

LEGITIMIDADE COMO CONFLITO CONCRETO DO DIREITO POSITIVO

Friedrich Müller^{*}

APRESENTAÇÃO

Menelick de Carvalho Netto^{**}

Com a expansão mundial do constitucionalismo verificada após a Segunda Guerra Mundial, grandes doutrinadores do Direito Constitucional, como, por exemplo, Biscaretti di Ruffia e Karl Loewenstein, sentiram a necessidade de criar categorias analíticas específicas para a classificação e a compreensão das “Constituições de Terceiro Mundo” (para usar a expressão de Biscaretti) e a sua condição “nominal” (na terminologia de Loewenstein). Para Biscaretti, seria preciso destacar como um ciclo próprio, na segunda grande fase do constitucionalismo, a do constitucionalismo social, as Constituições desses países que, na vida cotidiana de suas populações, encontravam-se muito apartados das tradições européias e norte-americanas que deram origem a esse fenômeno tipicamente ocidental e que agora se tornava universal, elevado a índice de civilidade, condição para o ingresso desses novos atores internacionais que emergem dessa última onda de descolonização no concerto das “nações civilizadas”.

É claro que a população de países como esses, tendo vivido por milênios e ainda vivendo em condições tribais ou de estratificação em rígidas castas, não assimilaria facilmente a cultura constitucional de uma sociedade de indivíduos autônomos, livres e iguais que pactuam as normas estruturantes da base de sua vida em comum pela simples adoção de uma Constituição em que isso fosse afirmado e o poder e o seu exercício racionalmente organizados e controlados.

A semelhança quase que absoluta dos textos constitucionais encobriria, na verdade, vivências muito distintas. Estudar as Constituições agora requeria reconstruir o texto tal como construído em seu contexto próprio. Foi assim que Karl Loewenstein propôs a sua metodologia “ontológica” para o estudo das Constituições escritas. E nessa metodologia, mediante o cotejo do texto com a realidade vivenciada, do “ideal” com o “real”, poder-se-ia chegar à classificação da Constituição como “nominal”, aquele tipo de Constituição que, embora acolhesse de fato as aspirações de justiça daquela comunidade, portadora assim de legitimidade, não seria capaz, no entanto, de reger as relações por ela reguladas, dada a dura realidade econômica e social muito distante da sonhada por todos, carecendo assim de efetividade.

* Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, Alemanha.

** Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG.

Por outro lado, Oliveira Vianna já qualificara a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, de “idealista”. Para ele, seria preciso recuperarmos a nossa própria Constituição, a oriunda de uma tradição escravocrata, estamental e, também em termos políticos, organicamente centralizada na figura do Imperador.

Tradicionalmente, no Brasil e alhures, sempre se buscou explicar o que se via como distanciamento entre a prática e o texto constitucional, bem como a conseqüente desestima constitucional daí decorrente, pela oposição “real” x “ideal.” Oposição, ou melhor, categorias analíticas simples e opostas que, na verdade, serviam não apenas para descrever, mas, na verdade, para justificar a distância, o hiato, que era objeto, no mais das vezes, não somente do desejo de explicar, mas, sobretudo, de explicar para remediar, para que essa distância, esse hiato, pudesse ser suprimido no sentido de se garantir curso à normativa do texto contra a normativa da denominada “cruel realidade.”

Ora, como demonstrado por Niklas Luhmann e desenvolvido em várias análises de Raffaele de Giorgi, essas explicações antropológicas terminam por ser vítimas de sua própria armadilha conceitual, pois, ao buscarem descrever isso que visualizam como um hiato, terminam por justificá-lo a título de o descreverem. São explicações intrinsecamente incapazes de oferecer qualquer saída para o problema que tematizam, a não ser a sua própria justificação e eternização. Tomam a “idealidade” como algo oposto e oponível à “realidade”, como se qualquer “ideal” não estivesse profundamente mergulhado na “realidade social” em que surge e sobre a qual visa influir, e como se pudéssemos ter acesso a uma objetividade, que a atual filosofia da ciência certamente reconheceria como mítica, retratada em uma normativa absolutizada como o “real”. Padrões de comportamento social são assim elevados à condição de “realidade objetiva”, e desse modo, como resultado, passam a ser inquestionáveis não somente em sua suposta concretude comportamental majoritária, mas generalizados e absolutizados como o “real”. Esses padrões de comportamento terminam, portanto, imunizados teoricamente contra os padrões socialmente concorrentes, desqualificados como “meras idealidades”. O tratamento constitucionalmente adequado dessa problemática requer certamente a sua recolocação em termos teóricos mais complexos, capazes de dar conta da complexidade do próprio tema.

O problema da dissintonia ou dissonância constitucional é, indubitavelmente, um dos mais graves que enfrentamos na implementação de um Estado Democrático de Direito entre nós. A recolocação constitucionalmente adequada e frutífera desse problema é um dos objetivos de Friedrich Müller nesta conferência que ora publicamos.

Friedrich Müller não é apenas um dos mais ilustres *former professors* da Universidade de Heidelberg, Alemanha. Ele é, certamente, graças ao reconhecimento que a sua obra lhe assegurou, um dos maiores constitucionalistas daquele país de luminares da teoria e do Direito constitucionais. A sua doutrina ou teoria estruturante do Direito (*Strukturierende Rechtslehre*) busca precisamente superar as dicotomias simplificadoras da modernidade, superando-as mediante a consideração de quatro perspectivas básicas que se apóiam e se constituem reciprocamente, como salienta Olivier Jouanjan, o mestre da Universidade Robert Schuman, Estrasburgo III.

Essa doutrina é um conceito complexo pois envolve as dimensões da dogmática, da metodologia, da teoria da norma jurídica e da teoria da Constituição, relacionando-as e articulando-as entre si. Essas quatro perspectivas de trabalho designam igualmente os terrenos materiais de operação da teoria estruturante do Direito. O processo metodológico estruturante nasce da constatação da inadequação das representações tradicionais, inclusive da norma jurídica, como em Hans Kelsen, por exemplo, em face das exigências práticas que os princípios do Estado Democrático de Direito impõem ao trabalho com as normas.

A dicotomia “norma” x “fato” conduziu ao reconhecimento de um decisionismo absoluto no que toca à aplicação dos textos jurídicos. A autoridade faria, ela própria, o Direito ao aplicá-lo, sem qualquer limite. É a partir desse estado de coisas que a reflexão de Müller vem retematizar a segurança e a certeza do Direito como garantias de cidadania em um Estado Democrático de Direito. Em breve poderemos ter o acesso a essa magnífica obra extremamente facilitado pelo programa de tradução da Editora Max Limonad, que, com o imprescindível trabalho do tradutor Peter Nauman, vem agora trazendo a lume em nossa língua as obras estruturantes dessa perspectiva constitucional complexa de quatro vieses que se imbricam.

