que não pode se furtar à decisão, defina os destinos da sociedade. Ainda que a Constituição preveja a solução da controvérsia

<sup>5</sup> O artigo 102 da Constituição Federal do Brasil prevê que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente: (i) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ADI, art. 102, I, “a”); (ii) a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (ADPF, art. 102, §1º); (iii) a ação declaratória de constitucionalidade (ADC, art. 103); (iv) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI, art. 103, §2º); (v) julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (RE, art. 102, III). Tais artigos demonstram a vocação do texto da Constituição à obtenção da *última palavra*.

pela intervenção da Suprema Corte sobre os temas políticos relevantes, a tese de Maus é que não seria o Poder Judiciário o guardião maior, ou melhor, da moralidade pública (2000, p. 189). A democracia poderia depender menos da intervenção judicial se os parlamentos enfrentassem os temas à saciedade ou preenchessem os vácuos normativos deixados por sua própria omissão.

A transferência de relevantes questões políticas ao judiciário acarreta evidentemente risco de rompimento com os princípios democráticos, especialmente à liberdade de poder de deliberação do sistema representativo. Maus aponta a esdrúxula fórmula adotada pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, que transcendeu ao limite da Constituição que o legitima, podendo proferir decisões que declarem o texto constitucional como incompatível com princípios achados fora do texto da constituição, “enquanto se libera ele próprio [o TFC] de qualquer vinculação às regras constitucionais” (2000, p. 192).

Esses riscos ficam evidenciados nos casos em que o tribunal decide de uma forma ou de outra. O caso da ADI em questão é diferente, pois, embora instado a se manifestar o STF não decidiu o caso antes da conversão da Medida Provisória em lei, sugerindo que, além da autoridade moral que assumiu por força das circunstâncias referenciadas, a Corte tem também a prerrogativa de eleger o que é relevante para decidir. Essa é questão que poderá ser explorada adiante. Por ora quero focar a análise na necessidade da *última palavra* como instrumento para encerrar o debate político.

É intuitivo haver terreno fértil às disputas sobre quem tem mais poder, quando, especialmente, tratar-se de democracias iniciantes como a brasileira. Essa percepção é interessante e abre margem a uma reflexão preliminar ajustável ao caso examinado. O dissenso entre o governo – por meio dos partidos de sua base aliada no parlamento – e os partidos de oposição, é fruto de disputa por quem tem mais poder. A *última palavra*, a ser proferida pelo judiciário, nessa perspectiva, adquire algum sentido moralmente satisfatório, pois teria a função de arbitrar uma solução à disputa de poder entre os partidos. Assim como Maus vê certa infantilização na crença de que o Poder Judiciário seria capaz de retificar a omissão dos cidadãos diante de certos temas socialmente relevantes, como meio ambiente por exemplo, os partidos políticos brasileiros se sujeitam a uma forma mais humilhante de infantilismo, que é abrir mão de outros instrumentos políticos de convencimento e partir para a cômoda postura de transferir a responsabilidade do debate democrático ao Poder Judiciário.

São realmente criticáveis os argumentos de que a decisão judicial seria a mais qualificada tecnicamente para dar a última palavra sobre questões políticas não resolvidas nos foros representativos. O dissenso na democracia é o que dá sentido e expressão profundos às premissas da liberdade e da igualdade. Isso porque o discurso qualificado entre representados e representantes, e estes uns com ou outros nas arenas parlamentares, não consegue ser reduzido a um ideal de entendimento que se atinja naturalmente. Se representados são livres para escolher seus representantes, os argumentos que levarão às políticas de

igualdade serão igualmente variados, pois parlamentares poderão representar grupos de interesses que divergem em pontos profundos do que outros esperam como o sentido ideal de igualdade. Vale mencionar que na arena parlamentar os próprios representantes poderão construir argumentos em torno do sentido de igualdade que podem não corresponder com o entendimento do grupo que representam.