A questão da legitimidade, vista como um conflito concreto de Direito positivo, requer uma teoria metodológica dos modos de se colocar o Direito em operação, ou seja, uma teoria da normatividade tomada, a um só tempo, como determinação concreta e como ordem concretamente determinada. Esse tipo de análise constitucional que leva em conta a natureza discursiva do Direito Constitucional pode ser comprovado no livro, escrito a propósito de discussões acerca da soberania popular no Brasil, “Quem é o povo”, bem como na conferência aqui publicada. Nesta, “legalidade” não é mais somente “a observância correta das formas e dos trâmites prescritos, mas um conceito enfático, não apenas um incômodo exercício de um dever “formal”, mas expressão da *materialidade do ordenamento constitucional*. Mesmo “meras” formas e “meros” trâmites têm o seu fundamento mais profundo nos objetivos e nas funções materiais [inhaltlichen Zielen] do ordenamento jurídico e da Constituição.” São essas próprias formas e trâmites condições discursivas inafastáveis da democracia. O conceito de legitimidade penetra assim na própria legalidade, desnudando o aparente paradoxo segundo o qual, na modernidade, a legalidade pode funcionar como uma possível fonte de legitimidade. A legitimidade, por sua vez, é aqui inteiramente redefinida, ela agora “qualifica a ação formalmente legal *de um modo adicional*, ou seja, denota que (a) ela é compatível com as regulamentações centrais do direito positivo (com os textos das normas) da Constituição (com a forma de Estado, com os objetivos do Estado, com as garantias dos direitos fundamentais, com o sistema do Estado de Direito); e que (b) ela permite continuar a discussão aberta e sem restrições por parte do Estado da questão de sua legitimidade ou ilegitimidade, ainda que a decisão formal (ato administrativo, texto legal, sentença judicial – no caso em epígrafe: a alteração da Constituição) já tenha sido tomada.” Em outros termos, legitimidade remete agora para as condições a um só tempo formais e materiais de funcionamento democrático das próprias instituições, das arenas de formação de opinião e vontade públicas, remete à idéia de soberania

popular tomada como o fluxo da própria discussão democrática. Esse conceito de legitimidade, por sua vez, já pressupõe o de “constitucionalidade”, tomado em um sentido mais restrito do que o da simples conformidade com a Constituição. Aqui ele “significa que um Estado só existe enquanto Estado constitucional, ou seja, define-se juridicamente conforme a sua Constituição.” Em outros termos, a Constituição há de sempre ser tomada como normativa e não mais pode ser vista e estrategicamente empregada simbólica ou nominalmente. Essa tríade de conceitos que se imbricam e se pressupõem – legalidade, legitimidade e constitucionalidade – encontra seu ponto fulcral e, em um Estado Democrático de Direito, sua nota essencialmente distintiva na legitimidade democrática, pois legalidade e constitucionalidade podem ser semântica e autoritariamente colonizadas.

Podemos ver agora como o mestre de Heidelberg emprega essas novas categorias analíticas de modo a apreender a tensão sempre constitutiva do empreendimento democrático não populista ao examinar a aprovação da Emenda nº 16, que autorizou a possibilidade de recandidatura do Presidente, e como essa aparente conquista das forças vinculadas às nossas mais autoritárias tradições pode ser vista como um passo à frente na consolidação do regime democrático dentre nós. A democracia é constituída de fugazes momentos e não é uma condição permanente e inabalável. Não há regime político no mundo que seja inteira e absolutamente democrático ou ditatorial todo o tempo, nem Constituição que seja absolutamente eficaz no sentido anterior. O importante é sabermos que somos homens e não deuses e, com todas as nossas imperfeições, bem como com as das coisas que criamos, vivermos o máximo possível dos momentos democráticos que alcançamos realizar.

UMA COMPARAÇÃO ATUAL ENTRE AS CONSTITUIÇÕES ALEMÃ E BRASILEIRA

1 Sobre conceitos e modelos de legitimação

“Por “legitimidade”, os juristas compreendem quase sempre uma “correção” [“Richtigkeit”] do direito, que deve provir de “valores suprapositivos”, e.g. da assim chamada idéia do direito. Com isso, a legitimidade deve distinguir-se da “mera” legalidade enquanto conformidade à lei – menos exigente e própria do direito positivo. Penso de modo diverso: todavia não quero oferecer uma resposta por meio de uma “definição” *a contrario sensu*, mas sim elaborar essa posição por via indutiva no curso das reflexões que se seguem.

A locução “direito eleitoral” freqüentemente é utilizada como conceito de hierarquia mais elevada [Oberbegriff]: tal ramo do direito se ocupa de todos aqueles votos depositados nas urnas pelos cidadãos ativos em uma democracia.

Em contrapartida, a Lei Fundamental alemã (GG – *Grundgesetz* – art. 20, § 1, frase 2) distingue de forma interessante entre “eleições” [“Wahlen”] e “votações” [“Abstimmungen”]. Não se trata de nenhum jogo de sinônimos. “Eleições” são somente aquelas nas quais pessoas são eleitas e enviadas a assembléias decisórias, nas quais

deverão decidir sobre questões materiais, “representando” o povo (de eleitores) – assim, por exemplo, eleições para o parlamento federal, para os parlamentos estaduais, para as entidades representativas municipais. Já em “votações” o conjunto dos cidadãos ativos decide diretamente uma questão material segundo a Lei Fundamental, mas somente em matéria de reordenamento do território da federação (GG, arts. 29, 118). Nessa medida, as duas expressões – “eleições/votações” – não são apenas palavras, mas conceitos; assinalam nada menos do que a distância entre a democracia direta e a democracia indireta, entre a democracia participativa, que recorre a plebiscitos e referendos [plebiszitärer Demokratie], e a democracia representativa.

Tanto o Brasil quanto a Alemanha seguem essencialmente a variante representativa da democracia. A formação do Estado de Baden-Württemberg ampara-se no art. 118 da Lei Fundamental – ele tinha sido previsto apenas como ato único e foi implementado em 1951. No seu art. 29, a Lei Fundamental previu genericamente a reestruturação do território federal. Mesmo essa fraca possibilidade de influência popular via plebiscito sofreu uma redução adicional, pois em 1976 a prescrição de obrigatoriedade [Muß-Vorschrift] foi suavizada para uma mera prescrição de possibilidade [Kann-Vorschrift] – de “deve ser reestruturado” passou-se a “poderá ser reestruturado”.^{*} Justamente considerando aspectos de legitimidade, voltarei posteriormente a esse dado.

Também no Brasil se distingue entre “sufrágio universal” e “voto”: no art. 14, que indica para o “voto direto e secreto” as três formas do “plebiscito”, do “referendo” e da “iniciativa popular”. A última é normatizada mais de perto e com isso também delimitada no art. 61, § 2º. No entanto, o plebiscito e o referendo estão (CF, art. 49, inc. XV), em termos jurídicos, e com isso justamente também em termos políticos, ao inteiro dispor do Congresso Nacional. Este possui a “competência exclusiva” também para “autorizar referendo e convocar plebiscito”. De resto, existe, como na Alemanha, o plebiscito especial para a reestruturação de estados da federação (e adicionalmente de municípios (CF, art. 18, §§ 3º e 4º). Além disso o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previu um plebiscito sobre a forma de estado. Sobre esse ponto a grande maioria dos votantes pronunciou-se em 21 de abril de 1993 (a) a favor da república e (b) a favor do regime presidencialista enquanto forma de governo, quer dizer, contra um regime parlamentarista.

Não apenas na Alemanha, mas, se olharmos a questão mais de perto, também no Brasil se constata, portanto, uma confiança muito reduzida naquela forma de legitimidade democrática que pode surgir de decisões diretas dos cidadãos ativos sobre questões materiais. Devemos aqui ter em mente quão fortemente a concepção de democracia já está de qualquer modo diluída [verdünnt] no direito constitucional vigente.

* A única hipótese constitucional de realização de plebiscito de forma imperativa na Lei Fundamental de Bonn é a de reestruturação do território federal. Em sua redação original a Constituição determinava a reestruturação global da federação alemã. Em 1976, essa obrigatoriedade de reestruturação foi transformada por emenda em mera possibilidade fragmentada e pontual, daí o enfraquecimento da já pequena possibilidade de influência popular a que o autor se refere. [Nota de Menelick de Carvalho Netto]

A idéia fundamental de um autogoverno do povo é abandonada por razões pragmáticas em uma primeira redução, pois pressuporia, nas palavras de Rousseau, “um povo de deuses”. Seu lugar é ocupado pelo postulado da autocodificação do povo: determinação do direito vigente pelas pessoas afetadas, *i. e.*, por todos. “One man one vote” justamente não significa apenas que cada cidadão ativo tenha *somente* um voto, mas a um só tempo que cada pessoa afetada *tenha* um voto, sendo, portanto, cidadão com direitos eleitorais [Wahlbürger] – se nos ativermos à segunda escaramuça na qual a concepção de democracia bate em retirada – e sendo ainda, em contrapartida, cidadão votante [Stimmbürger], à medida que se permite, por voto direto [plebiszitär], que o povo decida diretamente por meio de iniciativas populares e referendos [Volksentscheide]. Consideradas a partir da idéia fundamental, “votações” são nitidamente mais democráticas do que “eleições” com decisão subsequente pelos representantes. Estas formam, em consonância com a “lei férrea da oligarquização”, formulada na sociologia política dos anos 20, um subsistema em grande parte auto-referencial, como alguns teóricos diriam hoje – agindo *in concreto* de forma ora mais ora menos democrática, na grande maioria dos casos menos democrática.

O sistema representativo “nunca poderá negar inteiramente as suas origens históricas na sociedade estamental”; e isso vai tão longe, que “a expressão ‘um parlamento democrático’”, teoricamente refletida, chega mesmo a constituir “um paradoxo”.¹ Esse modelo apóia-se no “axioma de um interesse geral originário [...] baseado no Direito Natural [...], que se estende ao objeto da atividade soberana da autoridade governamental”. Em contrapartida, o sistema plebiscitário parte “de um duplo axioma dos direitos individuais, o de eleger e ser eleito e o de co-participação como exercício dos direitos humanos, e da soberania popular enquanto competência em princípio irrestrita e intocável da coletividade.”² Isso já levou Jean-Jacques Rousseau a afirmar que os ingleses se considerariam livres sem razão, pois eles efetivamente só seriam livres no instante do exercício do direito de voto.³ Contrariando Montesquieu, que nesse tocante era demasiado anglófilo, Rousseau “reconheceu nitidamente o perigo inerente a todo e qualquer órgão soberano de representação, o de enrijecer-se por meio do isolamento, da cooptação e da corrupção em camarilha” e naufragar – enquanto “representação popular” postulada – junto aos arrecifes de uma oligarquia em vias de estabelecimento.⁴

Os autores da Lei Fundamental alemã recuaram diante de certas experiências plebiscitárias da República de Weimar.

1 FRAENKEL, Ernst. *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*. 1958, p. 6.

2 Op. cit., p. 7 s.

3 Du contrat social, Livro II, Cap. 6.

4 Cf. FRAENKEL, Ernst, op. cit., p. 10.

Mas isso “sugere que eles aparentemente caíram no extremo oposto, enfatizando excessivamente o caráter representativo do sistema de governo”.⁵ Depois do que acabo de expor na comparação das nossas constituições sobre a constituição brasileira, tal afirmação vale igualmente para o padrão de legitimação da República Federativa do Brasil.

2 *Questões conflitivas atuais na Alemanha*

Os aspectos da legitimação divergem, no entanto, também na democracia representativa. Discute-se como o direito eleitoral deve ser dimensionado em seus pormenores. Eleições proporcionais ou majoritárias “provêem os deputados e, por conseguinte, o parlamento de legitimação democrática de modo muito peculiar em cada caso, com grandes diferenças entre si”.⁶ Na eleição proporcional os eleitores escolhem, com base nas listas de candidatos e nos programas, uma orientação em termos de política partidária. Quando esse modelo é implementado de forma estrita, o parlamento se torna o reflexo exato do espectro das opiniões dos cidadãos ativos. No modelo oposto, a escolha dos candidatos do distrito eleitoral pela maioria cria uma relação mais próxima com essa parte do eleitorado: temos, então, a eleição de personalidades ao invés da eleição por chapas. Os votos minoritários ficam excluídos, razão pela qual o respeito ao princípio da igualdade de condições eleitorais exige “recortar” os distritos eleitorais em tamanhos iguais, à medida do possível. Em contraste, a igualdade eleitoral exige na eleição proporcional o mesmo valor de resultado [Erfolgswert] de cada voto individual. Vista assim, a eleição proporcional parece ser mais democrática, enquanto a eleição majoritária parece ser mais funcionalista, pois orientada segundo o interesse na formação de governos estáveis. Mas a espetacular destituição de maiorias conservadoras em 1997 nas eleições na Grã-Bretanha e na França mostra que – sob aspectos não da estática proporcional, mas da dinâmica política – a eleição majoritária facilita a virada, favorece menos os infundáveis bloqueios políticos. Maiorias governamentais dependem aqui menos dos conchavos das comissões de coalizão, que temem a luz do dia, e mais do voto eventualmente punitivo dos eleitores.

O direito eleitoral alemão, da “eleição proporcional personalizada”, busca uma solução, o meio-termo entre os dois sistemas: direito eleitoral proporcional com algumas peculiaridades (cláusula de 5%**, suavizada pelos assim chamados mandatos básicos [Grundmandate]; e ainda, os mandatos excedentes [Überhangmandate]). Os mandatos mencionados por último são mandatos diretos que excedem a parcela proporcional do partido. Eles permanecem com o partido em questão sem compensação proporcional para os outros grupos partidários.

5 Op. cit., p. 56.

6 Tribunal Constitucional Federal, Sentença de 10 de abril de 1997, 2 BvF 1/95, in: NJW 1997, p. 1553, 1554.

** O autor se refere à assim chamada “cláusula de barreira” [Sperrklausel], segundo a qual um partido político somente conquista cadeiras no parlamento ao atingir 5% dos votos válidos. A intenção desse instituto é impedir a atomização dos parlamentos. [Nota do Tradutor]

Tema da briga atual na Alemanha são, ao lado de outros assuntos, justamente esses mandatos excedentes que procuram combinar as vantagens dos dois modelos de direito eleitoral.

Desconsideradas outras causas, os mandatos excedentes surgem quando um estado da federação apresenta uma quantidade excessiva de distritos eleitorais. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a distorção assim causada no valor de resultado de cada voto no sistema eleitoral proporcional só é admissível enquanto “os distritos eleitorais [forem] aproximadamente iguais em tamanho, na medida do possível”.⁷

Ocorre que nas eleições para o Parlamento Federal em 1994 a União Democrata Cristã [CDU] conquistou oito mandatos excedentes (o Partido Social Democrata [SPD] apenas quatro); sem esses oito mandatos excedentes a coalização governamental no Parlamento Federal teria alcançado a maioria por apenas um voto. Por isso o Estado da Baixa Saxônia, governado pelo SPD, tinha encaminhado ao Tribunal Constitucional uma petição provocando a sua tutela jurisdicional no que se refere ao controle de normas. Sobre essa questão a 2ª Câmara [2. Senat] dividiu-se – sendo que, de acordo com o Direito Processual, a moção é indeferida quando os votos de quatro juízes são contrabalançados pelos votos dos outros quatro juízes.

De acordo com o *dissenting vote*⁸ o imperativo do mesmo valor de resultado de cada voto somente admite uma margem reduzida de distorção (“falta de nitidez” [Unschärfe]). Além disso, em virtude da falta de regulamentação, no pertinente à adequação dos distritos eleitorais, na atualização do Direito Eleitoral de 1996, as referidas prescrições ter-se-iam tornado inconstitucionais.