As aporias da política decorrem do jogo de forças políticas. O consenso, em geral, é utilizado como parte de uma estratégia para o alcance de outros interesses políticos. Há casos em que governo e oposição celebram acordos de votação, mas em geral a finalidade é oferecer mais poder para a oposição e o governo obter resultado positivo em uma votação, o que trará mais visibilidade de ação e, por conseguinte, mais poder.

A procura da *palavra final* do judiciário seria, pois, admitida como discurso mais qualificado para solução do dissenso político, sobretudo quando a aporia política diz respeito à proteção do direito das minorias, que são consideradas como tais exatamente porque possuem menos força nos parlamentos (DWORKIN, 2005, p. 30). O juiz gozaria de neutralidade bastante para pôr fim ao debate livre de paixões, embora esteja livre para interpretar o caso, sediado em uma ou outra doutrina jurídica que qualifique moralmente suas decisões (DWORKIN, 2007, p. 306). É verdade também que a tese dworkiniana não é uniforme. Levinson, por exemplo, contesta o argumento de Dworkin ao sustentar que decisões judiciais são sempre baseadas em princípios jurídicos que se contrapõem a soluções políticas utilitaristas e pragmáticas.<sup>6</sup> Mendes defende uma via paralela em que a última palavra, de fato, não é o que importa, mas o diálogo interativo entre as instituições visando “maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos” (2011, p. 204).

Embora não exista um *mal* intrínseco na procura da última palavra para o dissenso, é importante refletir a quem cabe a última palavra. Em uma democracia representativa talvez não caiba a determinado órgão o pronunciamento da *última palavra*. No caso brasileiro a Constituição Federal organizou o sistema de controle de constitucionalidade de modo a garantir que a última palavra seja do Poder Judiciário. A explicação para essa opção é de ordem histórica. Note-se que a passagem do regime ditatorial para a democracia atual foi penoso e

<sup>6</sup> Levinson concentra sua análise sobre a decisão judicial americana. Sua doutrina sugere certo antagonismo com a tese de Dworkin. De acordo com a tese dworkiniana o juiz não deve ter opinião política ao decidir questões constitucionais difíceis, pois segue princípios jurídicos. Parte o juiz da lógica contramajoritária, eis que ao juiz não é relevante a opinião da maioria. Deve decidir conforme os princípios. Isso revela o viés não utilitarista e estratégico da tese de Dworkin. Assim, há certa separação entre política e direito na teoria constitucional, de modo que as Cortes não fazem política e seguem somente princípios. Levinson é um autor pragmático razão pela qual refuta o argumento de Dworkin e utiliza alguns exemplos da jurisprudência americana sobre direitos civis, nos quais foram adotadas decisões de viés utilitarista e pragmático. Invoca o pensamento de Posner e Sunstein para criticar a doutrina essencialista do direito e defende que as decisões judiciais devem se inclinar mais para o caso concreto, mediante a avaliação das consequências da decisão, do que o apego indiscutível aos princípios jurídicos (2011, p. 896-931).

deixou cicatrizes. A Constituição de 1988 delegou à Suprema Corte um papel fundamental na solução de grandes questões políticas de interesse nacional. Isso fica evidente com as várias medidas processuais que podem levar questões constitucionais ao STF. É sabido que a todo direito corresponde ao menos uma ação judicial. A demanda do judiciário para o enfrentamento de tais temas reflete a quantidade de dispositivos que preveem direitos individuais e coletivos. Regras procedimentais são igualmente estabelecidas na Constituição Federal, como é o caso do processo legislativo. Qualquer descuido nesse procedimento pode ser motivo para a paralisação de projetos e políticas governamentais, cabendo ao STF a *última palavra*, se uma ação política poderá ou não prosseguir.

Compreendo que toda essa discussão gravita em torno de se estabelecer uma linha de entendimento de como é possível aplacar o dissenso democrático sem minar as bases ontológicas da democracia, isto é, não há decisão aceitável em regimes democráticos que não abrigue premissas que se voltem à noção de justiça distributiva (RAWLS, 2008, p. 8).<sup>7</sup>

Não suponho existir democracia sem distribuição justa dos bens da vida, razão pela qual o problema da *última palavra* não está em quem a arbitre, mas no esforço para que se alcance a finalidade central da democracia que, muito mais do que o direito de participar das decisões coletivas, é conseguir oferecer a todos, dentro das condições materiais e econômicas, oportunidades que levem o indivíduo à emancipação da opressão da pobreza, da marginalização, do analfabetismo, da falta de saúde ou de dignidade (SEN, 2000, p. 113). Chamo isso de *democracia como justiça social*.

Assim, se decisões da Suprema Corte forem capazes de racionalmente efetivar as expectativas democráticas, radicadas em ideais de justiça moralmente debatidos nas instâncias preliminares, como são os parlamentos e os partidos políticos, essas decisões não oferecerão riscos à democracia, ainda que o tribunal não seja uma instância de debate investida da premissa majoritária de representação.

#### 4 Satisfações democráticas e o confronto com regras constitucionais estruturadoras do sistema jurídico

As polêmicas sobre a revisão judicial das leis, em geral, colocam no centro das discussões problemas afetos aos direitos individuais. Trata-se de decisões majoritárias do parlamento em que minorais com menos voz nas arenas políticas de debate institucional têm fraco poder de articulação e não veem suas pretensões efetivadas.

Igualmente, as demandas judiciais pela efetivação de direitos fundamentais nas áreas dos direitos humanos, ou dos direitos sociais, costumam acirrar o

<sup>7</sup> “Para nós, o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social” (RAWLS, 2008, p. 8).

debate sobre os limites da atuação do Poder Judiciário na entrega de tais direitos. As críticas retornam ao ponto inicial para demonstrar com argumentos fortes, que nos regimes democráticos, normalmente, juízes não são eleitos, razão pela qual não representam o povo; ou entra em ação outro argumento supostamente infalível: a regulamentação de direitos constitucionais pressupõe o jogo de forças políticas do parlamento, o que não ocorre no âmbito das cortes judiciárias.

Gostaria de ressaltar que juízes decidem questões políticas com argumentos racionais tal qual os parlamentares. Em razão da tradição da linguagem do direito, os argumentos das decisões procurarão focar os dispositivos constitucionais e farão sua interpretação ultrapassando as barreiras da *strict construction*.<sup>8</sup> A participação das cortes judiciárias na conformação dos princípios democráticos é uma tendência que não pode ser refutada pelo argumento singelo da premissa majoritária ou da separação dos poderes, como divisão estanque e formal de competências institucionalizadas. Na arena política, faz parte do jogo de forças e do agir estratégico do parlamento, a avaliação de que as deliberações poderão ser questionadas perante o Poder Judiciário (FRIEDMAN, 2005, p. 311). Isso não deve ser enxergado como um agir negativo, que tenha por efeito excluir percepções de democracia fundadas na premissa da justiça e da igualdade. Uma deliberação parlamentar – ainda que adotada em regime majoritário – caso afronte direitos constitucionais, correrá o risco de ser anulada ou interpretada a ponto de ficar em conformidade com a Constituição. Neste último caso, a Suprema Corte poderá suprimir termos incompatíveis com o sentido das normas constitucionais ou reverter a interpretação que primeiramente seria feita do texto da lei para que este fique alinhado com princípios democráticos.

Assim, o ponto controvertido reside em dois aspectos difíceis de serem justificados e tudo indica que se deve recorrer a uma solução pragmática que evite inserir as aporias políticas em um terreno de extrema indefinição e instabilidade.<sup>9</sup> Refiro-me, primeiramente, à hipótese de a revisão judicial da lei ser desconectada de seu sentido democrático e, portanto, negar princípios de justiça. A outra hipótese é a lentidão ou falta de pronunciamento imediato do Poder Judiciário sobre a demanda que foi levada ao seu conhecimento. Nesse caso, a longa espera

<sup>8</sup> Em português, a expressão *strict construction* pode ser traduzida como *construção estrita*. A locução é utilizada por Dworkin (2011, p. 205) para referenciar a doutrina jurídica reverenciada pelo Presidente Richard Nixon, por meio da qual os juízes deveriam ficar restritos à interpretação da lei sem ultrapassar sua literalidade. Algo como um *positivismo formal*. A atividade jurisdicional deveria se ater aos termos da lei. Isso evidentemente excluiria posturas ativistas do judiciário ou interpretações ao estilo da Corte de Warren (postura que predominou na corte constitucional estadunidense entre os anos de 1953–1969, ocasião em que ocorreram várias decisões que igualaram homens e mulheres em direitos).