Segundo a opinião dos quatro juízes “vitoriosos”, a fundamentação da jurisprudência anterior – para a qual os mandatos excedentes deveriam ser admissíveis “dentro de limites estreitos” – deverá ser integralmente substituída. Agora esses mandatos não são mais declarados como modificação da eleição proporcional, mas como fenômenos da eleição majoritária. Por isso, supostamente não estaria mais em pauta a liberdade do resultado fático do voto, mas, em ‘bom’ neoliberalês, apenas a igualdade das chances de êxito. Por essa razão os distritos deveriam ser recortados em tamanhos iguais e distribuídos uniformemente pelos Estados. Mandatos excedentes devem continuar permitidos – tendo como limite de admissibilidade até 5% de todas as cadeiras no Parlamento. Não obstante, o Tribunal Constitucional Federal deveria ter decidido pela inconstitucionalidade, pois a reconfiguração e distribuição dos distritos eleitorais é desigual e ainda não tinha sido corrigida até 1996, conforme já foi dito. Os quatro juízes “vitoriosos” registram verbalmente o seguinte: “O tamanho dos atuais distritos eleitorais é nitidamente desigual; o seu número nos Estados individuais não mais corresponde suficientemente à parcela populacional desses Estados”. Entretanto, essa clara inconstitucionalidade não é sancionada; bastaria que o legislador regulamentasse

7 E.g. E 7, p. 63 ss., 74 s.; E 79, p. 169 ss., 171; Sentença de 10.04.1997, loc. cit., p. 1555.

8 Loc. cit., NJW 1997, p. 1558 ss.

devidamente essa questão, juntamente com a da diminuição do Parlamento Federal, com vistas às próximas eleições em 2002.⁹

Se confiança é bom, uma jurisprudência constitucional correta é ainda melhor. Esse crédito de “confiança” é tanto mais de se admirar se temos em vista a imprevisibilidade das relações de maioria para 2002, e a saída de três dos oito juízes em 1998/99. Em virtude de tamanho pragmatismo – porventura político? – a própria jurisprudência constitucional pode acabar na inconstitucionalidade.

3 *Comportamento nas eleições e legitimidade*

Comentemos agora com toda brevidade um problema fundamental, comum a muitos países comparáveis. Ele está fora da concretização dogmática da constituição, só podendo ser solucionado com muita dificuldade pela revisão de artigos individuais da constituição. Refiro-me à representatividade decrescente dos nossos representantes ou chefes de estado democraticamente eleitos. Essa questão é de natureza social e encerra uma responsabilidade política.

Nos países periféricos fala-se de exclusão, nos países centrais eufemisticamente de “sociedade de dois terços”. Mas entretentes a exclusão, tanto como fato quanto como expressão, já alcançou há muito tempo os países industrializados mais ricos, os países do Grupo dos Sete. Nesse tocante os EUA são apenas o exemplo mais alarmante, embora não o único. E o descenso econômico, a corrupção cultural e a apatia política, ocasionalmente aceitas sem especial resistência por parte de governos conservadores, configuram uma “reação em cadeia da exclusão” que se manifesta na esfera da atividade democrática como “pobreza política”.¹⁰ Isso se expressa diretamente na participação tendencialmente decrescente nas eleições: na sua primeira eleição, Ronald Reagan tinha obtido os votos de menos de 30% dos eleitores, na sua segunda eleição, Bill Clinton tinha obtido mal e mal 25% dos votos dos eleitores; e a participação nas eleições de 1994 para o Congresso Nacional dos EUA foi de 38%.

O direito eleitoral continua existindo plenamente em nível “normativo”, i. é, como *law in the books*; mas cada vez menos como *law in action*, pois faltam, para um número cada vez maior de pessoas, os pressupostos sociais para o exercício eficaz de seus direitos e de suas pretensões referentes ao *status activus*: eis os indicadores de uma segmentação da sociedade que deixa passivamente as coisas como estão ou chega a promovê-las ativamente, com vantagens para determinados grupos sociais e desvantagens para os grupos restantes; eis os indicadores de uma política que, apesar de toda a correção legal (na melhor das hipóteses!), desconsidera a legitimidade democrática em termos de conteúdos para todos, para o povo-destinatário. Impõe-se cada vez mais a pergunta: a partir de que grau de não-participação a quantidade se converte em qualidade? Os dispositivos do direito eleitoral atingem cada vez mais os seus limites;

9 Loc. cit., p. 1557.

10 Documentação comprobatória e discussão. In: F. Müller. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 91 ss.

fracassam cada vez mais, enquanto garantidores da legitimação democrática, na medida em que são vistos como dispositivos necessariamente apenas formais.

4 Questões conflitivas no Brasil

A questão conflitiva ainda atual para o Brasil – ao menos para a discussão livre – é aqui de domínio público. Em outubro de 1998 foi reeleito um presidente que segundo o art. 82 (e o art. 14, § 5º) tanto da Constituição de 1988 quanto da revisão de 1994 não poderia ter se recandidatado ao cargo. De modo muito esclarecedor todos falaram desde o começo da “reeleição” – que nenhuma norma poderia proibir o povo de eleger um candidato conforme o direito. Todos falaram, pois os próprios textos constitucionais falam disso. Mas a questão de fundo é o direito a uma recandidatura direta – e a oscilação entre as duas expressões esconde o argumento talvez mais importante da política constitucional em favor do art. 82 da Constituição Brasileira na sua versão mais antiga (bem como em favor da tradição constitucional desde 1891). Perguntas acerca do estatuto de candidato e do acesso jurídico a ele são questões de direito eleitoral por excelência.

Antes da renovada revisão constitucional (1997), promovida pessoalmente pelo atual presidente, os elementos gramaticais, históricos, interna e externamente sistemáticos, bem como os elementos genéticos de concretização, tinham mostrado inequivocamente que uma candidatura renovada estava proibida. Para ao menos não ficar aquém do mínimo de legalidade, restou apenas o caminho da alteração dos “incômodos” textos constitucionais. Se isso permite preservar a legitimidade fica por ora em aberto e deve também poder permanecer em aberto em um Estado Democrático de Direito, por meio de uma discussão em todos os níveis.

Se partirmos da revisão constitucional de 1997, os elementos de concretização que agora passam para o primeiro plano referem-se à política constitucional. São, ao menos no conflito metodológico, mais fracos do que os que se podem apoiar em textos vigentes de normas: são sobretudo mais fracos do que os argumentos gramaticais e históricos. Mas suponho hipoteticamente que os arts. 82 e 14, § 5º, da Constituição Brasileira foram corretamente alterados; com isso os elementos gramatical e sistemático se deslocaram em favor da recandidatura.

Apesar disso fica em aberto a pergunta se isso parece legítimo em termos de política constitucional. Aduziu-se em favor dessa tese que isso seria um “imperativo democrático”, um “direito político originário do povo”. Ora, devemos distinguir aqui entre populismo e exegese da Constituição: justamente o argumento mencionado não podia ser derivado da Constituição de 1988/1994; o Brasil era uma democracia com o art. 82 em combinação com o art. 14, § 5º, na versão anterior, por razões de primeira linha, tanto democráticas quanto de Estado de Direito: por um lado, para que a eleição pudesse ser realizada de forma realmente livre, *i. e.*, com alternativas políticas dotadas de chances iguais – e sem o acachapante poder executivo e midiático de um presidente que, como se sabe, permaneceu no cargo durante a campanha eleitoral; por outro lado, em virtude de aspectos referentes ao Estado de Direito, em virtude de um melhor

equilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo, para que nesse ponto a divisão de poderes não se tornasse uma farsa.

Ora, foi dito em favor da recandidatura que a intenção de impedir nesse sentido o poder do cargo autoritariamente exercido teria redundado em anacronismo. A estrutura democrática do estado atual neutralizaria o “risco do homem forte” na cadeira do presidente. Mas esse argumento é contraproducente, pois a neutralização do retorno do caudilhismo por instituições democráticas foi, não em última instância, devida justamente aos arts. 82 e 14, § 5º na sua versão anterior, ao passo que a sua alteração confere agora atualidade ao risco de que a intenção antes referida – de impedir o exercício autoritário do cargo – em breve poderá não mais ser um anacronismo.

Argumentou-se por fim que a continuidade do trabalho exitoso do governo deveria ser assegurada. Mas justamente isso sempre é objeto de controvérsias e deve poder ser objeto de controvérsias em uma democracia. A oposição verá isso de modo inteiramente diferente, e justamente essa oposição deve receber ao fim de uma legislatura a chance equitativa (não restrita pelo poder do cargo) de poder chegar ao poder – pois do contrário não se tratará de democracia. Em uma democracia, a política de longo prazo é possibilitada pela candidatura de outros membros do partido do presidente em exercício – e o argumento contrário da bancada presidencial faz de conta que os países de nossa família constitucional vivem no final do séc. XX em uma democracia sem partidos.

Diante da instância da constituição brasileira vigente e de suas decisões fundamentais os argumentos da fração politicamente dominante parecem ser, pois, os argumentos mais fracos. Mais ainda: o que no plano dos governadores e prefeitos visava contra-arrestar o nepotismo e outras formas de feudalismo no exercício do cargo [Amtsfeudalismus] (art. 14, § 5º, da Constituição Brasileira na sua versão antiga), deveria, no plano federal (art. 82 em sua versão antiga) proteger contra as tentações ainda mais graves do caudilhismo. Isso chegou a ser vital para a nova democracia justamente porque a própria constituição de 1988 ainda não prevê o controle do governo pelo parlamento. Assim, o art. 82 na sua versão mais antiga chegou a ter uma função central de limitação do poder, agora eliminada: com ela elimina-se em grande parte tudo o que poderia pretender um *system of checks and balances* que dividisse os poderes. Fica eliminado, em outros termos, um fator central da natureza do Estado de Direito [Rechtstaatlichkeit]. Muito longe de servirem de modelo, as anteriores alterações constitucionais da Argentina e do Peru nos anos 90 oferecem exemplos intimidadores de um neopresidencialismo autoritário.

Cumulativamente, temos – como ameaça à democracia – o “abuso da máquina pública” na campanha eleitoral – práticas do patronato, da propaganda que distorce as chances e da compra de votos com recursos do tesouro público. Essas possibilidades de influência achapante de um presidente ainda em exercício conduzem também à generalizada mistura semântica entre “recandidatura” e “reeleição”. Se as coisas se passam de modo realmente democrático, *i. e.*, com igualdade de chances, um presidente em fim de mandato não precisa necessariamente ser reeleito, embora ele se re-

candidate. Aqui a linguagem é demasiado reveladora, sobretudo em virtude do fato de a própria constituição se expressar sem delongas nesses termos (art. 82 na versão mais antiga, também na revisão de 1994: “reeleição”; art. 14, § 5º: “inelegíveis”). Não esqueçamos que o *telos*, a finalidade da constituição democrática de 1988 tinha sido justamente o impedimento de uma concretagem inexpugnável do poder executivo, visível nessa linguagem e na realidade à qual ela se refere; conseqüentemente, a finalidade da constituição democrática de 1988 tinha sido o impedimento de uma possível recaída do Brasil em estados pré-democráticos.

Bem feitas as contas, o balanço da Emenda nº 16 é negativo em termos de política constitucional. De acordo com o patamar metódico-teórico até agora válido no Direito Constitucional e na Teoria Constitucional, esse diagnóstico seria suficiente em termos científicos; mas ele não satisfaz ao patamar mais avançado da atualidade. Segundo este, deve-se (1) definir mais precisamente “legalidade”, (2) redefinir inteiramente “legitimidade” e (3) acrescentar o conceito complementar de “constitucionalidade”. Somente com essa tríade de conceitos móveis e reciprocamente referidos podemos formular de modo finalmente suficiente problemas como o que estamos discutindo aqui. Aqui, como na conceituação tradicional, “legalidade” significa a observância correta das formas e dos trâmites prescritos. Com relação à Emenda nº 16 as senhoras e os senhores poderão avaliar isso melhor para o seu país do que uma pessoa que vem de fora. A legalidade formal requer que não apenas os trâmites diante das duas casas do congresso tenham sido corretos, mas, também, as condições de votação. Do contrário a situação careceria do traço distintivo da “legalidade”; a invocação do povo seria de natureza meramente icônica, ideológica. A definição mais precisa de “legalidade”, com relação à tradição, está no fato de que “legalidade” é doravante um conceito enfático: não apenas um incômodo exercício de um dever “formal”, mas expressão da materialidade do ordenamento constitucional. Mesmo “meras” formas e “meros” trâmites têm o seu fundamento mais profundo nos objetivos e nas funções materiais do ordenamento jurídico e da constituição.

Na sua definição mais avançada, “legitimidade” significa o seguinte: a ação formalmente legal de modo adicional (a) é compatível com as regulamentações centrais do direito positivo (os textos das normas) da Constituição (forma do estado, objetivos do estado, garantias dos direitos fundamentais, sistema de Estado de Direito); e (b) pode-se continuar discutindo abertamente e sem restrições por parte do Estado sobre a questão de sua legitimidade ou ilegitimidade, mesmo se a decisão formal (ato administrativo, texto legal, sentença judicial – no caso em epígrafe: alteração da constituição) já tiver sido tomada. O mero fato de uma alteração correta dos arts. 82 e 14, § 5º – e suponho aqui que essa alteração tenha sido feita corretamente – não é suficiente. A democracia é uma forma de estado com tarefas não lingüísticas, mas políticas. Isso exige a comunicação honesta na esfera pública [Öffentlichkeit] e a fundamentação plausível. O fato de que nós podemos discutir aqui de forma livre e controvertida a Emenda nº 16 representa uma contribuição à legitimidade no sentido de (b); ao passo que a contribuição no sentido de (a) parece duvidosa, se medida pela plausibilidade dos argumentos de política constitucional em favor da Emenda nº 16.

“Constitucionalidade”, por fim, significa tradicionalmente, no sentido mais amplo: congruência com a constituição. No sentido mais restrito, proposto aqui como inovação, “constitucionalidade” significa que um Estado só existe enquanto Estado constitucional, ou seja, define-se juridicamente conforme a sua constituição. Em outras palavras: a Constituição desse Estado não é mais compreendida e tratada como “simbólica” ou “nominalista”, mas como normativa.

Quero agregar, ainda, a essa nova tríade analítico-pragmática da Teoria Constitucional duas determinações muito importantes.

Em primeiro lugar, “constitucionalidade” (no sentido mais restrito) corresponde ao estado constitucional (que, de resto, também pode ser uma ditadura); “legalidade” é a qualidade do Estado de Direito (que, de resto, também pode ser autoritário); e “legitimidade” é o traço distintivo do Estado Democrático de Direito.

Em segundo lugar, as três exigências – constitucionalidade, legalidade e legitimidade – são cumulativas. Isso significa: legalidade pressupõe constitucionalidade, legitimidade pressupõe tanto constitucionalidade quanto legalidade. Por conseguinte, um efetivo Estado Democrático de Direito, que possa ser chamado legítimo, só pode coexistir com um pensamento constitucional normativo (e de modo algum com um pensamento constitucional nominalista ou simbólico).