<sup>9</sup> Não se trata aqui de soluções pragmáticas no âmbito do próprio judiciário como propõe Posner (2012, p. 381). De acordo com este autor, um juiz pragmático atua diferentemente do juiz positivista na medida em que este último utiliza as decisões passadas (jurisprudência) somente se estas têm condições de confirmar a lei que estiver sendo interpretada no presente. Trata-se, portanto, de uma técnica de interpretação voltada a manter coerência entre o passado e presente, sem questionar os efeitos da decisão para o futuro. O juiz pragmático, por sua vez, interpreta o direito utilizando a jurisprudência para uma solução ao caso que traga melhores resultados para o futuro.



por uma decisão pode equivaler a uma violação aos princípios democráticos e negação velada de justiça.

O caso trazido à análise é exemplo reluzente dessa dificuldade no campo da política e de sua relação entre as instâncias parlamentar e a judicial. Quero situar a análise na atuação dos partidos políticos de oposição que demandaram o STF visando decisão que suspendesse inicialmente os efeitos de Medida Provisória. Por conseguinte, pretendiam também a suspensão da vigência da lei de sua conversão, no ponto em que autoriza a transferência de recursos orçamentários federais a estados e municípios em regime de obrigatoriedade. Para facilitar a análise será somente referida doravante a Lei de Conversão, sobretudo em razão da vigência temporária da medida provisória. Assim, se preenchidos os requisitos estatuídos na Lei de Conversão, as transferências orçamentárias teriam que ocorrer. De outro lado, os recursos somente serão transferidos para atender projetos estaduais ou municipais que visam investimentos em infraestrutura, o que acarretará, evidentemente, vantagens sociais nas áreas de saneamento básico, habitação e mobilidade urbana.

A demanda ao STF para decidir se a Lei de Conversão está em conformidade com dispositivos constitucionais de competência da União leva a questão para duas hipóteses. Assim, primeiramente, há que se considerar que a decisão da Suprema Corte poderia declarar a lei inconstitucional por ferir regras de competência definidas no texto da Constituição. Nesse caso, traria consequências que poderiam atentar contra os princípios de justiça perseguidos por regimes democráticos, de acordo com a acepção de democracia que adotei neste texto (*democracia como justiça social*). Para tanto, há que se admitir que a democracia indique como parâmetro de moralidade o consenso em torno da erradicação da pobreza, da miséria e da construção de uma comunidade fraterna, na qual os bens sociais sejam oportunizados a todos, ainda que em intensidades distintas.

Nesse caso, a solução pragmática poderia levar em consideração a possibilidade de revisão da decisão judicial por outra instância democrática. Isso se deve não exatamente ao fato de a decisão dos juízes não corresponder à premissa majoritária ou ao regime de representatividade, sobretudo quando se compara a estrutura de composição do judiciário com a do parlamento. É claro que se esse for o critério para justificar a revisão de decisões judiciais consideradas “não democráticas” toda decisão da Suprema Corte estaria sujeita a esse segundo crivo e a palavra final teria que inexoravelmente ser do parlamento. Isso implicaria um círculo vicioso, inútil e propiciador de instabilidades.

Autores como Vermule e Sunstein consideram salutar que as soluções pragmáticas do poder judiciário sejam capazes de prever consequências.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Vermule e Sunstein contestam a tese dworkiniana de que questões jurídicas polêmicas serão sempre bem solucionadas por meio de princípios normativos. Isso porque são autores mais pragmáticos e consequencialistas (2010, p. 885-951). Dworkin é um autor mais vinculado ao abstracionismo, à noção principiológica e à normatividade. Para os defensores do pragmatismo e consequencialismo judicial existem três formas de estruturar uma decisão, sempre fundadas nas consequências: (i) maximizante, (ii) otimizante

Não há dúvidas de que uma solução na linha da *strict construction* levaria a uma consequência inevitável, qual seja, a invalidação da lei diante de sua possível não conformidade com as regras de competência estatuídas no texto constitucional. Daí por que a Suprema Corte poderia – em razão de um pragmatismo judicial – interpretar a suposta violação das regras de competência em favor dos princípios democráticos de igualdade e de equidade. Essa superação dos obstáculos formais do texto abre margem ao aprofundamento do debate democrático fora das linhas tradicionais do direito, eis que estas se voltam a reverenciar a *regra de direito* por temer o descontrole do sistema e, com isso, sabotar a própria democracia.

Por isso, caso prevaleça decisão que preserve as regras de competência constitucional e invalide a lei, não haverá afronta ao princípio da separação dos poderes se a rediscussão da decisão judicial se dirigir a outras instâncias democráticas. Nesse caso, o parlamento poderia buscar solução que mais bem atenda aos princípios democráticos. Friedman alerta para essa possibilidade no direito estadunidense,<sup>11</sup> embora não seja comum o Congresso daquele país rever decisões judiciais consideradas incompatíveis com os princípios democráticos (2005, p. 312).<sup>12</sup>

No caso examinado tem-se situação mais complexa. Os partidos de oposição ingressaram com a ADI e pediram o deferimento de liminar. A medida não foi indeferida nem muito menos deferida. Apenas não existiu decisão. A ação foi ajuizada em 2007, tendo sido a medida provisória convertida em lei no final do mesmo ano. A falta de decisão da Suprema Corte é um fato que diz muito no jogo de forças políticas na democracia. Sugere que o STF realiza certa discricionariedade em decidir o que é ou não urgente no campo da política, não sendo possível precisar qual critério é utilizado para a escolha do que deve ou não ser decidido. Mas isso é somente uma suposição. As escolhas do juiz podem ser feitas politicamente e nem sempre seguidoras de regras jurídicas restritivas. Nos julgamentos sobre questões constitucionais é necessário algum pano de fundo normativo, mas nem tudo se resume ao aspecto institucional (VERMULE; SUNSTEIN, 2010, p. 887).

---

e (iii) satisfativa. A primeira não é a mais adequada, pois é a mais generalizante; a segunda analisa custos e benefícios com base em casos passados; a terceira busca apenas um bom resultado. Exemplos: um originalista maximizante para proferir uma decisão pesquisará ao máximo todas as origens da lei em questão, os debates parlamentares etc. Um originalista otimizador procurará encerrar o debate assim que encontrar um caso do passado que se adapte à discussão do presente. No último caso, a decisão que for adequada é a satisfativa.

<sup>11</sup> “Existem exemplos notáveis do Congresso anulando interpretações do Tribunal sobre leis, particularmente nas áreas dos direitos civis. A doutrina afirma que o Tribunal está ciente desta possibilidade de o Congresso modificar suas decisões em conformidade com o seu entendimento. Dito de outra forma, o fato é que ao interpretar as leis, o Supremo Tribunal está limitado por outros Poderes [o Congresso Nacional]” (FRIEDMAN, 2005, p. 312, tradução livre).

<sup>12</sup> “As alegações de restrições sobre as decisões da Suprema Corte têm sido fortemente contestadas. Como discutido, doutrinadores questionam se os Ministros da Suprema Corte contestariam restrições significativas do Congresso ou do Executivo sobre suas decisões. O argumento dos críticos é que as restrições são impossíveis, mas que, por uma questão prática de contingências da política tais restrições podem ocorrer às vezes” (FRIEDMAN, 2005, p. 312, tradução livre).

Observe-se que o pano de fundo da questão analisada é a efetivação de direitos sociais que serão viabilizados mediante a transferência de recursos federais. A discussão em torno da constitucionalidade da medida talvez não desperte interesse político imediato, exatamente porque o centro do debate é o aspecto orçamentário e não propriamente a efetivação dos direitos. E o fato de a Suprema Corte não vislumbrar apelo político imediato à questão é também a demonstração de uma posição política.