Um exemplo importante do novo estilo constitucional normativo da Constituição de 1988 é a Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997. Aqui não houve uma violação do texto da versão anterior dos arts. 82 e 14, § 5º. Poder-se-ia ter argumentado, por exemplo, que, a partir de “princípios não-escritos” ou de uma “ponderação de valores”, esses artigos não configurariam nenhum obstáculo a uma nova candidatura do presidente da república, dos governadores e dos prefeitos. A referida argumentação é tradicional entre os juristas, inclusive na Alemanha. O fato de não se ter procedido assim mostra que o discurso jurídico do Brasil está no nível da cultura argumentativa do Estado de Direito. Por isso, a constituição precisou ser alterada – e isso não por via de uma lei ordinária (pela assim chamada ruptura da constituição [Verfassungsdurchbrechung], conforme a prática freqüente na Alemanha da República de Weimar), mas por via da alteração formal do texto constitucional (na Alemanha atual, Art. 79, § 1º, frase 1 da Lei Fundamental). Com isso, está satisfeito o pré-requisito do primeiro grau da legitimidade. A sua problemática permanece ambígua já na tradição: o decisionismo contorna-a com uma estratégia antiformalista, o positivismo e a Teoria Pura do Direito a contornam com uma estratégia formalista. A concepção aqui desenvolvida elabora a problemática em três estágios respectivos, tanto em termos normativo-formais quanto em termos normativo-materiais.

No primeiro grau a Emenda nº 16 demonstra que não cabe mais falar de um estilo constitucional “simbólico”; demonstra que o Brasil se comporta como um estado constitucional, “constitucional no sentido mais estrito do termo”: não temos nem ruptura da constituição nem *interpretatio contra legem (constitutionalem)*.

O segundo grau (legalidade nos termos do Estado de Direito) exige adicionalmente a observância correta das prescrições vigentes sobre competências, procedimentos e votações.

As exigências da terceira categoria (legitimidade nos termos do Estado Democrático de Direito) estão satisfeitas quando – mais uma vez, adicionalmente – a decisão (no caso, as medidas da Emenda nº 16) for, em primeiro lugar, compatível com os conteúdos centrais da Constituição, em segundo lugar, quando essa decisão puder permanecer passível de discussão na continuação do discurso social, político e científico, abertamente e amparada no direito.

Entre os aspectos aqui relevantes devemos verificar, em primeiro lugar, conforme já analisei, se a subsequente reeleição ou destituição do cargo mediante procedimento eletivo [Abwahl] não pode efetivamente ser um “direito originário” [Urrecht] democrático do povo –, ou se, ao contrário, ela não se aproxima mais da aclamação e, dessarte, no sentido da tipologia de Max Weber, mais do estilo da dominação carismática do que do estilo da moderna dominação parlamentar-burocrática. Outro aspecto relevante a verificar nesse tocante seria se a imediata recandidatura torna possível uma política de longo prazo – ou, contra essa posição, se tal efeito não pode ser neutralizado por um estado dominado por partidos e se com o desaparecimento do art. 82 na versão anterior (devido à falta da dependência parlamentar do governo) a divisão dos poderes não será deslocada em favor do Poder Executivo, com o conseqüente abalo do equilíbrio entre os poderes.

A definição do Brasil, ao menos em favor da constitucionalidade no sentido mais estrito – enfoque normativo de primeiro grau –, com base no exemplo da Emenda nº 16, deve ser registrada como irrevogável. De resto, elementos “normativos” e “simbólicos” formam em todas as constituições não um sistema de alternativas mutuamente excludentes [ein ausschliessendes “Entweder-Oder”], mas um *continuum* com transições fluidas.

Mesmo uma constituição claramente normativa não é nenhum “seguro de vida em política” – conforme atesta a catastrófica experiência da Alemanha no nosso século. Por outro lado, podemos, contra a força de gravidade da tradição, “escalar” também o plano inclinado – conforme atesta no Brasil o recomeço de 1988. Dito em outros termos, o “simbolismo” e o “normativismo” não são qualidades estáticas, mas padrões comportamentais; não são leis da natureza, mas frutos da ação humana; não são estratégias respectivamente universalistas, mas estratégias escolhidas. A estratégia normativa conscientemente escolhida – em favor do direito material e da constituição material – trabalha passo a passo contra as relações de poder herdadas da tradição e contra as estruturas sociais maciçamente estabelecidas: por meio do reforço vigilante da tendência de não mais aceitar a legitimação por meio de símbolos – o que equivale a um padrão de mentalidade feudal-paternalista e casuísta –, mas apenas por meio de um comportamento do Estado em generalizável conformidade ao texto. Isso quer dizer também: por meio do reforço vigoroso da tendência que se afasta do nominalismo da

superfície do texto de uma carta e se move na direção do caráter democraticamente constituído [demokratische Verfasstheit] da sociedade.

Minhas senhoras, meus senhores: à medida que isso acontece, o seu país extraordinário se inscreve na família constitucional normativa¹¹. A Constituição de 1988 é um bom instrumento para tal fim, é um instrumento que aponta para o futuro. A realização da constitucionalidade, da legalidade e da legitimidade ou, para dizê-lo em outras palavras, a realização do Brasil enquanto efetivo Estado Democrático de Direito depende em elevado grau da ação responsável dos juristas brasileiros.

TRANSCRIÇÃO DA DISCUSSÃO EM BELO HORIZONTE DEPOIS DA PALESTRA DE FRIEDRICH MÜLLER EM 5.11.98

1ª pergunta: A primeira pergunta diz respeito à questão da previsão constitucional de plebiscito e de referendo na Constituição brasileira de 1988. Nós temos essa previsão na Constituição brasileira. Entretanto, em um país onde não há instrução para boa parte da população, onde boa parte da população não tem acesso à educação formal, onde a mídia está centralizada e o acesso à informação se resume então para boa parte da população apenas em uma televisão absolutamente centralizada, será que esse plebiscito e o referendo, enquanto instrumentos democráticos, não se transformariam em instrumentos legitimadores do autoritarismo?

Friedrich Müller: Falo de bom grado um pouco mais sobre a Alemanha. Temos na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha dois artigos (arts. 29 e 118) que prevêm ou, melhor, previam a possibilidade de plebiscitos. O art. 118 é o mais inofensivo dos dois, mais inofensivo na perspectiva da classe política dominante, e o menos importante para o povo e as suas possibilidades políticas, pois ele só planejava uma decisão única: a da reestruturação os territórios fragmentados no Sudoeste da Alemanha, para tornar essa estrutura mais operacional. Esse plebiscito foi efetivamente realizado. Na época, a população pôde dar o seu voto sobre como deveria ser a composição territorial do atual Estado de Baden-Württemberg. O art. 118 foi efetivado e com isso está morto. Vocês podem ver aqui, também com relação ao Brasil, que a possibilidade de plebiscitos realizados uma única vez muitas vezes não tem nenhuma relevância estrutural permanente para a democracia em um país. No fundo, tais plebiscitos são apenas um acontecimento administrativo na forma de um referendo. Com vistas à estrutura democrática de uma sociedade, são importantes os referendos normatizados como possibilidade permanente – para que o povo possa agir no futuro, quando tiverem acontecido novas coisas, coisas imprevistas (e, se formos honestos, o futuro nunca foi previsto). A possibilidade abrangente de um plebiscito sobre a reestruturação da Alemanha foi prevista pelo outro artigo, o art. 29 (da reestruturação do território

11 Conceito e concepção de “família constitucional” desde: Friedrich Müller. *Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*. Berlim, Duncker & Humblot, 1995, e.g. p. 75 ss. A ser lançado em 2000 em tradução de Peter Naumann pela Editora Max Limonad em São Paulo, sob o título *Fragmento (sobre) Poder Constituinte do Povo*.

federal). Mas agora ocorre um escândalo. Essa chance da influência plebiscitária do povo foi falseada um quarto de século depois da constituição ter entrado em vigor (1949), quer dizer, em 1976, por uma emenda constitucional. Nesse ano substituiu-se o verbo modal “deve” na redação do artigo pelo verbo modal “pode”. Isso significa que a prescrição cogente de “dever” foi atenuada em prescrição facultativa de “poder”. Em português: “deve ser reestruturado” foi transformado em “poderá ser reestruturado”.

É claro que isso não foi feito porque os territórios alemães estavam bem estruturados. Muito pelo contrário, eles não o são. Há estados que são excessivamente fortes e grandes e têm uma população grande demais, o que de resto também conduz a uma distorção no tamanho dos distritos eleitorais e da representação política, pois no sistema alemão de eleição proporcional se vota em chapas estaduais, o que exigiria a rigor que os estados tivessem tamanhos aproximadamente iguais. Isso conduz, adicionalmente, a grandes diferenças entre os estados quanto à sua capacidade econômica. Há estados ricos e pobres. Temos uma compensação financeira horizontal e vertical imensamente complicada entre os estados e entre os estados e a federação. Tudo isso mostra apenas que o mecanismo está mal organizado e que a Alemanha deveria ser reestruturada. O fato dessa prescrição de “dever” ter sido atenuada em prescrição de “poder” foi, portanto, expressão da desconfiança diante da decisão do povo. Quis-se enfraquecer mais uma vez a única possibilidade de um plebiscito, que ainda temos na Alemanha, e quis-se reduzir o elemento democrático nela contido a tal ponto que hoje podemos afirmar o seguinte: na prática, os plebiscitos não têm nenhuma importância na Alemanha.

E com relação ao que o senhor, caro colega, disse no início, quero acrescentar ainda o seguinte: para o Brasil, seria estruturalmente muito importante introduzir, ao lado da iniciativa popular e do referendo, que têm vigência permanente, na medida do possível ainda um sistema de governo parlamentarista. Quero dizer com isso que o governo não deveria mais depender ou depender exclusivamente da confiança do presidente, mas também ou exclusivamente da confiança da maioria no parlamento. Pois se tivéssemos um sistema parlamentarista de governo no Brasil, isso produziria dois efeitos extremamente importantes: por um lado as possibilidades de um sistema de *checks and balances* poderiam ser substancialmente melhores do que até o presente. Desde a alteração do art. 14 e do art. 82 pela Emenda Constitucional nº 16, também eu ousou afirmar, como o senhor o faz, que não existe mais um *system of checks and balances* no Brasil. E o segundo efeito decisivo de um sistema parlamentarista de governo seria a possibilidade do desenvolvimento de um sistema moderno de partidos melhor e mais rapidamente do que até agora, em virtude da nova situação normativa. E isso seria também um passo para frente com vistas à democratização absolutamente necessária da sociedade, não apenas com vistas à democratização do estado.

2ª pergunta: Professor, dentro dessa linha de raciocínio, o Brasil vive hoje um sistema presidencial que vem a fortalecer uma tendência nossa de personificação do poder, de fortalecimento do Poder Executivo. O que vemos na nossa realidade atual é a predominância de um Executivo que vem legislando através de medidas provisórias e detém o controle de um congresso, um congresso submetido à sua força e ainda o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário que é todo nomeado pelo presidente da

república, sendo que o Senado jamais rejeitou o nome de nenhum ministro do STF. Na sua opinião, a evolução da democracia brasileira passa, necessariamente, pela construção de um outro sistema de governo que não seja necessariamente presidencialista?

Friedrich Müller: Infelizmente não posso responder afirmativamente a essa pergunta. Na minha palestra destaquei outros elementos distintos dos mencionados pelo senhor. Mas, é claro, com conhecimento acerca do que o senhor acaba de dizer: do contrário eu não me teria permitido lembrar o problema da Emenda nº 16, do neopresidencialismo autoritário, do perigo cada vez mais atual de um neocaudilhismo: O senhor falou de coisas tristes: assim das “medidas provisórias” que são tudo menos “provisórias”, sobretudo não “medidas de urgência”, mas empregadas abusivamente como meios para contornar sem mais nem menos o parlamento, como forma de uma legislação autoritária. O senhor falou ainda com toda a razão sobre a autocastração do Senado que simplesmente engole as propostas do Planalto para a preencher as vagas no Supremo Tribunal Federal. É triste que hoje, se formos sóbrios e realistas, não podemos ver o mundo em cores róseas. Mas, por isso mesmo, tanto mais urgente é a tarefa de mudar esse quadro passo a passo. Eis uma tarefa para todas as pessoas desse país, não só para os juristas, mas para todos os que são democratas autênticos e pensam em termos de Estado de Direito. Por isso eu dissera na minha palestra que essas estruturas sociais e políticas maciçamente estabelecidas e essas figurações cimentadas do Poder Executivo só podem ser desmontadas gradualmente. Tenho consciência de que isso será extraordinariamente difícil. Estou longe de querer passar aqui panacéias baratas. Teremos um trabalho muito pesado pela frente.

Quero lembrar mais uma vez a formulação na minha palestra. Por um lado temos as decisões formais: ato administrativo, força de lei, sentença transitada em julgado; no caso aqui discutido, emendas constitucionais. Por outro lado temos o que eu chamei de discurso continuado, nas esferas política e científica. Aqui é evidente, no sentido em que compreendo a sua pergunta e a sua posição, que o discurso social e científico ocorrem sobretudo fora do aparelho de estado, quer dizer, acontecem em grande parte independentemente dos agentes políticos dominantes e de suas agências. Mas com relação à terceira parte da minha formulação, no que toca ao discurso político, quero deixar bem claro que o conceito da dimensão política [des Politischen] e, com isso, da extensão material da soberania do povo em uma democracia evidentemente não se refere somente à classe política, mas a todos. E “todos” significa no sentido do que eu disse no início da minha conferência, “todos aqueles, aos quais diz respeito”: todos os afetados pelo poder estatal e pelas decisões do aparelho estatal em um determinado país. E esses são e.g. também as crianças. Há apenas, portanto, o problema das crianças, já que o nosso Direito Civil prevê um determinado limite para a maioridade.

Mas há para as crianças, que podem ser a qualquer momento afetadas pelo poder estatal, possibilidades nas ações cíveis, penais, administrativas e constitucionais, vez que podem ser processualmente representadas e seus interesses preservados.