O ponto nodal do problema, entretanto, é perceber que os princípios de justiça perseguidos pela democracia, no sentido trabalhado neste texto (*democracia como justiça social*), podem ser alcançados a despeito do jogo de forças políticas internas de cada poder ou entre os poderes, bastando para tanto que determinado grupo político consiga estratégia eficaz para deliberar seus interesses. Essa observação vale, igualmente, para deliberações parlamentares ou judiciais que negam explícita ou veladamente os princípios de justiça que conformam a percepção de democracia. Nesses casos, a percepção de democracia, que necessita ser sempre e cada vez mais ampliada na sociedade, deve engendrar instrumentos de correção dessa distorção, razão pela qual não seria um despautério sustentar a possibilidade da revisão judicial das leis, assim como a revisão legal (parlamentar) das decisões judiciais, desde que valores democráticos corram risco de ofuscamento ou de negação.

Essas ameaças à democracia dependem do discurso e da argumentação para sua percepção. Lideranças políticas e outras instituições da sociedade, como por exemplo, a imprensa, devem se erguer em vigorosa ação para o convencimento popular a demonstrar os riscos aos princípios democráticos.

### Considerações finais

No presente texto procurei argumentar que questões políticas difíceis de serem resolvidas pelo entendimento e cujo grau de dificuldade reside no jogo de forças políticas contrárias umas em relação às outras nas diversas instâncias democráticas, especialmente no parlamento, são uma realidade inevitável e demonstram a existência de um sistema político ativo. O dissenso é parte inerente da democracia soando como contradição supor que regimes democráticos sempre presumam, idealmente, o encontro de interesses e vontades de agentes livres, gerando o consenso. Paradoxalmente, o dissenso de opiniões é mais salutar à democracia do que o consenso, pois o entendimento pleno sobre questões abstratas, como o alcance da justiça e a própria definição de democracia, emana argumentos filosóficos intermináveis e o fim do debate é a certeza de que o diálogo acabou, quer pela imposição da força de um dos lados; quer pela resignação do outro. O dissenso democrático mantém viva a discussão sobre o alcance da justiça e sua constante renovação. Talvez seja dispensável na democracia atingir o consenso, pois sua procura poderá não ter fim e lançar o futuro a um tempo de crises e instabilidades.

As questões políticas difíceis necessitam de *entendimento* que satisfaça as condições históricas de um determinado momento. Quando isso ocorre em um regime democrático, é sinal de que os princípios de justiça foram atendidos nos limites da interpretação possível em seu tempo e historicidade.

Em questões políticas que envolvem princípios de justiça o consenso é utópico e o entendimento que ponha fim ao debate às vezes é demorado e difícil. Nesse ponto insere-se a polêmica de como pôr fim ao debate com racionalidade e, portanto, sem negar os princípios de justiça que são pilares da democracia, na percepção que pretendi expor, isto é, democracia como modelo de organização da sociedade para realizar igualdade entre todos, respeitando-se liberdade de opiniões e mediante ações pacíficas.

Não obtido o entendimento, há que se encontrar soluções para as aporias sobre os temas políticos. Os sistemas constitucionais têm previsto a intervenção do Poder Judiciário para a análise racional ou isenta do caso, alicerçada nos princípios do direito, explícitos ou implícitos no texto constitucional. É uma alternativa. Algumas questões tormentosas são observadas nesse modelo, pois se a democracia representativa tem por pressuposto o princípio da maioria para as deliberações, a *última palavra* por parte do judiciário será sempre carente do requisito da legitimidade por meio da representação. O argumento de que, a despeito da falta de legitimidade pela representação, as decisões judiciais serão mais racionais do que as deliberações do parlamento, é apenas *um argumento* e necessitará de comprovação prática do discurso, levando à inconveniente dúvida sobre quem deverá certificar a racionalidade das decisões da justiça. Quem ratificará – e sob que argumentos racionais – se a decisão judicial foi justa para os parâmetros democráticos?