A fonte da legitimidade democrática está, portanto, no discurso social e, no nosso caso, no discurso científico e político – sendo que, conforme o senhor também disse, esses discursos podem dar a qualquer momento o empurrão necessário para a alteração da decisão formal. Isso é evidente para as leis. Elas são alteradas incessantemente. Não devemos esquecer que nem sempre existe a respectiva lei nova para um tema inteiramente novo, como ocorreu há vários anos com a proteção do meio ambiente ou agora com o direito da informática ou o direito de determinadas regulamentações da Internet. Isso significa que temos então novas evoluções, com vistas às quais fazemos uma lei inteiramente nova. Mas a maioria absoluta das leis promulgadas e das alterações de leis refere-se a leis que vigem há décadas, isto é, consiste em modificações em virtude de evoluções sociais que se efetuam fora do aparelho estatal no sentido mais estrito, assim e.g. as novas regulamentações sobre o concubinato. Menciono ainda um outro exemplo, no qual raramente se pensa: o que ocorre com uma sentença transitada em julgado, digamos, do Superior Tribunal de Justiça enquanto corte penal suprema ou da suprema corte em matérias cíveis ou administrativas? Essa decisão é executada, e nesse caso diríamos: ela é inteiramente imutável [unumstösslich] e ninguém poderia mudar nada em relação a ela. Mas isso não é verdade, é possível mudá-la. Também os juízes das cortes supremas evidentemente estão inseridos nos diversos discursos que ocorrem na sociedade: como cidadãos, adicionalmente como cientistas, e, de qualquer modo, como indivíduos normais. Isso pode assumir a forma banal de um juiz de uma suprema corte ao voltar para a sua casa do trabalho ouvir da boca de seus filhos adolescentes o seguinte argumento: “Que besteira você acabou de fazer hoje, pai? Essa decisão é totalmente reacionária.” E ele precisa ouvir isso por estar em casa e por desempenhar em meio à sua família um papel diferente; e talvez ele comece a refletir sobre o assunto. Esse é um exemplo muito simples. Mas também os juízes lêem revistas jurídicas, eles lêem as decisões de outros tribunais, eles se inserem no discurso científico do Direito. E sempre há – falo agora de um fenômeno recorrente na Alemanha – casos extraordinariamente interessantes nos quais a suprema corte cível, a suprema corte penal, a suprema corte trabalhista, a suprema corte de questões previdenciárias e sociais ou a suprema corte fazendária alteram decisões anteriores, transitadas em julgado. Isso quer dizer que não se pode mudar mais a decisão anterior enquanto tal, mas pode-se muito bem alterar o seu teor material. O tribunal diz então: “Abandonamos a nossa jurisprudência anterior. A fundamentamos agora diferentemente. No futuro julgaremos casos dessa natureza conforme se segue, a saber, com vistas a aspectos divergentes.” O caso individual anterior está concluído; mas casos posteriores, comparativamente situados, serão futuramente solucionados pelo mesmo tribunal diante da mesma situação legal diferentemente, pois uma maioria entre os juízes começou a refletir e se deixou impressionar pelos argumentos seja do discurso social em geral, seja do discurso científico entre juristas e cientistas sociais ou seja pelo discurso político no sentido amplo do termo. Há pouco mais de um ano assistimos a uma mudança espetacular da opinião do nosso Tribunal Constitucional Federal sobre uma questão importante de Direito Eleitoral. Depois do tribunal ter defendido durante quinze anos uma determinada posição, ele disse agora: “Abandonamos essa posição e fundamentamo-nos em outra,

melhor.” Naturalmente o resultado também foi diferente. Trata-se de exemplos extraordinariamente instrutivos que mostram como o poder concentrado do aparelho de estado sob a influência difusa das pessoas de um país que perguntam, duvidam, argumentam, quer dizer, participam do que chamamos discurso, não pode subsistir a longo prazo. Devemos alegrar-nos sempre que ficamos sabendo de tais casos.

3ª pergunta: O que o senhor pensa, com relação ao problema da recandidatura do Presidente da República, das dificuldades constitucionais havidas com referência ao procedimento conforme a CF art. 60? E o senhor não considera notável que nenhuma ação de inconstitucionalidade tenha sido apresentada contra essa Emenda nº 16?

Friedrich Müller: Caro colega, não tenho certeza de que não haja consenso entre nós com relação a esse último tópico. Eu nem me pronunciei sobre a questão de não ter sido movida nenhuma ação eficaz de inconstitucionalidade contra a Emenda nº 16. Venho de fora, como observador jurídico e sociológico que leva muito a sério as coisas que ocorrem no Brasil. É extraordinariamente lamentável que não tenha sido levada nenhuma ação ao STF. Pelo que sei, houve atividades muito sérias nos diversos planos dos titulares do direito de propositura de ação e, se me posso permitir essa observação, também no Conselho Federal da OAB, no sentido de propor essa ação direta de inconstitucionalidade. E o fato de isso não ter acontecido se deveu a ocorrências no interior das organizações individuais, pelo que sei de um modo que pode ser qualificado de lamentável.

Com relação à sua afirmação anterior, caro colega, quero fazer o seguinte comentário: estou informado de que o procedimento nas duas Casas do Congresso Nacional, i. é, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, transcorreu de forma múltiplamente incorreta, inconstitucional; de que, mais especificamente, em nenhum dos trâmites legislativos entre as duas casas se discutiu e se votou o anteprojeto idêntico, o mesmo texto. Isso naturalmente é grotesco. Mas no início de minha palestra eu chamei a atenção para o fato de que não quero mais discutir aqui o art. 60, e isso pela seguinte razão: no sentido dos novos conceitos constitucionalidade, legalidade e legitimidade, esse problema do art. 60 e os erros procedimentais nos trâmites entre a Câmara dos Deputados e o Senado seriam subsumidos à categoria “ilegalidade”. O que eu antes defini como “legalidade” no novo sentido deve ser compreendido em concordância com as formas e os procedimentos prescritos – de modo que temos agora o caminho aberto para criar um conceito próprio, juspositivo de “legitimidade”. Nesse sentido, para retornar à sua pergunta de antes, os erros procedimentais na deficiente votação entre a Câmara dos Deputados e o Senado teriam, por um lado, ainda sido constitucionais, mas não legais, e naturalmente também não legítimos. Mas eu tinha dito que o Brasil evidenciou ser um estado constitucional, e esse é um tema distinto. Não porque o art. 60 tivesse sido respeitado, pois ele efetivamente não foi observado. Mas pelas razões que já mencionei digo mais uma vez: hoje, o presidente não pode mais ousar dizer: “vou simplesmente recandidatar-me. O que está escrito na Constituição de qualquer modo me é indiferente. Ela é apenas um símbolo, uma carta nominalista, programática no falso sentido, mas não um texto jurídico.” Isso hoje nenhum presidente brasileiro pode dizer, mesmo se quiser. Mas em épocas anteriores da história do país nos últimos

cem anos tais procedimentos estiveram na ordem do dia. O segundo progresso é que nenhum presidente pode mais ousar violar frontalmente a interpretação e a discussão esclarecida, elaborada e de alto nível dos juristas brasileiros. Ele se ridicularizaria perante a opinião pública jurídica do país. O terceiro ponto é que o presidente não pôde se dar ao luxo de alterar o art. 14, parágrafo 5º, e o art. 82 sem uma alteração do texto constitucional, quer dizer, apenas no plano da lei ordinária. Isso quer dizer que o presidente não pode mais arriscar uma assim chamada ruptura da constituição. Isso teria sido plausível, pois uma maioria simples pode ser obtida mais facilmente do que uma maioria qualificada de três quintos, tal como está prescrita no Brasil. No caso de uma maioria simples talvez tivesse sido possível economizar o dinheiro para a compra dos votos de deputados acreanos e sabe-se de quem mais ainda. Também isso não é mais possível. Por conseguinte, também não se pode mais impor no Brasil uma interpretação *contra legem constitutionalem*, mas o texto da constituição deve, caso a constituição tenha de ser emendada, ser alterado por maioria qualificada. Esses tópicos práticos, caro colega, são provas da nova constitucionalidade do Brasil. Quero dizer com isso: não se pode mais tratar a constituição como um pedaço qualquer de papel, mas é necessário respeitar as suas orientações prévias [Vorgaben]. Se então o art. 60 não é mais respeitado, então isso não afeta mais o Brasil enquanto estado constitucional, no sentido dos novos conceitos aqui usados. O Brasil é agora um estado constitucional e todos nós devemos cuidar para que ele permaneça sendo um estado constitucional. Mas no âmbito desse estado constitucional também há procedimentos claramente ilegais e ilegítimos. Se nós juristas usarmos conceitos mais precisos do que os da tradição, poderemos também analisar mais precisamente do que até agora as coisas que não são corretas. O senhor me deu a oportunidade de esclarecer isso mais uma vez, melhor do que na minha palestra.

Tradução: Peter Naumann

Revisão: Georghio Alessandro Tomelin e Menelick de Carvalho Netto