Por outro lado, quando o judiciário emite sua decisão haverá uma base material para se discutir a racionalidade de seus argumentos e nivelá-los aos parâmetros dos princípios democráticos. Mas, nos casos em que o Poder Judiciário é demandado e não decide a aporia política a questão se agrava, pois a expectativa da decisão racional e neutra não é confirmada.

Parte da doutrina contemporânea de direito constitucional estadunidense tem apresentado alternativas ao dilema da última palavra sobre os casos constitucionais difíceis, desmistificando a tese de que tais decisões deveriam ficar sempre a cargo do Poder Judiciário em razão das qualidades do mencionado poder. Tem havido certa abertura para criticar o conteúdo democrático das decisões da Suprema Corte americana, o que pode trazer avanços sobre o tema.

Penso que a questão central não reside na necessidade ou não de uma palavra final sobre esse tipo de situação, mas se a *última palavra* é a mais consentânea com os valores democráticos. A escolha do órgão que a pronunciará não será questão essencial, desde que não se desvirtue das premissas democráticas da liberdade de opinião e da promoção da igualdade como princípio democrático e, portanto, de justiça.

O caso escolhido para análise é mais complexo, pois o tempo se encarregou de consolidar a *última palavra*, com a conversão da medida provisória em lei e aplicação de suas regras de transferência obrigatória. A falta de decisão do STF abriu espaço para a aplicação da norma, apesar da acusação de que suas regras extrapolariam outras regras constitucionais. O que teria levado o Supremo Tribunal Federal entender que não era o caso de decidir liminarmente a situação é tema que talvez não permita conjecturas, mas é presumível que não haja mais o que fazer, na medida em que a lei questionada não foi suspensa e gerou efeitos. Serviu e serve para transferir recursos federais para estados e municípios em regime de obrigatoriedade. Tais recursos, de acordo com a lei, serão aplicados em investimentos de caráter social, visando reduzir ou erradicar déficits de saúde, saneamento básico, habitação e mobilidade urbana.

Quando as instituições não dão respostas para as questões políticas difíceis, resta contar com a sorte de que a lei questionável seja aceita como aderente aos princípios democráticos, cabendo somente ao tempo, a *última palavra*.

### **The force of democracy beyond the institutions**

**Abstract:** This article relates to the field of law and political science, aiming to discuss the game of political forces between the parliament, political parties and the judiciary in search of a last word on dissent in democracy. Parliamentary deliberations concerning constitutional rights may give rise to differences between the parties that support the government and the opposition parties, even if such deliberations have as a backdrop to promote social policies and therefore equality. The power struggle sometimes takes dissent to the judiciary so that can arbitrate institutional solution that can serve the interests of opposition political groups. Not always, the court decision is immediate and the time between the filing of the demand and its solution will be absorbed by the certainty of the law, especially when your content is aligned with democratic principles and distributive justice.

**Keywords:** Democracy. Policy. Dissent. Equality.

### **Referências**

BRASIL. Medida Provisória nº 387, de 31 de agosto de 2007, convertida na Lei nº 11.578, de 26 de novembro de 2007. Dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, e sobre a forma de operacionalização do Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social – PSH nos exercícios de 2007 e 2008. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia de Assuntos Jurídicos, Brasília, DF. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

DAHL, R. *A democracia e seus críticos*. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FRIEDMAN, B. The politics of judicial review. *Texas law review*, v. 84, n. 2, 2005, p. 258-337, January 2006.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. II.
- \_\_\_\_\_. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: 2. ed. Tempo Brasileiro, 2003.
- LEVINSON, D. J. Rights essentialism and remedial equilibration. *Columbia Law Review*, v. 99, n. 4, p. 857-940, may 1999.
- MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- POSNER, A. R. *A problemática da teoria moral e política*. Tradução Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- RAWLS, J. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- VERMEULE, A.; SUNSTEIN, C. Interpretation and institution. *Michigan law review* n. 101, p. 885-951, jan. 2010.
- VIEIRA, O. V. Supremocracia. In: *Revista direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-464, sem. 2008.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NUNES, Cleucio Santos. A força da democracia além das instituições. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 93, p. 15-35, set./out. 2015.

---

Recebido em: 02.07.2015  
Aprovado em: 23.10.2015